

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

RAFAEL GABURRO DADALTO

**DESJUDICIALIZAÇÃO POR MEIO DAS SERVENTIAS
EXTRAJUDICIAIS E ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE
ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE TORNAR
OBRIGATÓRIA A VIA ADMINISTRATIVA**

**VITÓRIA
2019**

RAFAEL GABURRO DADALTO

**DESJUDICIALIZAÇÃO POR MEIO DAS SERVENTIAS
EXTRAJUDICIAIS E ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE
ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE TORNAR
OBRIGATÓRIA A VIA ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Linha de Pesquisa – Processo, constitucionalidade e tutela de direitos existenciais e patrimoniais.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo.

VITÓRIA

2019

RAFAEL GABURRO DADALTO

**DESJUDICIALIZAÇÃO POR MEIO DAS SERVENTIAS
EXTRAJUDICIAIS E ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE ACERCA DA
(IM)POSSIBILIDADE DE TORNAR OBRIGATÓRIA A VIA
ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na linha de pesquisa “Processo, constitucionalidade e tutela de direitos existenciais e patrimoniais”.

Aprovado em de de 2019.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Augusto Passamani Bufulin
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo

Profª. Dra. Paula Castello Miguel
Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por mais esta conquista, mantendo-me firme no caminhar.

Ao meu orientador, Professor Doutor Manoel Alves Rabelo, pela escolha e orientação, permitindo-me o necessário aprofundamento acadêmico. Na verdade, por tudo que representou em minha formação acadêmica, não só como professor na graduação, mas também agora em nível de pós-graduação *stricto sensu*, sem contar as lições de vida como ser humano fantástico que é. Enfim, meus sinceros agradecimentos e gratidão.

Aos membros da banca de qualificação que também integram esta banca de defesa, Professor Doutor Augusto Passamani Bufulin (de quem tive a satisfação de ser aluno ainda no início de sua exemplar docência, por um acaso da vida) e Professor Doutor Rodrigo Reis Mazzei, agradeço a disponibilidade e as valorosas sugestões (ao Professor Rodrigo Mazzei, em momento anterior, inclusive, quanto à definição do próprio tema principal), que certamente engradeceram imensamente o trabalho. Do mesmo modo, à solícita examinadora externa, Professora Doutora Paula Castello Miguel (minha agora colega de profissão, mas que já chamou minha atenção por conversar demais em sala de aula enquanto aluno na graduação e, ela, Coordenadora do Curso de Direito), que prontamente aceitou participar da banca de avaliação.

Aos professores e demais servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (PPGDIR), na pessoa da dedicada e carismática Professora Doutora Adriana Pereira Campos e dos exemplares, diligentes e solícitos Fernando Nascimento e Adriele Coelho.

Aos meus pais e irmão pelo amplo e irrestrito apoio de sempre, bem como pelos momentos de descontração.

À Letícia, meu amor, pelo apoio, paciência, compreensão e diversão, sempre atenciosa, propiciando-me paz interna e suporte necessários ao deslinde do trabalho.

Ao tio Zoca, que apesar de minha ausência e distância, mantém-se sempre presente e atencioso.

Aos colegas do mestrado e amigos, pelos momentos de descontração e pela divisão das angústias e contribuições (André, pela ajuda nas traduções; Rodrigo, pelas discussões; Bárbara, pelos conselhos).

A todos aqueles que de algum modo contribuíram para confecção deste trabalho.

RESUMO

O processo se revelou incapaz de assegurar efetividade às demandas da sociedade complexa e dinâmica da atualidade, revelando-se a denominada crise do processo e conseqüentemente do acesso à ordem jurídica justa. Diante disso, inevitável é a desjudicialização de procedimentos. Mas a indagação que se faz é se o modelo de desjudicialização proposto pelo novo minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução de conflitos passa ou deveria passar pelas serventias extrajudiciais e, se uma vez desjudicializado determinado procedimento, haveria a obrigatoriedade de utilização da via administrativa (ao menos em alguns casos), ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Quanto ao primeiro questionamento demonstra não pairar maiores dúvidas, a partir da análise de alguns exemplos advindos das mais diversas legislações, sendo exemplo disso a inserção dos textos normativos nos artigos 175 do novo CPC e 42 da Lei de Mediação. Porém, em relação ao segundo, mesmo se levado em consideração a releitura do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, bem como a evolução da função notarial, não se trata de situação tranquila na doutrina e jurisprudência. Para alcançar a premissa adequada, emprega-se a técnica de pesquisa bibliográfica e documental e o método comparativo a fim de estabelecer as divergências doutrinárias, posicionando-se sobre o tema em seguida.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Inafastabilidade da Jurisdição. Desjudicialização. Serventias Extrajudiciais. Notários e Registradores. Esfera Administrativa Obrigatória.

ABSTRACT

Abstract: The process proved incapable of ensuring effectiveness of the demands of today's complex and dynamic society, revealing the so-called "crisis of the process" and consequently of access to the just legal order. Faced with this, it is inevitable that procedures are dejudicialization. But the question is whether the model of dejudicialization proposed by the new Brazilian minisystem of consensual methods of conflict resolution should pass or should go through extrajudicial services and, if once removed from the judiciary certain procedure, there would be an obligation to use the administrative sphere (less in some cases), there is sight the principle of inafasability of the jurisdiction. As for the first questioning, it does not show any doubts, based on the analysis of numerous examples coming from the most diverse legislation, such as the insertion of the norms in article 175 of the new CPC and in article 42 of the Mediation Law. However, in relation to the second, even if one considers the reinterpretation of access to justice and the unfatality of the jurisdiction, as well as the evolution of the notarial function, this is not a quiet situation in the doctrine and jurisprudence. To achieve the appropriate premise, the technique of bibliographical and documentary research and the comparative method are used in order to establish the doctrinal divergences, positioning itself on the topic hereafter.

Key words: Access to justice. Inafasability of Jurisdiction. Dejudicialization. Extrajudicial Services. Notaries and Registrars. Mandatory Administrative Sphere.

LISTA DE SIGLAS

CC – Código Civil de 2002

CENSEC – Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil de 2015

FARPEN - Fundo de Apoio ao Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado do Espírito Santo

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

LNR – Lei dos Notários e Registradores (Lei nº 8.935/94)

LRP – Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73)

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 ACESSO À JUSTIÇA, DESACESSO E JURISDIÇÃO.....	12
2.1 CRISE DO PODER JUDICIÁRIO.....	12
2.2 GENERALIDADES, CONCEITO E EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA..	16
2.3 RELEITURA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	22
2.4 INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E RESTRIÇÕES.....	30
2.5 O INTERESSE DE AGIR.....	37
2.6 JURISDIÇÃO NA NOVA ORDEM JURÍDICA PROCESSUAL- CONSTITUCIONAL.....	40
3 SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E DESJUDICIALIZAÇÃO.....	48
3.1 ASPECTOS GERAIS DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS.....	48
3.2 DESJUDICIALIZAÇÃO.....	60
3.3 DESJUDICIALIZAÇÃO, JURISDIÇÃO E O FORO EXTRAJUDICIAL.....	66
3.3.1 Exemplos de atos desjudicializados.....	78
3.3.2 Outros procedimentos passíveis de serem desjudicializados.....	82
4 DESJUDICIALIZAÇÃO E SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. VIA ADMINISTRATIVA FORÇADA?.....	87
4.1 OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIALIZADO E INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.....	87
4.2 COMPULSORIEDADE DA VIA ADMINISTRATIVA E INTERESSE PROCESSUAL.....	107
4.3 GRATUIDADES X EMOLUMENTOS.....	114
5 CONCLUSÃO.....	121
6 REFERÊNCIAS.....	126

1 INTRODUÇÃO

Conforme o relatório da Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça de 2017 referente ao ano-base 2016, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, tendo o estoque aumentado em 2,7 milhões de processos (3,6%) em relação ao ano anterior, mesmo com o aumento de decisões e sentenças em 11,4%.¹

Referido estoque continua aumentando desde o ano de 2009, com um crescimento acumulado neste período de 31,2%, ou seja, 18,9 milhões de processos a mais em relação àquele ano. Para se ter ideia o que representa este quantitativo, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque.²

Como se vê, houve o esgotamento do modelo de sistema judiciário adotado atualmente, em que o amplo acesso à justiça inaugurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 se esvaiu a partir da ausência de um acesso à justiça qualitativo, uma vez que não basta garantir o ingresso no Poder Judiciário, devendo, sobretudo, permitir a saída fundada nos princípios constitucionais do devido processo legal, efetividade e razoável duração do processo.

Nesse contexto, inevitável a busca por outros meios de resolução de conflito como forma de alcançar ou pelo menos auxiliar na tão almejada pacificação social. E essa parece ter sido a premissa adotada pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), reforçado pela Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), ao apostar em modelos variados de resolução de conflitos, como por exemplo, a conciliação e a mediação, na tentativa de atenuar o colapso evidenciado.

Com isso, vê-se que a política pública dos meios adequados de solução de conflitos implantada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ - com a edição da Resolução nº 125/2010 ganhou corpo em lei formal proveniente do Poder Legislativo, o que reforça o incentivo e busca por alternativa ao modelo posto.

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília, 2017, p. 67.

² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília, 2017, p. 67.

Mas a indagação que aqui se faz é se o modelo de desjudicialização proposto pelo novo “minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução de conflitos”³ passa ou deveria passar pelas serventias extrajudiciais e, se uma vez desjudicializado determinado procedimento, haveria a obrigatoriedade de utilização da via administrativa (ao menos em alguns casos), ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Quanto ao primeiro questionamento demonstra não pairar mais dúvidas, a partir da análise de alguns exemplos advindos dos mais diversos textos normativos, sendo exemplo disso a previsão inserida no artigo 175 do novo CPC e no artigo 42 da Lei de Mediação. Porém, em relação ao segundo, mesmo se levado em consideração a releitura do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, bem como a evolução da função notarial, não se trata de situação tranquila na doutrina e jurisprudência.

Nesse contexto, tem-se como problema a ser resolvido pelo estudo proposto, a seguinte pergunta: é possível falar em obrigatoriedade da via administrativa notarial e registrária na hipótese de desjudicialização de um procedimento judicial?

Para responder ao questionamento apresentado, passar-se-á por institutos como o da jurisdição, estabelecendo sua relação com a respectiva atividade, assim como se enfrentará outras nuances (problemas subsidiários) advindas do problema principal, tais como a questão da releitura do acesso à justiça e das restrições à inafastabilidade da jurisdição, da evolução da atividade notarial e registral e suas peculiaridades, do interesse de agir e da gratuidade da justiça e emolumentos, sem se descurar dos limites impostos à desjudicialização.

Como forma de se tentar alcançar uma leitura mais adequada de todos os contornos do tema, mesmo que sob a ótica do Direito Processual Civil-Constitucional, empregar-se-á uma visão multidisciplinar, revisitando assuntos objeto de estudo do Direito Constitucional, Processual Civil, Notarial e Registral, Civil e Administrativo.

Logo, evidente a importância do estudo a fim de verificar a possibilidade de as serventias do foro extrajudicial poder auxiliar na concreção da tutela de direitos fundamentais, cuja fé

³ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo Código de Processo Civil. In: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio. (Org.). **PRODIREITO**: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015, p. 51-78. (Sistema de Educação Continuada a Distância, v. 1), p. 51.

pública notarial e registral ainda é pouco explorada, em seus diversos campos – jurídico, político e sociológico. Em outros termos, faz-se importante o trabalho como forma de tentar enxergar caminho que permita o acesso à ordem jurídica justa e ao próprio direito por via transversa que não o processo, isto é, por meio de outra técnica, e se esta deve ser obrigatória.

Vale ressaltar que o estudo proposto se adequa à linha de pesquisa “Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e tutela dos direitos individuais coletivos” do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, à medida que verificará a viabilidade de porta diferenciada a fim de garantir uma tutela de direitos que seja adequada, tempestiva e efetiva, de modo a promover a realização da justiça, com a concretização de direitos fundamentais, a partir da identificação de entraves teóricos e práticos existentes no Poder Judiciário para a realização da justiça e do apontamento de elementos para a superação de um paradigma meramente formalista do processo civil.

Para alcançar a premissa adequada será empregada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental e o método comparativo a fim de estabelecer as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, posicionando-se sobre o tema em seguida.

A partir do método hipotético-dedutivo, analisar-se-á o ordenamento jurídico brasileiro, sob o enfoque do espírito ratificado e ampliado pelo novo Código de Processo Civil, de fomentar a busca de outros meios para a resolução de conflito como forma de se garantir um efetivo acesso à justiça.

Dito isso, avança-se ao desenvolvimento do estudo que ora se propõe.

2 ACESSO À JUSTIÇA, DESACESSO E JURISDIÇÃO

2.1 CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

Como ilustrado em breves notas introdutórias, indene de dúvidas é a falência do modelo atual de justiça. Contudo, conforme assinala Marcelo Abelha Rodrigues⁴, não será um código novo capaz de reduzir o tempo do processo e acabar com a morosidade da justiça, uma vez que não são tão somente as técnicas então vigentes as responsáveis pela tal crise que aflige o Poder Judiciário. “É preciso ter em mente que o tema da *crise do Poder Judiciário* deve ser visto sob várias frentes, pois direta ou indiretamente são muitas as causas às quais se pode atribuir este nefasto efeito de demora irrazoável na prestação jurisdicional.” A propósito, cite-se excerto elucidativo do referido autor, que pontua de forma irretocável os contornos e o parâmetro da crise evidenciada:

Sem sombra de dúvidas que um desses fatores decorre da crise estrutural do Poder Judiciário, que se reflete a ausência de infraestrutura (instalação, espaço, pessoal, equipamentos etc.) para prestação do serviço jurisdicional. O número de demandas que ingressam no Judiciário é muito maior do que as que saem, e a estrutura existente (pessoal e equipamentos) para lidar com estes números é arcaica, limitada e insuficiente. Uma simples reflexão do nosso dia a dia forense nos faz lembrar de inúmeras situações onde numa sala de audiência não tem papel, não tem funcionário para auxiliar uma audiência, não tem juízes e promotores que, quase sempre respondem por mais de uma vara ou comarcas dentre tantos e tantos outros problemas estruturais que põe em cheque a infraestrutura do Poder Judiciário.

Outro fator considerável desta crise – também já revelado pela radiografia do judiciário feita pela Fundação Getúlio Vargas – é a ineficiência e incapacidade de autogestão administrativa do Poder Judiciário. A má administração da deficiente infraestrutura, a ausência de logística e planejamento, a inexistência de ações de administração, de resultados e metas constitui também um fator decisivo para tal fenômeno. Enfim, o Poder Judiciário não é capaz de exercer a gestão administrativa de si mesmo, o que não parece-nos nenhum absurdo, pois esta não é sua atividade fim, e, nunca foi preparado para exercer este papel administrativo. Exemplos corriqueiros podem ser vistos nos cartórios judiciais pelo Brasil, onde há uma ausência total de procedimentalização de comportamentos e atos. Exemplos simples como gestão de horários e atos do quadro de pessoal, padronização de tipos e formas de comunicação judicial que deveriam ser iguais para todos os cartórios, uso racional dos equipamentos etc.

Outro fator, apontado por alguns juristas como o principal deles, é a inadequação do método utilizado para resolução dos conflitos, ou seja, as

⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). In: *Revista de Processo*, v. 244, p. 87-164, 2015, p. 5-6.

técnicas processuais vigentes não estariam adequadas à solução dos conflitos da atualidade porque teriam ficado defasadas com o tempo e com a evolução social. Essa inadequação refere-se não apenas à inexistência ou insuficiência de meios (soluções alternativas à judicialização, litigiosidade de massa etc.) para tratar dos conflitos da atualidade, mas também da inconveniência da técnica existente que foi criada sob uma perspectiva de ultravalorização do formalismo, positivista e liberal que está ultrapassada e inconveniente para o modelo sócio, político, econômico e cultural da atual da sociedade.

O problema de infraestrutura para atender ao elevado número de causas diz respeito à falta de uma política pública adequada, espalhando-se por todos os setores da atuação estatal. O modelo intervencionista de estado exigido pela CF/1988 está falido. Não há nenhuma política pública no país que seja minimamente satisfatória. O Estado não consegue prestar a contento a saúde, a educação, a segurança, o meio ambiente, o trabalho, o lazer etc. Diverso não é a prestação da justiça à população. Enfim, sob a perspectiva das políticas públicas que devem ser prestadas pelo Estado, tal prestação é mais um exemplo concreto de inoperância e ineficiência da atuação estatal, que seguramente não será resolvida ou remediada simplesmente com a vigência de um novo diploma processual civil.⁵

Até porque, culturalmente se prioriza o processo em lugar de alternativas a ele, de modo a endereçar tudo a um órgão julgador incapaz de fazer frente ao grande quantitativo de demandas a ele levadas, cuja cultura jurídica nasceu e continua a ser adversarial, sem que se promova a devida reforma estrutural do ensino jurídico no país.⁶

Com isso, uma das causas que obstrui o desacesso à justiça, por exemplo, é o assédio processual, caracterizado pelo exercício abusivo de instrumentos processuais por uma das partes, como forma de impedir que o outro contendor receba o bem da vida almejado.⁷ E como muitas vezes o julgador não faz a devida utilização das sanções processuais (multa por litigância de má-fé e/ou ato atentado à dignidade da justiça), a falta de cooperação é premiada com a dilação indevida do tempo do processo.

Interessante notar que o manejo equivocado do quantitativo da questão judiciária, isto é, empreender mais juízes, prédios, equipamentos, servidores, informática, enfim, mais custeio,

⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). In: *Revista de Processo*, v. 244, p. 87-164, 2015, p. 6.

⁶ NALINI, José Renato. Implicações éticas nas alternativas de resolução de conflito. In: *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o conselho nacional de justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 207.

⁷ CAMBI, Eduardo. Acesso (e descesso) à justiça e assédio processual. In: *Revista jurídica da escolha superior de advocacia da OAB-PR*, ano 2, número 1, abril 2017.

acaba por fomentar mais processos, na medida em que potencializa a oferta, retroalimentando a demanda, num perverso e oneroso círculo vicioso⁸ que, se não atacadas as demais causas, não há orçamento financeiro que consiga suprir o pleito.

Não se olvida que a simplificação dos procedimentos e da técnica processual pretendida pelo novo Código possa contribuir para a melhora do tempo do processo, mas nada de extraordinário. De igual modo, não será a criação de incidentes e técnicas individuais de repercussão coletiva que irá resolver, por si só, o problema da crise do judiciário. A criação de um novo diploma processual possui razões jurídicas e sociais que legitimam o seu surgimento, contudo, entender tratar de remédio adequado e suficiente para resolver a crise da demora da prestação jurisdicional é criar falsa expectativa de que todos os males serão extirpados, ocultando o verdadeiro problema, onde pode ser encontrado o adequado remédio para “curar” a inaceitável demora do processo.⁹

Com efeito, sendo evidente a dificuldade em se atacar todos os males que permeiam a crise evidenciada, mormente aqueles que dependam de recursos financeiros, necessário ao menos se fazer uma releitura do princípio do acesso à jurisdição e o da inafastabilidade da jurisdição, sob pena de se inviabilizar o próprio acesso a que visa garantir.

Isso porque, sem embargo de ser ou não o elemento causador da crise, o fato é que o processo se revelou incapaz de assegurar efetividade às demandas da sociedade complexa e dinâmica da atualidade, revelando-se a denominada “crise do processo” e conseqüentemente do acesso à ordem jurídica justa, o que pode ser atenuado, por exemplo, através da desjudicialização de procedimentos a serventias extrajudiciais, com a utilização forçada (ou não) da via administrativa.

Em outros termos, indiscutível é a falência do atual¹⁰ modelo de processamento e julgamento do Poder Judiciário, não se duvidando mais que a jurisdição não atende de forma efetiva à demanda social de pacificação e resolução das controvérsias, tampouco acompanhe o ritmo

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da constituição federal. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 926/2012, p. 135 – 175, Dez/2012.

⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). In: *Revista de Processo*, v. 244, p. 87-164, 2015, p. 7.

¹⁰ Atual porque ainda não houve evidências que o novo CPC vaticinou a crise.

acelerado das transformações culturais e sociais da atualidade,¹¹ o que demanda a busca por caminhos diversos, alguns deles, já testados e sob o controle do Estado, tal como o sistema notarial e registrário.

Ademais, a hiperlitigiosidade revela também crise ética da sociedade que se mostra incapaz de resolver seus próprios problemas sem ferir direito alheio e sem se valer da tutela jurisdicional.¹²

Pesquisas realizadas no curso do tempo apontaram uma insatisfação da população em relação aos serviços judiciários, com o afastamento do cidadão do Estado-juiz, e a preocupante situação de anomia existente em algumas comunidades mais carentes no Brasil.¹³

Preocupante porque a anomia, em uma de suas várias concepções, pode ser definida como a situação em que, diante da incapacidade do Estado de fazer cumprir suas leis, os indivíduos desintegrados do sistema e excluídos não se sentem acolhidos pelo Estado, o que enseja – pelo grupo social a que compõem – o desrespeito ao sistema legislativo oficial e a observância de regras próprias (muitas vezes criadas pelo crime organizado).¹⁴

A propósito, cite-se lição de Ada Pellegrini Grinover¹⁵, que bem sintetiza o tema:

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a

¹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, v. 1, p. 757.

¹² PEREIRA, Caleb Salomão; SANTOS, Ricardo Goretti. A fuga do processo: reflexões sobre modalidades metaprocessuais de intervenção socioconstitucional. In: MIGUEL, Paula Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). *Estratégias participativas no ensino jurídico: uma formação voltada pra os direitos humanos*. Curitiba: CRV, 2015, p. 93.

¹³ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 – (Coleção Saberes do Direito, 53), p. 32.

¹⁴ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 – (Coleção Saberes do Direito, 53), p. 33.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, v. 14, p. 16, jul. 2007.

Justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os “justiceiros”).

Sob esse panorama, imprescindível garantir não só acesso à justiça formal (acesso ao Judiciário), mas sobretudo acesso de índole material, isto é, a despeito de minimizar o conflito, o sistema deve oferecer aos participantes do processo resultados justos e efetivos, mormente porque a efetividade tem sido reconhecida como valor fundamental, ao se reputar imprescindível à tutela dos direitos.¹⁶

Há de se deixar para trás a promessa de acesso apenas formal à justiça e visualizar um novo acesso à solução adequada dos conflitos dentro de uma ordem jurídica justa, acesso esse encarado a partir da percepção do cidadão. De nada adianta ao povo garantias formais sem nenhuma efetividade no seu dia a dia. Só a presença efetiva do Estado e o atendimento aos serviços básicos resgatarão nessas comunidades o sentimento de pertencimento.¹⁷

Nesse contexto, passa-se análise do acesso à justiça tendo como foco o alcance de sua vertente qualitativa.

2.2 GENERALIDADES. CONCEITO E EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Em obra mundialmente reconhecida, Mauro Cappelletti e Bryant Garth asseveram não ser de fácil definição o direito de acesso à justiça, haja vista tratar-se de signo sem um sentido unívoco. Contudo, entendem que serve para indicar ao menos duas finalidades básicas do sistema jurídico: “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”¹⁸

Em seguida, os mesmos autores, após discorrerem sobre o *welfare state*, definem esse direito fundamental de forma mais ampla: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o

¹⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 757.

¹⁷ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 – (Coleção Saberes do Direito, 53), p. 34.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”¹⁹

Trata-se de direito de caráter principiológico que serve de fundamento ao próprio sentido do Estado Democrático de Direito, ao assegurar a inafastabilidade do judiciário como Poder de Estado, ao qual compete o exercício da jurisdição e a indeclinabilidade da decisão judicial.²⁰ Isso porque, ao impossibilitar a autotutela como regra e o exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP), assumiu o dever de resolver os conflitos de interesses como decorrência lógica de ter reservado a si o monopólio da prestação jurisdicional, razão pela qual deve assegurar amplo acesso à justiça, com a imposição de o Estado disponibilizar e tornar efetivas as alternativas para reação contra a ofensa, o que faz pela via ampla e irrestrita de acesso ao Poder Judiciário contra toda e qualquer ameaça ou lesão ao direito.²¹

É um princípio essencial ao funcionamento do Estado de Direito, porque ao se organizar sob a sua égide, deve ser assegurado, em todas as suas funções, isonomia material aos cidadãos. Igualdade esta que na esfera jurisdicional é assegurada justamente pela garantia de acesso à Justiça,²² ao propiciá-la, ao menos em tese, aos jurisdicionados.

Possui sentido polissêmico, sendo tratado na doutrina por diversas acepções além de acesso à justiça, tais como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou judicial), princípio da universalidade da jurisdição, princípio da indeclinabilidade da jurisdição, princípio da ubiquidade da jurisdição, princípio da proteção judiciária, princípio da irrecusabilidade da função jurisdicional, direito fundamental de ação.

Contudo, enfrentando o tema, interessante anotar a distinção feita sobre o princípio do acesso à justiça e o da inafastabilidade da jurisdição por Bárbara Seccato Ruis Chagas²³, mas que ao

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.12.

²⁰ CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 486.

²¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral*. São Paulo: Forense, 2015, p. 15.

²² SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. Acesso à Justiça e meios alternativos de resolução de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. X. p. 184.

²³ CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. *O tratamento adequado de conflitos no processo civil brasileiro*. 2017. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Vitória, 2017, p. 51.

final alerta sobre a ligação da definição com a ideia ultrapassada de processo como único meio de se obter justiça:

Nesse ínterim, deve-se notar que todo o trajeto histórico da redação constitucional e da disciplina doutrinária ainda associa e confunde o princípio da inafastabilidade, ou ubiquidade, do Judiciário e o princípio do acesso à justiça. Assim, por força da herança tradicional do monopólio do Judiciário para realizar “justiça” – e pacificação -, o mesmo dispositivo fundamenta o direito constitucional de ação - a garantia universal para provocar o Poder Estatal a atuar perante o conflito -, o dever de o Judiciário manifestar-se diante da provocação por meio do processo judicial (inafastabilidade) e o compromisso fundamental de se buscar garantir a todos o acesso à ordem jurídica justa (acesso à justiça). Nesse contexto, a justiça – pacificação – só poderia ser obtida por meio do processo judicial. [...].

De seu turno, ao tratar da inafastabilidade da jurisdição, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁴ afirmam que a principal implicação desse princípio é o direito fundamental de ação, sendo ele um complexo de situações jurídicas, cujo direito não possui conteúdo eficaz único. Nele está ínsito, por exemplo, o direito de provocar o judiciário, o direito de escolher o procedimento, o direito à tutela jurisdicional e o direito ao recurso.

Em obra diversa daquela referenciada anteriormente, Mauro Cappelletti²⁵ destaca que são três os obstáculos relacionados ao processo a serem superados a fim de alcançar um adequado acesso à Justiça. O primeiro é o obstáculo econômico (verificado por meio da pobreza das pessoas que, por motivos financeiros, não possuem acesso à informação e à devida representação); o segundo diz respeito ao obstáculo organizacional (dificuldade de acesso à Justiça); por fim, o último obstáculo processual [cujo novo diploma processual visa atenuar], relacionado ao fato de que, em determinados casos, o tradicional processo litigioso pode não ser o melhor caminho para ensejar a efetiva satisfação de direitos, devendo-se buscar reais alternativas aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais.²⁶

²⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 177.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Os meios alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista Forense*, v. 326, Rio de Janeiro, 1994, p.125.

²⁶ Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco enumeram quatro óbices à garantia ao acesso à ordem jurídica justa: O primeiro relaciona-se à admissão ao processo. Era preciso eliminar as dificuldades econômicas que impediam à grande número de pessoas o acesso ao processo, e ligados a essas o desconhecimento e a dificuldade de encontrar informações acerca dos direitos. Por outro lado, era preciso, também, eliminar os óbices jurídicos, representados pela impossibilidade de litigar em defesa dos interesses meta-individuais (supra-individuais) – difusos e coletivos. O segundo óbice encontra-se no modo de ser do processo, ou seja, a ordem legal de seus atos deveriam ser observados (devido processo legal formal) para que as

A fim de superar tais barreiras, propôs uma série de ondas. A primeira, direcionada para a assistência jurídica integral e gratuita; a segunda, para a proteção jurisdicional efetiva dos interesses difusos e coletivos; e a terceira, voltada à simplificação dos procedimentos e ao incentivo do uso de mecanismos privados ou informais de resolução de conflitos (mediação, arbitragem, entre outras técnicas de ADR).²⁷

Nesse passo, vêm do aludido autor inegáveis contribuições sobre o tema para o mundo jurídico internacional, e não só para a realidade italiana. O marco inicial se deu com o chamado “Projeto de Florença de Acesso à Justiça”, em 1973, por meio de esforços intelectuais de vários estudiosos, dentre eles, o autor citado. Os resultados alcançados foram publicados em 1978, tendo apresentado relatório em que apontou os problemas e possíveis soluções para o Judiciário em crise.²⁸

Entrementes, entre os anos 70 e 90 do século passado, quando se falava em direito de acesso à justiça pensava-se, imediatamente, num direito de acesso aos tribunais. A *ratio* deste modelo era intuitiva: num Estado de Direito, queira ou não, o indivíduo troca a justiça privada pela justiça pública. De seu turno, o Estado troca a anarquia pela organização e prestação de

partes detivessem a oportunidade de dialogar com o juiz (contraditório) de forma adequadamente participativa. Em seguida, o terceiro óbice encontra-se na justiça das decisões. O juiz deve pautar-se em critérios de justiça e razoabilidade (devido processo legal substancial) tanto ao apreciar as provas, como ao enquadrar os fatos às normas e categorias jurídicas, quanto na interpretação dos textos do direito positivo. Por fim, o quarto óbice finca-se na efetivação das decisões. Todo o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Pensar em certificação de direito sem se preocupar com sua concretização soaria no mínimo paradoxal, pois em nada adiantaria um direito “conhecido” e impossível de ser efetivado. De fato, um direito “conhecido” e impossível de ser efetivado traria mais angústia e raiva ao seu titular, bem como o descrédito ao Estado como provedor da “justiça”. Como é cediço, processo devido não é somente processo adequado ou célere, senão processo adequado e célere para ser efetivo (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34-35).

²⁷ Após citar uma suporta quarta onda concebida por Kim Economides, que se resume à dimensão ética dos operadores de direito, destinadas a estes, seja no campo da responsabilidade, seja no ensino jurídico, Roberto Portugal Bacellar menciona ainda uma quinta onda, voltada ao desenvolvimento de ações focadas no movimento de saída da justiça em relação aos conflitos judicializados e na oferta de métodos ou meios adequados de resolução de conflitos, dentro ou fora do Estado, no sentido de promover um “acesso à justiça como acesso à resolução adequada do conflito” (BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 – [Coleção Saberes do Direito, 53], p. 25). Para nós, nada mais é do que a terceira onda proposta por Cappelletti.

²⁸ NUNES, Dierle; THEODORO Jr., Humberto; *et al. Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 89.

serviços judiciários, de forma a garantir que todo conflito seja decidido por um juiz natural, que resolverá o caso concreto em consonância com o ordenamento em vigor.²⁹

Ainda se mostra presente na cultura jurídico-processual brasileira, ao menos do que se vê no dia a dia forense, a noção de que o “acesso à justiça” se reveste de uma concepção meramente formal, restrita a um simples direito de ação em ir a juízo. Contudo, essa leitura formal (típica do Estado Liberal) se mostra insuficiente, revelando a necessidade de algo mais.³⁰

Com a ruptura para o Estado Social, nota-se que vai sendo abandonada a visão puramente individualista dos direitos para afirmar uma postura positiva (ativa) por parte do Estado a fim de efetivar os direitos fundamentais (direitos sociais). “Com isso, o Judiciário, a partir do processo constitucional, passa a ocupar papel de destaque na efetivação desses direitos. Sua função não é apenas de aplicação da norma jurídica, mas de materialização desta”.³¹

Ocorre que este direito consagrado integralmente na Constituição Federal de 1988³² quanto ao aspecto formal, alcançando inclusive os direitos coletivos e a ameaça a direitos não tratados no ordenamento constitucional anterior³³, a albergar não só o movimento mundial de reforma do acesso à justiça, mas o próprio pluralismo então inaugurado no Brasil³⁴, não foi observado em seu aspecto substancial, isto é, a democratização da justiça não encontrou retorno à altura no Poder Judiciário, de modo a não observar a aplicabilidade imediata e efetiva dos direitos fundamentais (artigo 5º, parágrafo 1º, da CF).

²⁹ SILVA, Paula Costa e. *O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 771-772.

³⁰ NUNES, Dierle; THEODORO Jr., Humberto; et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 89.

³¹ NUNES, Dierle; THEODORO Jr., Humberto; et al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 89.

³² Inciso XXXV do art. 5º da CF/1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³³ Previa apenas “Direito Individual” e não mencionava ameaça a direitos, de modo a constitucionalizar a tutela preventiva de direitos.

³⁴ Em análise histórica, Eliane Botelho Junqueira assevera que os motivos que despertaram o interesse brasileiro, no início dos anos 80, para a temática do acesso à justiça, não se pautou tanto no movimento internacional de ampliação do acesso à Justiça, senão no processo político e social da abertura política e, em particular, na emergência do movimento social que então se inicia no país (JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. *Revista Estudos Históricos*, n. 18, 1996. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>, acesso 02 mar. 2018).

Embora salutar naquele momento a consagração do direito na norma máxima do país em maior extensão do que nas constituições pretéritas³⁵ como forma de desencadear uma maior evolução daquele próprio direito pela doutrina, a previsão de amplo e incondicional acesso aos órgãos jurisdicionais, com o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário, não encontrou ressonância neste. O fato é que a abertura das portas do Poder Judiciário não contou com uma reflexão antecedente acerca da necessidade de repensar a estrutura administrativa e, especialmente, o modelo tradicional de outorga da prestação jurisdicional, ainda que fosse plenamente previsível o crescimento da demanda em razão da facilitação do acesso, impulsionado pelo desenvolvimento social e econômico do país (demandas de massa), assim como pela ampla gama de direitos sociais previstos na nova ordem constitucional – e não adimplidos pelo próprio Estado.³⁶

Nesse sentido, é possível verificar que se deu de forma desordenada no Brasil a trajetória evolutiva de superação dos obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa, principalmente porque, muito embora possível o acesso ao órgão jurisdicional, este não possibilita se alcançar o acesso à ordem jurídica justa, pois à medida que se facilita a entrada no judiciário, agrava-se a saída sem que haja uma efetiva, rápida e justa prestação jurisdicional.³⁷

Não só por isso, mas sobretudo por conferir maior legitimação social à resolução de conflitos, em consonância com o movimento proposto na terceira onda sobredita e na esteira das reformas constitucionais e processuais que vêm ocorrendo no restante do mundo, bem como da evolução da doutrina, inaugurou-se por meio da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e depois pela positivação de preceitos no novo Código de Processo Civil, verdadeira política pública dos meios adequados de solução de conflitos, com o fim de tentar superar ao menos uma das mazelas que obsta o alcance da tutela adequada de direitos.

³⁵ Acrescentou a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário também de lesão a direito, o que já vinha sendo reconhecido pela jurisprudência da época.

³⁶ SILVEIRA, João José Custódio da. Desafio à nova ordem de soluções diferenciadas para acesso à justiça. In: AMORIM, José Roberto Neves; _____. In: *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o conselho nacional de justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 162.

³⁷ CERQUEIRA, Társis Silva. Acesso à justiça. Novíssima reflexão. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 10, nº 982, 19 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima>>. Acesso em 26 fev. 2018.

A partir de então, como bem vinha defendendo a doutrina e consoante importantes marcos legais surgidos ao longo do tempo³⁸, pode se falar em verdadeira ressignificação do acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro, para não mais se contemplar apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas também possibilitar que se busque o acesso ao direito por outras formas que não somente a tutela adjudicada, o que será objeto do próximo subitem.

2.3 RELEITURA DO ACESSO À JUSTIÇA

Atento ao colapso do sistema judicial, o novo Código de Processo Civil, ao prever no *caput* do artigo 3º, direito ao acesso à justiça de forma sutilmente diverso da forma como prevista na Carta Constitucional (troca apreciação do Poder Judiciário por apreciação jurisdicional)³⁹, bem como no seu parágrafo 2º que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e no parágrafo 3º que “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,” estabelece verdadeira política judiciária de métodos consensuais de resolução de conflito, ensejando, inevitavelmente, a atualização do conceito de acesso à justiça.⁴⁰

³⁸ As leis que de algum modo representaram avanços significativos sobre o tema foram as seguintes: Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/1965); Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/1984), substituída pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995; Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985); Código de Defesa do Consumidor em sua parte processual (Lei 8.078/1990); Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004), que criou o CNJ e positivou o princípio da razoável duração do processo; Resolução 125/2010 do CNJ; e o novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015).

³⁹ Dispõe o inciso XXXV do art. 5º da CF que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por sua vez, o *caput* do art. 3º do CPC, em diferença sutil com relação ao texto constitucional, previu que “a lei não excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito”.

⁴⁰ Política esta que já foi encampada e incentivada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao entender não violar a coisa julgada, prescindindo do ajuizamento de ação anulatória na hipótese de inexistência de litígio (consensual), posterior ajuste da destinação de bens resultado de sentença homologatória de partilha: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIVÓRCIO CONSENSUAL. ACORDO SOBRE PARTILHA DOS BENS. HOMOLOGAÇÃO POR SENTENÇA. POSTERIOR AJUSTE CONSENSUAL ACERCA DA DESTINAÇÃO DOS BENS. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. PARTES MAIORES E CAPAZES QUE PODEM CONVENCIONAR SOBRE A PARTILHA DE SEUS BENS PRIVADOS E DISPONÍVEIS. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE DIFICULDADE EM CUMPRIR A AVENÇA INICIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. AÇÃO ANULATÓRIA. DESCABIMENTO QUANDO AUSENTE LITÍGIO, ERRO OU VÍCIO DE CONSENTIMENTO. ESTÍMULO ÀS SOLUÇÕES CONSENSUAIS DOS LITÍGIOS. NECESSIDADE.[...] 4- A coisa julgada material formada em virtude de acordo celebrado por partes maiores e capazes, versando sobre a partilha de bens imóveis privados e disponíveis e que fora homologado judicialmente por ocasião de divórcio consensual, não impede que haja um novo ajuste consensual sobre o destino dos referidos bens, assentado no princípio da autonomia da vontade e na possibilidade de dissolução do casamento até mesmo na esfera extrajudicial, especialmente diante da demonstrada dificuldade do cumprimento do acordo na forma inicialmente pactuada. 5- É desnecessária a remessa das partes à uma ação anulatória quando o requerimento de alteração do acordo não decorre de vício, de erro de consentimento ou quando não há litígio entre elas sobre o objeto da avença, sob pena de injustificável violação aos princípios da economia processual, da celeridade e da razoável duração do processo. 6- A desjudicialização dos conflitos e a promoção do sistema multipartas de acesso à justiça deve ser francamente incentivada, estimulando-se a adoção da solução

Correta a mudança redacional, pois a jurisdição pode ser exercida além do Poder Judiciário, como acontece, por exemplo, na hipótese em que o Senado exerce jurisdição e na arbitragem. Substancialmente, contudo, o enunciado é o mesmo e a norma dele extraída também possui índole constitucional, ainda que prevista no Código de Processo Civil.⁴¹

Ademais, ao se referir à “apreciação jurisdicional”, transborda ao Poder Judiciário e sua forma imperiosa de resolver o conflito, abrindo portas para outras formas de solução de conflito, a envolver atores diversos. Com isso, a jurisdição, que inicialmente seria exercida exclusivamente pelo Órgão Judicial, pode ser autorizada a ser exercida, por exemplo, pelas serventias extrajudiciais ou ser desempenhada por câmaras comunitárias, centros ou conciliadores e mediadores extrajudiciais⁴² (artigo 175 do CPC) - desde que investidos das características e garantias inerentes à jurisdição.

Disso, nota-se que a política pública dos meios adequados de solução de conflitos inaugurada pelo Conselho Nacional de Justiça com a edição da Resolução nº 125/10, que muito embora seja considerado ato normativo primário⁴³, ganhou corpo em lei formal proveniente do Poder Legislativo, o que reforça o incentivo e busca por alternativa ao modelo até então posto.

A propósito, o artigo 1º da Resolução, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13, expressamente assegura a todos o direito “à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.” Por seu turno, o parágrafo único, a partir da redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16, dispõe que incumbe aos órgãos judiciários, nos termos do artigo 334 do novo Código de Processo Civil combinado com o artigo 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de

consensual, dos métodos autocompositivos e do uso dos mecanismos adequados de solução das controvérsias, tendo como base a capacidade que possuem as partes de livremente convencionar e dispor sobre os seus bens, direitos e destinos” (REsp 1623475/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 20/04/2018).

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 177.

⁴² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. vol. 254/2016, p. 17 – 44, Abr/2016, p. 3.

⁴³ As resoluções emanadas do CNJ detêm caráter normativo primário, vez que arrancam seu fundamento de validade diretamente da Constituição, com escopo de dar densidade às regras e princípios constitucionais (ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427).

controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Incorporando este espírito, o novo diploma processual civil dispôs de um capítulo inteiro sobre mediação e conciliação (artigos 165 a 175), estruturou o procedimento comum para se ter tentativa de autocomposição prévia (artigos 334 e 695), permitiu os negócios processuais atípicos (artigo 190), assim como a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (artigo 515, III e 725, VIII), inclusive com a disposição de matéria estranha ao objeto litigioso da demanda (artigo 515, §2º).

Nesse passo, a política judiciária adotada pela Resolução nº 125 ensejou uma profunda transformação no paradigma dos serviços judiciários e, por consequência, atualizou o conceito de acesso à justiça, de modo a torná-lo muito mais acesso à ordem jurídica justa, e não apenas acesso aos órgãos da justiça para a obtenção de solução adjudicada por meio de sentença.⁴⁴

Em outros termos, modernizou-se porque assegurou a todos os cidadãos o direito à solução das controvérsias pelos meios mais adequados ao caso, e não apenas pelos processos estatais, com a institucionalização, com critérios de qualidade e de uniformidade em sua prática, dos mecanismos consensuais de solução de conflitos.⁴⁵

É dizer, o legislador ordinário absorve e agrega ao Direito Processual o sentido democrático do constitucionalismo contemporâneo, que influencia e permeia os demais ramos do direito, assim como os Poderes instituídos e o próprio Judiciário, inclusive flexibilizando o sentido da jurisdição e do processo adversarial como modelo singular de pacificação de conflitos da sociedade.⁴⁶

⁴⁴ WATANABE, Kazuo. *Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses – utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias*. In: AMORIM, José Roberto Neves; SILVEIRA, João José Custódio da. In: *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o conselho nacional de justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 229.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 79.

⁴⁶ CURY, Cesar Felipe. *Mediação*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 486.

Como bem assinala Cândido Rangel Dinamarco⁴⁷, “[...] a tutela jurisdicional tradicional não é o único meio de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa, eliminando conflitos e satisfazendo pretensões justas.”

O efetivo acesso à justiça é aquele que permite o acesso à ordem jurídica justa, por meio de uma tutela adequada que resolva os conflitos e leve à pacificação social. Isso vai além do mero acesso ao Judiciário, não podendo o tema ser analisado nos acanhados limites de acesso aos órgãos judiciários existentes no país.⁴⁸

De nada adianta ter o monopólio de todas as causas, mas não julgá-las, mantendo-as em estoque e descumprindo o mandamento constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CR) e do princípio da efetividade, decorrente do acesso à ordem jurídica justa. “É mais ou menos como lutar pelo acesso à justiça e depois justificar o não fazer justiça exatamente por causa do amplo acesso à justiça.”⁴⁹

Na verdade, deve atuar de forma subsidiária, apenas quando não for possível a resolução do conflito por outros meios ou quando estes não sejam os mais adequados, o que, em vez de diminuir seu poder, reafirma, na medida em que quaisquer das partes que tiverem seus direitos fundamentais violados, sem que tenha sido observado o devido processo legal ou que não tenha seu caso resolvido, sempre poderá recorrer ao Poder Judiciário, o qual possui aptidão para corrigir as imperfeições, fazendo com que as partes retornem ao *status quo*, se for a hipótese.

O Poder Judiciário é imprescindível para resolver problemas essenciais, em que ele, de fato, é o mais adequado. Ocorre que será mais eficiente quando de forma integrada buscar seu regular funcionamento em consonância com alternativas coexistentes complementares (extrajudiciais) à solução dos conflitos.⁵⁰

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. vol. 1, p. 122.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 75.

⁴⁹ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 – (Coleção Saberes do Direito, 53), p. 62.

⁵⁰ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 – (Coleção Saberes do Direito, 53), p. 66.

Consoante doutrina de Kazuo Watanabe⁵¹, numa visão mais ampliativa, o efetivo acesso à justiça depende de múltiplos fatores, como, por exemplo:

(i) a organização judiciária adequada à realidade do país, com sua modernização e realização de pesquisa permante para o conhecimento dessa realidade e dos conflitos que nela ocorrem; (ii) a organização de serviços voltados ao tratamento adequado das controvérsias, inclusive com a utilização de mecanismos diversos do processo estatal, como a arbitragem e os meios consensuais de solução de conflitos, dentre os quais se destacam a mediação e a conciliação; (iii) a adequação dos instrumentos processuais à efetiva tutela dos direitos individuais e coletivos dos jurisdicionados; (iv) a prestação adequada dos serviços de assistência jurídica integral, que propicie não somente o acesso aos órgãos da jurisdição (estatal ou não), como também orientação e informação jurídica; (v) a formação adequada dos juízes, dos árbitros e de terceiros facilitadores e seu permanente aperfeiçoamento; (vi) a remoção dos diferentes obstáculos (econômico, social, cultural, e de outras espécies) que se antepõem ao acesso à ordem jurídica justa; e (vii) a pesquisa interdisciplinar permanente para o aperfeiçoamento do direito material.

Imperioso ressaltar que decorre ainda desse princípio a atribuição de assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados (artigo 5º, LXXIV, CF). Diversamente da assistência judiciária prevista na ordem constitucional anterior, a assistência jurídica possui conceito mais abrangente e abrange a consultoria e atividade jurídica extrajudicial em geral. Nesse sentido, o Estado promoverá a assistência aos necessitados no que toca a aspectos legais, a fim de prestar informações sobre comportamentos a serem seguidos diante de problemas jurídicos e propor ações e defender os necessitados nas ações em face dele propostas.⁵²

Com efeito, o acesso à justiça - por si só, um princípio constitucional - não se completa somente pelo acesso aos tribunais, mas sim pelo acesso à ordem jurídica justa. Nesse conceito amplo, o acesso à justiça é regulado pelos subprincípios da universalidade e da adequação dos instrumentos utilizados para atingir a resolução dos conflitos, sendo a pacificação a principal meta do acesso à aludida ordem jurídica, cujo alcance será maior ou menor de acordo com os métodos processuais utilizados.⁵³

⁵¹ WATANABE, Kazuo apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 75-76.

⁵² NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 137.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 83.

“Esse é o viés pelo qual se introduz no debate moderno o conceito de que o acesso à justiça por um processo justo é antes a busca por uma solução justa.”⁵⁴ Vislumbra-se que o efetivo acesso à justiça, estimado uns dos mais básicos dos direitos humanos (e presente nos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos), visa cooperar não só com a função jurídica do Estado, mas também com a função política e social, de forma a propiciar o exercício da cidadania em busca de uma cultura materializada na paz.⁵⁵

A expressão acesso à justiça retrata uma das funções do próprio Estado, a quem compete garantir a eficiência do ordenamento jurídico e, sobretudo, proporcionar a realização de justiça aos cidadãos. O acesso da forma aqui tratada é visto como instrumento ético para a realização da justiça. Sob a sua ótica, inclui-se a existência de um ordenamento jurídico regulador das atividades individuais e sociais, bem como a distribuição legislativa justa dos direitos e faculdades substanciais.⁵⁶

Após redefinir o conceito de jurisdição como sendo garantia de acesso à justiça, Ada Pellegrini Grinover⁵⁷ assinala o objetivo buscados por eles: “*o acesso à justiça concretiza-se pela jurisdição e o elemento essencial da jurisdição é o acesso à justiça*. Fecha-se o círculo entre acesso à justiça e jurisdição, tendo ambos como *objetivo a pacificação com justiça*.”

Em verdade, melhor se a Constituição houvesse definido referido princípio tal como feito na Constituição Portuguesa, em seu artigo 20 – o que, todavia, não impede as conclusões aqui alcançadas -, ao dispor que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos [...]”. Como se vê, dispõe indiscutivelmente sobre o acesso à justiça substantivo, ao “assegurar o acesso ao direito”, cabendo garantir o acesso ao Judiciário para protegê-lo.

⁵⁴ CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 495.

⁵⁵ RANGEL, Rafael Calmon; STANGHERLIN, Camila. *O conflito e a mediação nas relações de direito de família: uma nova perspectiva sob o viés da alteridade e do novo código de processo civil* In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 665-666.

⁵⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 – (Coleção Saberes do Direito, 53), p. 53.

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 84.

Interessante interpretação sobre o dispositivo ainda é lançada por Leonardo Greco⁵⁸, no sentido de que antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado possibilitar que o cidadão goze de seus direitos de forma direta, ficando a proteção judiciária por meio dos tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano, demandada apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos. Ou seja, pode ser extraído daí a ideia de utilização dos órgãos judiciários como *última ratio*.⁵⁹

Apesar de importantes os efeitos de desafogar o Judiciário, reduzir custos e propiciar celeridade, há razões talvez ainda mais relevantes que justificam a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflito, como bem pontuam Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁶⁰:

São óbvias as vantagens tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem a necessidade de julgamento. E não são apenas as vantagens econômicas ao sistema judicial, mas também o aspecto psicológico de que tais decisões são mais facilmente aceitas do que os decretos unilaterais, uma vez que se fundamenta no acordo em que a sentença é dada pelos próprios interessados.

Sobre o fator de legitimação desses outros meios, ensina Cândido Rangel Dinamarco⁶¹, ao tratar do escopo social do processo e da jurisdição:

O escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.

Tal é o ponto de apoio e elemento de legitimação dos meios alternativos de solução de conflitos. Partes que transigem ou conciliador que encaminha litigantes a uma solução não têm solenes compromissos com a lei nem lhes toca dar-lhe efetividade ou promover-lhe a atuação (escopo jurídico da jurisdição). Mas a pacificação é o indisfarçável resultado dessas iniciativas, quando frutíferas - e tal é o ponto comum entre a jurisdição e os meios alternativos.

⁵⁸ GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 197.

⁵⁹ Nessa linha, veja-se: “o ideal é que consolidemos a mentalidade de que primeiro devemos usar os meios extrajudiciais de busca do consenso, em seguida, devemos recorrer à jurisdição voluntária extrajudicial, nas hipóteses previstas em lei; e finalmente, os meios adjudicatórios (arbitragem e jurisdição judicial) nos quais um terceiro irá impor sua vontade que deverá ser cumprida pelas partes em litígio” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. vol. 254/2016, p. 17 – 44, Abr/2016, p. 8).

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris. 1988, p.84.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. vol. 1, p. 132.

Por isso tudo é que a “justiça conciliativa exige a releitura do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pois, por acesso ao Poder Judiciário, deve entender-se acesso à justiça e aos meios adequados de solução de conflitos.”⁶²⁶³

Isso porque não é qualquer tutela que serve ao desiderato pretendido: a tutela deve ser justa, efetiva e adequada, sob pena de não se permitir o acesso à justiça consagrado constitucionalmente. Justa, à medida que dê razão a quem verdadeiramente a tem, ou na medida em que se observe a vontade livre e informada das partes. Efetiva, pois o direito ou interesse objeto de tutela deve poder ser realmente desfrutado. Adequada, porque a efetividade da justa tutela apenas pode ser obtida por meio de uma via processual idônea a solucionar o conflito.⁶⁴

E para permitir esse acesso à ordem jurídica justa, já que o processo não se mostrou capaz de garantir esse primado, pode se valer da desjudicialização em seu sentido amplo para permitir a retirada do Poder Judiciário não só de questões relativas à justiça conciliativa, mas também de todos os demais procedimentos que sejam possíveis de se realizar, por exemplo, em serventias extrajudiciais, tais como alguns de índole administrativa e/ou de jurisdição voluntária. Ou seja, “o novo conceito de que o direito de acesso à justiça implica em acesso à resolução adequada dos conflitos propõe estímulos que viabilizem ao cidadão utilizar um sistema de múltiplas portas”⁶⁵ (dentre eles a via extrajudicial).⁶⁶

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo Código de Processo Civil. In: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio. (Org.). *PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1*. Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2015. p. 51-78. (Sistema de Educação Continuada a Distância, v. 1), p. 04.

⁶³ Sobre o novo CPC e os meios alternativos de resolução de conflito, conclui ainda a citada autora: “espera-se que o novo CPC contribua, de maneira decisiva, para a necessária mudança de cultura, implantando uma nova mentalidade, capaz de realçar as vantagens – conforme o tipo de conflito – da solução consensual sobre a adjudicada, de modo a assegurar a mais ampla pacificação possível, juntamente com uma nova modalidade de acesso à justiça, mais econômica em tempo e custos. E a Lei de Mediação reforça essa expectativa.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo Código de Processo Civil. In: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio. (Org.). *PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1*. Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2015. p. 51-78. (Sistema de Educação Continuada a Distância, v. 1), p. 27).

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 34.

⁶⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 – (Coleção Saberes do Direito, 53), p. 47.

⁶⁶ Interessante destacar proposição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero a esse respeito: “Além disso, constitui manifestação de uma tendência mundial de abrir o procedimento comum para os meios alternativos de solução de disputas, tornando a solução judicial uma espécie de *ultima ratio* para composição dos litígios.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 173).

2.4 INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E RESTRIÇÕES

Como demonstrado no item 2.2, o direito fundamental ao acesso à justiça abarca todo um conjunto de providências que devem estar à disposição dos indivíduos e que vai muito além da existência de uma estrutura do Estado designada ao exercício da atividade jurisdicional (a tutela de direitos pode ocorrer com ou sem a intervenção do Estado), ao passo que o direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional é uma de suas vertentes, e compreende o direito ao acesso efetivo do emprego da jurisdição como fórmula destinada à tutela de direitos.⁶⁷

Consoante lição de Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes⁶⁸, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sujeita-se às limitações legitimamente postas pelas regras técnicas do processo e também pelo convívio com outras normas existentes no próprio plano constitucional. Isso elucida o motivo pelo qual certas pretensões em face do Estado encontram empecilho representado pelas fórmulas de independência dos Poderes e equilíbrio entre eles. Esclarece também porque o ajuizamento de uma demanda em juízo é sempre sujeita a vários requisitos técnico-processuais, inclusive de forma. Explica ainda o porquê do mérito das pretensões só serem julgados quando presentes os denominados pressupostos de admissibilidade. Trata-se de óbices legitimamente colocados à plena universalização da tutela jurisdicional, de cuja existência no sistema se infere a legítima relatividade dessa garantia. Essa relatividade, contudo, não significa enfraquecimento da garantia e não pode conotar-se por um nefasto conformismo ante a situações não jurisdicionalizáveis, sob pena de inutilidade da garantia.

De seu turno, ao argumento de que as garantias fundamentais e os direitos sociais devem ser interpretados de forma ampliada, Nelson Nery Jr.⁶⁹ entende que não se pode dar à lei interpretação que impeça ou dificulte o exercício do direito constitucional de ação. Nesse sentido, entende ser inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001, que dispõe não ser cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos,

⁶⁷ REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo cpc. In: *Revista de Processo*, vol. 258/2016, p. 41 – 58, ago/2016.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 55.

⁶⁹ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 133-134 e 139.

contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser identificados individualmente. Na mesma linha, assevera que os expedientes que criem alguma forma de premiação ou punição para insurgência recursal, como por exemplo o pagamento de multa administrativa com desconto caso o recorrente desista do recurso, também importam violação ao princípio em comento.⁷⁰

A propósito, aduz⁷¹ que o destinatário principal da norma é o legislador, atingindo a todos indistintamente, não podendo o órgão legiferante, tampouco qualquer outro impedir que o jurisdicionado deduza pretensão em juízo, tal como feito pelos “Atos Institucionais” (AI nº 05 de 1968) do Golpe Militar de 1964, que excluía da possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário os atos administrativos praticados pelo comando do Regime Militar.

Por outro lado, entende⁷² significar limitações naturais e legítimas ao exercício do direito de ação a necessidade de serem preenchidas as condições da ação (ou requisitos para apreciação do mérito – vide subitem 2.5 abaixo) e os pressupostos processuais, além de observados os prazos para seu exercício, bem como as formas dos atos processuais.

Contudo, mesmo que aceita determinada limitação, se for considerada excessiva, reputa-se inconstitucional. A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, por meio do Verbete Sumular nº 667, consolidou entendimento no sentido de “violar a garantia constitucional do acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.”

Em relação à arbitragem, em cotejo com o tema ora exposto, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁷³ advogam que não se trata de uma exceção à norma, na medida em que o problema não deixa de ser submetido à jurisdição. A diferença é que o órgão jurisdicional não é estatal, isto é, trata-se de órgão julgador escolhido pelos litigantes, no exercício de sua livre manifestação de vontade. Não por outro motivo, o §1º do artigo 3º

⁷⁰ Na mesma linha, cite-se a Súmula Vinculante nº 28 do STF: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.”

⁷¹ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

⁷² NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 137.

⁷³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 178.

do CPC, cujo *caput* reproduz o enunciado do princípio da inafastabilidade, trata do direito à instituição do juízo arbitral, nos termos da lei.⁷⁴

Salvo exceções previstas no próprio texto constitucional, como a do julgamento de certas autoridades pelo Senado (artigo 52, I e II, CF/1988), não há matéria que possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Observe-se, contudo, que afastar do Poder Judiciário não é afastar da jurisdição, uma vez que o Senado exerce função jurisdicional na hipótese.⁷⁶

Por conseguinte, em relação à necessidade de provocar ou esgotar a instância administrativa para só então poder buscar a tutela jurisdicional, o artigo 153, parágrafo 4º, segunda parte, da Constituição Federal de 1969, com redação dada pela EC 1/77⁷⁷, autorizava a lei infraconstitucional determinar que se observasse o prévio esgotamento da via administrativa para que só então pudesse ingressar com ação em juízo, tal como uma condição de procedibilidade, que, se não atendida, ensejaria a extinção da demanda sem resolução do mérito por ausência de interesse processual.

A Constituição Federal de 1988 não reproduziu a ressalva prevista no texto revogado, de forma que não mais se permite, na visão de Nelson Nery Jr.⁷⁸, a denominada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado no sistema constitucional brasileiro (tema que será enfrentado no último capítulo deste trabalho).

Ressalve-se, porém, que em relação às questões desportivas, há regra que decorre de expresso texto constitucional no sentido de que tais questões devem ser resolvidas inicialmente perante

⁷⁴ No mesmo sentido a doutrina de Nelson Nery JR.: “o fato de as partes constituírem convenção de arbitragem não significa ofensa ao princípio constitucional do direito de ação. Isto porque somente os direitos disponíveis podem ser objeto de convenção de arbitragem, razão por que as partes, quando celebram, estão abrindo mão da faculdade de fazerem uso da jurisdição estatal, optando pela jurisdição arbitral, terão, portanto, sua lide decidida pelo árbitro, não lhes sendo negada a aplicação da atividade jurisdicional” (NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 139).

⁷⁵ Em sentido contrário, entendendo não tratar de jurisdição a arbitragem: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, v. 1, p. 178-184.

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 178.

⁷⁷ Art. 153, § 4º, da CF/1967, com a redação dada pela EC 7/77: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.”

⁷⁸ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 140-141.

a justiça desportiva para que, após o esgotamento das possibilidades, possam ser remetidas ao exame do Poder Judiciário, se for o caso.⁷⁹

Indaga-se se são constitucionais as restrições ao exercício do direito de ação advindas da legislação infralegal, como, por exemplo, o artigo 7º, parágrafo 1º, da Lei n. 11.417/2006 (reclamação ao STF contra omissão ou ato da administração pública) e o artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.507/1997 (impetração de *habeas data*).

A esse respeito, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁸⁰ ensinam que os direitos fundamentais podem sofrer limitações por determinação legislativa infraconstitucional. É necessário, todavia, que esta restrição tenha justificação plausível. Em princípio, não parece inconstitucional o condicionamento, em certas hipóteses, da ida ao judiciário ao esgotamento administrativo da controvérsia. É abusiva a movimentação desnecessária da atividade jurisdicional, que deve ser havida como *última ratio* para a solução do conflito, salvo se o demandante demonstrar que, naquele caso, não pode aguardar a resolução administrativa da controvérsia, de modo a revelar indevida a restrição, devendo ser afastada, nesta hipótese, pelo órgão julgador. Registre-se, então, que o exame da possibilidade de condicionamento do acesso ao judiciário transfere-se para o caso concreto. Em resumo, pode a lei restringir, em certas hipóteses, o ingresso no judiciário. Se, contudo, revelar-se desarrazoada, a depender das circunstâncias do caso concreto, a restrição pode ser afastada pelo órgão julgador.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 631240⁸¹, sob a sistemática de repercussão geral, o Pretório Excelso, muito embora tenha feito algumas ressalvas, entendeu por bem exigir o prévio requerimento administrativo para que se possa ingressar no Judiciário a fim de requerer benefício previdenciário. Consignou apenas que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento da via administrativa e que a exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notório e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

⁷⁹ Art. 217, § 1º, da CF/88: “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.”

⁸⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 179-180.

⁸¹ RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014.

De seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1349453/MS⁸², julgado sob o regime de recursos repetitivos, exigiu “prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável” para efeito de ajuizamento de cautelar de exibição de documentos – extratos bancários.

Com efeito, deve ser registrado que o processo reflete a cultura e a realidade de seu tempo, correspondendo aos anseios das novas relações jurídicas, tendo em mente a sua natureza instrumental em relação ao direito material.

Na esteira desse pensamento, o legislador infraconstitucional assume um importante papel na conformação da ordem jurídica constitucional processual, à medida que apontando para o desiderato constitucional de busca pelo amplo acesso à justiça, tenta encontrar mecanismos processuais céleres, adequados e efetivos por meio de modificações legislativas. Realiza-se, desse modo, os escopos visados pela previsão constitucional do princípio da inafastabilidade – dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça.⁸³

Todavia, não se pode imputar às modificações legislativas a solução de todos os problemas que afligem e limitam o acesso à ordem jurídica justa. Sem embargo, não se pode olvidar que as normas constitucionais – nestas incluídas o princípio da inafastabilidade da jurisdição – são capazes de sofrer mutações e reciclar-se em relação às suas prescrições. Essa releitura deriva do processo de concretização constitucional na maior parte das vezes, influenciadas por leis ordinárias, responsáveis por uma nova conformação da interpretação dos dispositivos constitucionais.⁸⁴ Nesse passo, pode-se vislumbrar uma nova definição do princípio da

⁸² REsp 1349453/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 02/02/2015.

⁸³ CERQUEIRA, Társis Silva. Acesso à justiça. Novíssima reflexão. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 10, nº 982, 19 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima>>. Acesso em 26 fev. 2018.

⁸⁴ Nesse sentido leciona Marcelo Neves, pautando-se nas lições de Luhmann: “Esse caráter cognitivo de sistema constitucional expressa-se explicitamente através do procedimento específico de reforma constitucional, mas também se manifesta no decorrer do processo de concretização constitucional. Não se trata, por conseguinte, de uma hierarquização absoluta. Principalmente as leis ordinárias e as decisões dos tribunais competentes para questões constitucionais, que em uma abordagem técnico-jurídica constituem direito infraconstitucional, determinam o sentido e condicionam a validade das normas constitucionais.”, (NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.72).

inafastabilidade da jurisdição a partir da nova sistemática processual estabelecida com vistas a implementar uma saída eficaz aos problemas causados pelos conflitos de massa.⁸⁵

Os novos instrumentos processuais representam uma nova ideia dos limites do princípio da inafastabilidade e a requalização interna deste princípio ante a ponderação que deve ser feita entre as vertentes do amplo acesso, da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional. Exemplo dessa releitura do princípio da inafastabilidade se dá, muito claramente, no julgamento dos recursos repetitivos. Nestes, independentemente de conseguir o acesso ao tribunal superior, se o resultado da tese por este havida lhe for incidente e vinculante, cumprida estará a atividade jurisdicional com relação àquele específico jurisdicionado. Assim, não pode se cogitar de negativa de prestação jurisdicional, uma vez que ao fim e ao cabo a tese adotada pela corte superior seria aplicada ao conflito individual e concretamente existente, ainda que não necessariamente julgado no respectivo tribunal de cúpula.⁸⁶

Mas é bem verdade que esta obtemperação não é de hoje. Por meio de entendimento sumulado, a Corte Máxima de Justiça já entendeu ser constitucional o prazo de 120 dias para impetrar mandado de segurança (Súmula 632). Na ADI 223-DF também entendeu pela constitucionalidade das restrições à concessão de tutela de urgência em face do Poder Público (as restrições não são inconstitucionais em tese, devendo ser analisadas diante do caso concreto, de acordo com a razoabilidade/abusividade da restrição), como nas hipóteses de compensação de créditos tributários, de entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, de reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou a extensão de vantagens e de pagamento de qualquer natureza (artigo 1.059 do CPC).

Por outro lado, não se olvida que em recentíssimo julgamento o mesmo Tribunal entendeu por bem julgar parcialmente procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidades 2.139⁸⁷ e 2.160⁸⁸ ajuizadas em face da exigência de conciliação prévia para ingresso na Justiça

⁸⁵ CERQUEIRA, Társis Silva. Acesso à justiça. Novíssima reflexão. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 10, nº 982, 19 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima>>. Acesso em 26 fev. 2018.

⁸⁶ CERQUEIRA, Társis Silva. Acesso à justiça. Novíssima reflexão. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 10, nº 982, 19 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima>>. Acesso em 26 fev. 2018.

⁸⁷ ADI 2139, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 18-02-2019 PUBLIC 19-02-2019.

⁸⁸ ADI 2160, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 18-02-2019 PUBLIC 19-02-2019.

Trabalhista, para dar interpretação conforme à Constituição referente ao artigo 625-D da CLT, a fim de consignar que a conciliação prévia é uma faculdade do reclamante, não uma imposição.

A propósito, José Frederico Marques⁸⁹ já deixou registrado ao tratar do princípio em tela que, ao adotá-lo, o constituinte “[...] reconheceu o direito ao processo (e ao direito de ação), como um dos direitos básicos e fundamentais do indivíduo, e fez com que a tutela jurisdicional a esses direitos ficasse a salvo de restrições da lei ordinária.”

Nada obstante, saliente-se que a ideia não é impossibilitar o acesso aos órgãos jurisdicionais, sobretudo porque representaria o caos social. Na verdade, cuida-se de cada dia mais permitir a criação de outros meios de solução desses conflitos, principalmente, à luz da novel interpretação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.⁹⁰

Nessa monta, à medida que se julga de imediato causas em que nem sequer houve a angularização (ou triangularização) da relação jurídica processual, ou nega seguimento a recursos com supedâneo na *ratio decidendi* de certos precedentes, o acesso à justiça é festejado, não no seu aspecto de garantia de acesso aos órgãos jurisdicionais, mas sim no aspecto do resultado da atividade jurisdicional, bem como no tocante à celeridade e à efetividade de tal prestação.⁹¹

Como assinalado no voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do RE 631240 acima mencionado, quando a constituição estipula como direito fundamental a duração razoável dos processos, ela também quer que haja espaço para outros processos poderem ingressar em juízo, razão pela qual se legitima as restrições ao princípio em tela, logicamente, desde que razoáveis, no sentido de atenuar a franquia imoderada e a consequente utilização abusiva da via judicial.

⁸⁹ MARQUES, José Frederico. *A reforma do poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979, item 222, v. I, p. 410.

⁹⁰ CERQUEIRA, Társis Silva. Acesso à justiça. Novíssima reflexão. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 10, nº 982, 19 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima>>. Acesso em 26 fev. 2018.

⁹¹ CERQUEIRA, Társis Silva. Acesso à justiça. Novíssima reflexão. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 10, nº 982, 19 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima>>. Acesso em 26 fev. 2018.

Nos dizeres de Fernando da Fonseca Gajardoni⁹², em feliz frase que sintetiza bem os contornos do problema, “o acesso à justiça não pode ser obstaculizado, mas aceita condicionantes razoáveis.”

Nesse contexto, conclui-se que essa nova leitura pode ser extraída do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição – não contraditória ou derogatória da anterior exegese, mas complementar⁹³ – sendo a novel sistemática de resolução consensual dos conflitos – judicial ou extra – capaz de demonstrar essa nova perspectiva.

Até porque se deve ter em mente a necessidade de empregar “interpretação evolutiva aos princípios e garantias constitucionais do processo civil”, de modo a reconhecer que a evolução das ideias políticas e das fórmulas de convivência em sociedade ressoa invariavelmente na leitura que deve ser feita dos mesmos a cada época.⁹⁴

2.5 O INTERESSE DE AGIR

Consoante dispõe o artigo 17 do Código de Processo Civil, “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”

De início, considerando não ser objeto deste estudo as denominadas “condições da ação”, ressalve-se que se passa ao largo da atual discussão doutrinária acerca do seu desaparecimento ou não do sistema processual em vigor, no sentido de que o interesse e a legitimidade elencados no dispositivo supratranscrito passassem à natureza de requisitos para a apreciação do mérito⁹⁵ ou de requisitos processuais⁹⁶, e não mais enquadrados na categoria de condições de ações.⁹⁷

⁹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral*. São Paulo: Forense, 2015, p. 15.

⁹³ CERQUEIRA, Társis Silva. Acesso à justiça. Novíssima reflexão. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 10, nº 982, 19 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima>>. Acesso em 26 fev. 2018.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. I. p. 246.

⁹⁵ Expressão de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, que assim se manifestam sobre a temática: “Não se fala mais em condições da ação. Há apenas advertência de que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade (art. 17). Diz o art. 485 do CPC que o órgão jurisdicional não resolverá o mérito em diversas hipóteses, entre essas quando verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual (art. 485, VI). Trata-se, assim, *de requisitos para a apreciação do mérito*, estando muito distante a ideia de que tais elementos poderiam ter a ver com a *existência da ação* (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 1, p. 204).”

A despeito disso, tem-se que referida categoria não se liga à existência do direito de ação em si, mas ao seu regular exercício no âmbito processual que, em não sendo observados seus requisitos, obsta a análise do mérito da demanda.

Por conseguinte, como cediço, o interesse de agir, ou interesse processual, possui dois aspectos considerados pacificamente pela doutrina – utilidade e necessidade – e uma terceira dimensão ainda, quase pacífica, qual seja, a adequação. Também não sendo objeto deste trabalho a controvérsia em voga, objeto de longínquos debates em sede doutrinária, traça-se apenas um panorama geral sobre tais aspectos.

Tem-se utilidade sempre quando o processo puder ensejar alguma melhora em determinada posição jurídica, trazendo-lhe algum proveito na esfera de direitos do sujeito processual. Não demonstrada a possibilidade de proveito quanto à situação fática vivenciada, não será possível exigir pronunciamento de mérito do Estado-Juiz, ante a inutilidade de movimentação de toda máquina judiciária, com dispêndio de recursos humanos e financeiros, para não se alcançar fim algum.

Já a necessidade consiste na demonstração de que a jurisdição é necessária, isto é, que sem o processo e a atuação do Estado-Juiz não é possível proceder a melhora da situação da parte interessada, por meio de simples satisfação voluntária de um direito. “Pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-

⁹⁶ Expressão de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. Nesse sentido, argumentam: “O texto normativo atual não se vale da expressão “condições da ação”. Apenas se determina que, reconhecida a ilegitimidade ou a falta de interesse, o órgão jurisdicional deve proferir decisão de inadmissibilidade. Retira-se a menção expressa à categoria “condição da ação” do único texto normativo do CPC que a previa e que, por isso, justificava a permanência de estudos doutrinários a seu respeito. Também não há mais uso da expressão *carência de ação*. [...]. *A legitimidade ad causam e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais*” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 306).

⁹⁷ Entendendo ainda existir no sistema, veja-se Daniel Amorim Assumpção Neves: “Certamente é tema que ainda suscitará muitos questionamentos e dúvidas, mas em minha primeira visão sobre o assunto não creio que o novo CPC tenha adotado a teoria do direito abstrato de ação. Prova maior é que nas hipóteses já mencionadas, de vedação à repropositura da ação e do cabimento da ação rescisória, o novo Código de Processo Civil deixa claro que não estará havendo julgamento de mérito. Como a legitimidade e o interesse de agir dificilmente podem ser enquadrados no conceito de pressupostos processuais, por demandarem análise jurídica da relação de direito material alegada pelo autor, concluo que continuamos a ter no sistema processual as condições de ação” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 129).

lo”.⁹⁸ Nesse sentido, consoante exemplo mencionado no voto condutor do acórdão no RE 631.240⁹⁹ citado no subitem anterior, “uma pessoa que necessite de um medicamento não tem interesse em propor ação caso ele seja distribuído gratuitamente.”

Nesse tocante, forçoso fazer ressalva quanto às denominadas “ações constitutivas necessárias”, demandas estas em que se postula um direito que só pode ser afirmado em juízo, vez que o bem da vida ou o estado jurídico que se pretende obter só pode ser alcançado por meio do Poder Judiciário, como exemplo, a interdição de uma pessoa, cuja decretação somente pode ser realizada pelo Poder Judiciário, sendo a ação de interdição, portanto, uma ação necessária. Essa “necessidade” se verifica ainda em boa parte dos casos de jurisdição voluntária¹⁰⁰, com as ações de anulação de contrato, falência, rescisória de sentença etc. Nessas hipóteses, a análise da “necessidade”, para a constatação do interesse, é dispensável, porquanto se dá *in re ipsa*. Enfim, nas ações necessárias, há presunção absoluta da necessidade de ingressar em juízo.¹⁰¹

Por sua vez, a adequação revela a correlação entre o meio processual eleito pela parte e a tutela jurisdicional pretendida. Caso inobservada a aptidão do meio para atingir o fim, aqui também não será possível a análise meritória do processo, tendo em vista que não alcançará os fins almejados através daquele meio, fazendo com que a tutela seja inútil, porquanto não conseguirá a melhora de sua situação fática por meio do procedimento escolhido ou do pedido formulado. Cite-se, como exemplo, a hipótese de impetração de mandado de segurança, ação que não admite dilação probatória, em caso que demanda prova pericial.

Em conclusão, como pontuado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 631.240 aludido, o interesse processual está essencialmente ligado aos princípios da economicidade e da eficiência. Partindo-se da premissa de que os recursos públicos são escassos, o que se

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 1, p. 202.

⁹⁹ RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014.

¹⁰⁰ Nessa linha: "Na jurisdição voluntária, [...] o interesse de agir decorreria normalmente da própria lei que subordina a validade ou a eficácia de um ato da vida privada ao conhecimento, à homologação, autorização ou aprovação judicial, impedindo que o requerente alcance o objetivo jurídico almejado sem a concorrência da cognição ou da vontade estatal manifestadas através do órgão jurisdicional [ou órgão extrajudicial autorizado]" (GRECO, Leonardo apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 362.

¹⁰¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 361-362.

revela em limitações na estrutura e na força de trabalho do Poder Judiciário, é preciso racionalizar a demanda, de forma a não permitir o seguimento de processos que, de plano, vislumbra-se inúteis, inadequados ou desnecessários. Do contrário, o acúmulo de ações inviáveis poderia comprometer o bom funcionamento da justiça, inviabilizando a tutela efetiva das pretensões idôneas, isto é, a prestação de uma tutela de direitos adequada, tempestiva e efetiva a quem realmente necessita.

2.6 JURISDIÇÃO NA NOVA ORDEM JURÍDICA PROCESSUAL–CONSTITUCIONAL

Segundo Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes¹⁰², a jurisdição se qualifica “como uma *expressão* do *poder estatal*, exercida com a *função* de pacificar e mediante as *atividades* disciplinadas pela Constituição e pela lei.” Afirmam ainda que a jurisdição “identifica-se pela presença de dois elementos essenciais, quais sejam: o *caráter substitutivo* e os *escopos a realizar*.”

Em contraponto, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁰³ defendem que a pacificação social é uma mera consequência da existência de um poder de resolver conflitos que se impõe aos jurisdicionados, e não um resultado particular e próprio do Estado constitucional. Entendem que a expectativa de resolução de conflitos sociais por uma ordem institucionalizada perfaz o próprio escopo do Direito, não sendo um objetivo direto da jurisdição, o que ora se concorda.

Sem se prender à referida controvérsia, por seu conceito, tem-se que a jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial, de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.¹⁰⁴¹⁰⁵

¹⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 77.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 124.

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 153.

¹⁰⁵ No mesmo sentido é a opinião de Hermes Zaneti Jr., ao citar Fredie Didier Jr.: “Adotamos aqui o conceito mais amplo e coerente com o Estado Democrático Constitucional proposta na doutrina, com alguns pequenos ajustes, segundo o qual jurisdição é a função **(a)** atribuída a terceiro imparcial; **(b)** de realizar o Direito de modo imperativo; **(c)** e (re)construtivo; **(d)** reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas; **(e)** concretamente formuladas; **(f)** em decisão insuscetível de controle externo (DIDIER JR., 2015, p. 153)” (ZANETI Jr., Hermes.

Característica marcante que a distingue de todas as demais formas de resolução de conflito (salvo a arbitragem) é a inaptidão destas para formar coisa julgada material, pois embora possa haver terceiro imparcial que crie norma individualizada, cuja solução pacifique a contenda com justiça, substituindo a vontade das partes, tais como tribunais administrativos (Conselho Nacional de Justiça, tribunais de contas etc.) ou outra forma de resolução de conflito extrajudicial, referidas decisões podem ser revistas pelo Judiciário. “Esta é *eficácia vinculativa plena* característica da atividade jurisdicional, e que *só a atividade jurisdicional produz.*”¹⁰⁶

Ratifica a afirmativa no sentido de ser marcante referido atributo o fato de que, muito “embora monopólio do Estado, a função jurisdicional não precisa necessariamente ser exercida por ele. O próprio Estado pode autorizar o exercício da jurisdição por outros agentes privados, como no caso da arbitragem [...]”¹⁰⁷¹⁰⁸

Nesse sentido, caso não haja essa autorização legislativa, pode-se dizer que esses outros meios de resolução de controvérsias se caracterizam, em verdade, como “equivalentes jurisdicionais” – formas não-jurisdicional de solução de conflitos. Assim o são porque funcionam como técnica de tutela de direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas, sem, contudo, implicar na imutabilidade do que restou decidido, porquanto ainda sujeito ao controle judicial.¹⁰⁹

Nos países que seguem o sistema da unidade da jurisdição (sistema “inglês”), como o Brasil (artigo 5º, XXXV, da CF/1988), tem-se a regra do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário [embora, como visto, o novo CPC tenha aberto uma porta para outros órgãos a

Material de aula do Programa de Pós-Graduação (mestrado) em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, na disciplina “A Constitucionalização do Processo”, cursada no semestre letivo 2017/02).

¹⁰⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição: noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 9-22, jul./set. 1980. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33310>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 156.

¹⁰⁸ Em sentido contrário, cite-se Alexandre Freitas Câmara: “Como sabido, jurisdição é uma das três funções classicamente atribuídas ao Estado, ao lado da função legislativa e da administrativa. É função estatal por definição e, portanto, não se pode aceitar a tese da natureza jurisdicional de outros mecanismos de resolução de conflitos, como é o caso da arbitragem. Equivalentes da jurisdição não têm natureza verdadeiramente jurisdicional. Só pode ser jurisdição o que provenha do Estado.” (Câmara, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39).

¹⁰⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 164.

exercerem], ao passo que no sistema da dualidade da jurisdição (sistema "francês"), os litígios afetos às atividades de serviço público em que for parte a Administração ou sua autarquias são apreciados por "tribunais" integrados na estrutura do próprio Poder Executivo, e não por órgãos do Poder Judiciário, sendo que estes tribunais decidem com "eficácia vinculativa plena", ou seja, suas decisões transitam materialmente em julgado, não podendo a questão ser reexaminada pelo Poder Judiciário. Referidos tribunais administrativos, portanto, diferente de nosso país, exercem jurisdição. É o contencioso administrativo, propriamente dito.¹¹⁰

Com efeito, essa circunstância não torna esses outros meios inferiores à função jurisdicional, sobretudo porque contribuem para pacificar vários conflitos, cujas partes se dão por satisfeitas, não submetendo as decisões daí advindas ao controle jurisdicional, o que, indiscutivelmente, coopera para um mais completo e eficiente sistema de justiça, revelando o fim do dogma da exclusividade estatal para resolver os litígios.

A propósito, anteriormente ao período moderno existia jurisdição propriamente dita que não dependia do Estado. Os senhores feudais possuíam jurisdição dentro do seu feudo, havendo jurisdições feudais e jurisdições baronais. Da mesma forma, os donatários das Capitanias Hereditárias no Brasil colonial exerciam jurisdição civil e criminal nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, havia ainda a jurisdição eclesiástica, notadamente em direito de família, a qual foi eliminada com a separação entre a Igreja e Estado.¹¹¹ Também havia no Brasil Império a jurisdição exercida por juízes de paz, responsáveis não só por realizar conciliações, mas também por julgar, dentre outras, causas civis até o valor de 16 mil réis, posturas e feitura do auto de corpo de delito, chegando até mesmo ao julgamento de causas eleitorais e criminais em determinado período.¹¹²¹¹³

¹¹⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição: noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 9-22, jul./set. 1980. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33310>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 560.

¹¹² CAMPOS, Adriana Pereira; Souza, Alexandre de Oliveira Bazilio de. *A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro*. Dados - Revista de Ciências Sociais, vol. 59, núm. 1, enero-marzo, 2016, pp. 271-298, Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil.

¹¹³ Nessa linha, prelecionam ainda referidos autores: "A possibilidade de maior descentralização do poder empolgava os partidários do liberalismo, enquanto outros políticos se mostravam mais receosos. Nas primeiras décadas do século XIX, o primeiro grupo conseguiu lograr sucesso em sua empreitada e o Brasil testemunhou um Judiciário em que juízes de paz e jurados decidiam grande parte das demandas. Com o passar dos anos, essa distribuição de poder alterou-se, principalmente com a concentração de praticamente toda jurisdição criminal nas mãos dos magistrados de carreira. Não obstante, em nenhum momento o Império aboliu a magistratura leiga e o final do período monárquico chegou a presenciar nova valoração dos juízes eletivos com a Reforma Judiciária de 1871 (Souza, 2013:17-21). Tais embates acabaram por repercutir na discussão sobre a própria natureza jurídica da conciliação e dos juízes de paz. O magistrado José Xavier Carvalho de Mendonça (1889:122), em obra sobre

Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹⁴ afirma que a jurisdição nunca foi monopólio do Estado, pois ao longo do tempo diversos foram os meios e os agentes credenciados a prevenir e/ou solucionar os conflitos deflagrados no seio da coletividade, sendo que um resquício ainda se encontra na figura do juiz de paz (CF, art. 98, II), infelizmente subutilizado atualmente.

Apesar de reconhecer que a jurisdição ainda é uma função tipicamente estatal, Leonardo Greco¹¹⁵ assinala que seu conceito está em evolução, sendo que alguns países ao menos em parte conseguiram desprendê-lo do Estado, ainda que não tenham sido concedidos aos mecanismos não estatais de solução de conflitos todos os poderes caracterizadores da jurisdição. A propósito, faz ainda interessante análise:

Será que a História vai confirmar a evolução no sentido da desestatização da jurisdição? Eu pessoalmente acredito que sim, porque, a rigor, mesmo antes da formação do Estado, todos os povos juridicamente organizados instituíram os seus órgãos jurisdicionais como a exigência da própria vida em sociedade. Por outro lado, o desprestígio, a perda de credibilidade dos órgãos estatais que exercem a jurisdição, é um fenômeno universal, menos pelas suas deficiências e mais pela expansão das aspirações de justiça da sociedade contemporânea a que o judiciário estatal não é capaz de dar respostas inteiramente satisfatórias. Esse descontentamento vai certamente resultar na busca de outros meios não estatais, até mesmo informalmente. Por outro lado, após a grande onda do acesso à justiça que banhou o mundo ocidental na segunda metade do século XX, assistimos hoje a uma reação contrária, que é a imposição de filtros cada vez mais restritivos a esse acesso, para conter o crescimento da demanda num ritmo muitas vezes superior à capacidade de sua administração pela máquina judiciária. Se a justiça, num país como o Brasil, começa a fechar as suas portas, a deixar os cidadãos do lado de fora, eles vão buscar outros meios de solução de conflitos, que podem até ser meios à margem da lei, contrários à lei ou por ela ignorados, correndo o risco de voltar aos tempos primitivos, com o uso da força. Por isso, o Estado deve facilitar que a sociedade espontaneamente ou por indução de uma política pública planejada, venha a instituir os seus próprios mecanismos de exercício da jurisdição, criando as condições necessárias à coordenação da sua atuação com a dos órgãos estatais.

o tema, citava o advogado e doutrinador francês Frédéric Murlon para concluir que a conciliação não era *stricto sensu* atividade jurisdicional, pois não envolvia julgamento. José Sales (1879:3, 47), outro doutrinador da época, chamava os juízes de paz de magistrados especiais, pois, apesar de terem jurisdição e administrarem a justiça, não possuíam vitaliciedade. Ao mesmo tempo, afirmava ter sido bastante oportuna sua escolha para a posição de conciliador, já que sua eleição refletiria a expressão da simpatia, respeito e consideração dos habitantes do distrito, o que facilitaria a retirada dos litigantes da “arena judicial” – expressão pelo ele mesmo usada [...]” (CAMPOS, Adriana Pereira; Souza, Alexandre de Oliveira Bazilio de. *A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro*. Dados - Revista de Ciências Sociais, vol. 59, núm. 1, enero-marzo, 2016, pp. 271-298, Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil).

¹¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 350.

¹¹⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I, p. 70-71.

Assim, ainda não se pode desligar totalmente o conceito de jurisdição de uma função tipicamente estatal, ou preponderantemente estatal, porque, entre nós, ela ainda o é, embora essa não me pareça a sua característica essencial. É uma característica histórica da jurisdição, ou de uma boa parte dos órgãos que a exerceram nos últimos mil e setecentos anos, aproximadamente, mas que hoje apresenta sinais de desgaste, que poderão levar, num prazo que ainda não pode ser previsto, a uma superação dessa vinculação.

A jurisdição é exercida por órgãos independentes e imparciais, o que não significa, necessariamente, que ela deva ser exercida por juízes. A Convenção Americana e Direitos Humanos alude à jurisdição como uma função exercida por um "tribunal imparcial" (art. 8º). Um órgão imparcial, em sentido amplo, é aquele dotado de dois atributos, que são notas essenciais da jurisdição, quais sejam: *independência* e *imparcialidade em sentido estrito*.

“Na verdade, o conflito deve ser tratado com a técnica processual mais apropriada às suas peculiaridades – que inclusive podem determinar o recurso à jurisdição como *ultima ratio*”, como ensinam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹¹⁶, que em seguida asseveram:

Não é por outra razão que o novo Código explicitamente coloca a jurisdição como uma das possíveis formas de resolução de litígios e de forma expressa incentiva os meios alternativos de resolução de controvérsias (art. 3º do CPC). Ao fazê-lo, nosso Código concebe a Justiça Civil dispondo não apenas de um único meio para resolução do conflito – uma única “porta” que deve necessariamente ser aberta pela parte interessada. Pelo contrário, nosso Código adota um sistema de “Justiça Multiportas” que viabiliza diferentes técnicas para solução de conflitos – com especial ênfase na conciliação e na mediação.

A toda evidência, “não se pretende substituir a solução estatal, mas proporcionar à população variadas e adequadas forma de tutela.” Desse modo, “permite-se proporcionar alternativas adequadas a cada tipo de conflito, racionalizando a distribuição da justiça.”¹¹⁷ Em outros termos, pode-se argumentar que ao lado da jurisdição há outras formas de solução de conflitos, a permitir alcançar a tutela adequada de direitos, seja por qual forma for.

Como dito ao tratar da releitura do acesso à justiça, o texto inserido no artigo 3º do novo Código de Processo, ligeiramente diverso do texto constitucional, somado a seus parágrafos,

¹¹⁶MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, v. 1, p. 178.

¹¹⁷CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2015, p. 149.

dão plena abertura para outras formas de resolução de conflito que não única e exclusivamente pelo poder Judiciário. Com isso, a jurisdição, que inicialmente seria exercida exclusivamente pelo Órgão Judicial, pode ser autorizada a ser exercida, por exemplo, pelas serventias extrajudiciais ou ser desempenhada por câmaras comunitárias, centros ou conciliadores e mediadores extrajudiciais¹¹⁸¹¹⁹ (artigo 175 do CPC).

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Maria Maria Martins Silva Stancati¹²⁰ assinalam que é bem difícil desatrelar a jurisdição do Estado, mormente porque haverá, inevitavelmente, a dependência do Estado, sobretudo no momento de exigir o cumprimento da decisão não estatal. Por outro lado, defendem que se pode pensar no exercício dessa função por outros órgãos do Estado ou por agentes privados.

Nessa linha segue a doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso¹²¹, ao reverberar que diante da notória crise numérica de processos, é nítido o crescimento de instâncias, órgãos e agentes parajurisdicionais, destinados à prevenção ou à resolução consensual dos conflitos, de modo a progredir o reconhecimento de que a jurisdição não é de exclusividade do Estado, mas sim de todo agente, órgão ou instância capaz de prevenir ou solucionar, em tempo razoável, crise iminente ou já instalada. “É dizer, sem meias-palavras: “cumpre reconhecer que dentre nós já se instalou um ambiente de *jurisdição compartilhada*.”

E continua, no sentido de que o conceito de jurisdição, muito embora corriqueiramente atrelado à justiça estatal, não apresenta base homogênea, cuidando-se de palavra polissêmica, utilizada em muitos outros campos, com diversa dimensão e finalidade.¹²² Para tanto, utiliza-

¹¹⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. vol. 254/2016, p. 17 – 44, Abr/2016, p. 3.

¹¹⁹ Nesses termos, confira-se ainda a doutrina de Leonardo Greco: "a composição de litígios e a tutela de interesses particulares podem ser exercidas por outros meios, por outros órgãos, como os órgãos internos de solução de conflitos, estruturados dentro da própria Administração Pública, compostos de agentes dotados de efetiva independência, e até por sujeitos privados, seja por meio de arbitragem, seja pela justiça interna das associações" (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I, p. 70).

¹²⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. vol. 254/2016, p. 17 – 44, Abr/2016, p. 3.

¹²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 351.

¹²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 351.

se dos ensinamentos deixados por Hely Lopes Meirelles¹²³, o qual já advertia para a equivocada ideia de que a decisão jurisdicional ou ato de jurisdição é exclusivo do Judiciário, uma vez que todos órgãos e Poderes possuem e exercem jurisdição nos limites de sua competência institucional, ao aplicarem o direito e decidirem a contenda sujeita ao seu exame. Assim, dizia que privativa do Judiciário é somente a decisão judicial, que faz coisa julgada material, com efeito *erga omnes*, mas que é apenas espécie do gênero jurisdicional, o qual abrange toda decisão de questão posta na esfera judicial ou administrativa.

Avançando um pouco mais há as ideias propostas por Ada Pellegrini Grinover¹²⁴ em ensaio publicado antes de seu falecimento, no sentido de se falar em tutela processual e não em tutela jurisdicional, uma vez que a jurisdição atualmente não se restringe à estatal e à arbitral, abrangendo também os meios consensuais de solução de conflitos, sobretudo porque ela é garantia do acesso à justiça.

Fincada nesses pressupostos metodológicos, asseverou que a jurisdição não pode mais ser definida como poder, função e atividade, tendo em vista que na justiça conciliativa não há exercício de poder. Nesse sentido, em sua visão, ela passa a ser garantia do acesso à justiça, que se desenvolve pelo exercício de função e atividade respeitadas pelo corpo social para a pacificação de conflitos (conforme elementos do ordenamento jurídico) e legitimada pelo devido processo legal, cujo principal escopo social é a pacificação com justiça, que, segundo ela, alcança-se por meio do processo e procedimentos adequados, que propiciam a tutela jurisdicional adequada.¹²⁵

Nesse contexto, doutrina que se a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual, tem-se por superado o conceito clássico de *jurisdição*, definida como poder, função e atividade, uma vez que não há exercício de *poder* na justiça consensual, na qual o conflito é solucionado unicamente pelas partes.¹²⁶

¹²³ MEIRELLES, Hely Lopes *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 351.

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 3.

¹²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 4.

¹²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18.

Assim, para ela¹²⁷, “jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas *função, atividade e garantia*. E, sobretudo, seu principal indicador é o de *garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça*.” Em suma, conclui seu¹²⁸ raciocínio entendendo que o acesso à justiça integra o próprio conceito de jurisdição ao assim estabelecer: “a *jurisdição* é conceituada como *garantia de acesso à justiça para a solução de conflitos, utilizando seus instrumentos – processo e procedimento – na busca da tutela jurisdicional justa e adequada e da pacificação social*.”

Em que pese a coerência lógica da tese defendida, continua-se a entender que os meios de resolução consensual de conflitos, muito embora relevantíssimos, cuidam-se de equivalentes jurisdicionais, haja vista não ser dotado do atributo da definitividade, como asseverado no início deste tópico. Não quer isso dizer que seja relegado à uma categoria hierarquicamente inferior; pelo contrário, para todos os efeitos, no campo prático, atinge os mesmos objetivos e consequências da jurisdição, isto é, resolve o litígio, com justiça, conforme o Direito, pacificando o conflito, muito embora possa ser revisto pelo Poder Judiciário, mas cuja provocação é ínfima e o êxito não é certo.

Tem que se observar que a resolução dos conflitos não está mais unicamente atrelada ao Poder Judiciário e conseqüente à jurisdição, mas também a outras numerosas formas. Não significa dizer, porém, que estes outros meios também exercem jurisdição, muito embora a legislação infraconstitucional pode expressamente assim determinar, caso seja da vontade do legislador.

Nada impede que a serventias extrajudiciais sejam autorizadas a desempenhar, por exemplo, jurisdição voluntária (sem embargo da controvérsia de tratar ou não de jurisdição), como vem ocorrendo em alguns procedimentos desta natureza, sobretudo porque, como se verá mais adiante, os notários e registradores são agentes delegados do Estado, ou seja, é o próprio Estado ali presente, tanto que se atesta veracidade aos documentos lhe apresentados por meio de sua fé pública, muito embora os atos praticados estejam sujeitos ao controle judicial.

¹²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 20.

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 7.

3 SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E DESJUDICIALIZAÇÃO

3.1 ASPECTOS GERAIS DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRARIS

Com o advento do artigo 236 da Constituição Federal de 1988 e posterior regulamentação pela Lei Federal nº 8.935/94 – denominada Lei dos Notários e Registradores ou Estatuto dos Notários e Registradores - o universo notarial e registral passou a contar com uma caracterização jurídica mais clara, muito embora o tema tenha sido pouco explorado pelo mundo jurídico.

Dispõe o artigo 3º da citada lei, que “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.”

Atividade esta que é delegada de forma obrigatória por força de expressa disposição constitucional, ao prever no artigo 236 que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”, ou seja, trata-se de delegação constitucional de serviço público, tendo em vista seu assento na Constituição. A partir deste novo modelo de gestão de parcela da soberania estatal, o legislador constituinte afastou a possibilidade de exercício desta função de modo estatizado, delegando-a ao particular, que exercerá parcela de poder estatal.

Como já assentou a Corte Suprema¹²⁹, “trata-se de atividades jurídicas que são próprias do Estado, porém exercidas por particulares mediante delegação”, para em seguida, no mesmo aresto, apontar de forma escoreita a essência da atividade exercida pelas serventias extrajudiciais:

[...] As serventias extrajudiciais se compõem de um feixe de competências públicas, embora exercidas em regime de delegação a pessoa privada. Competências que fazem de tais serventias uma instância de formalização de atos de criação, preservação, modificação, transformação e extinção de direitos e obrigações. Se esse feixe de competências públicas investe as serventias extrajudiciais em parcela do poder estatal idônea à colocação de terceiros numa condição de servil acatamento, a modificação dessas competências estatais (criação, extinção, acumulação e desacumulação de unidades) somente é de ser realizada por meio de lei em sentido formal,

¹²⁹ ADI 2.415, rel. min. Ayres Britto, j. 10-11-2011, P, DJE de 9-2-2012.

segundo a regra de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei [...].

Por tal razão, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁰ situa os notários e registradores como “particulares em colaboração com a Administração”, definindo essa categoria como sendo “composta por sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal [...] -, exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico.” E ao justificar o enquadramento dos titulares de serventias extrajudiciais nessa categoria, que denomina como “delegados de função ou ofício público”, argumenta¹³¹ que “inobstante estejam em pauta atividades públicas, por decisão constitucional explícita elas são exercidas em *caráter privado* por quem as titularize, como expressamente o diz a Constituição no artigo referido [236].”

Na mesma linha, Hely Lopes Meirelles:¹³²

Agentes delegados: são particulares - pessoas físicas ou jurídicas, que não se enquadram na acepção própria de agentes públicos - 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 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.

Embora nossa legislação seja omissa a respeito, esses agentes, quando atuam no exercício da delegação ou a pretexto de exercê-la e lesam direitos alheios, devem responder civil e criminalmente sob as mesmas normas da Administração pública de que são delegados [...].

E Luiz Guilherme Loureiro:¹³³

Os notários e registradores são agentes públicos, mas não são considerados funcionários públicos em sentido estrito. São particulares em colaboração com a Administração, pessoas alheias ao aparelho estatal, mas que compõem uma terceira categoria de agentes públicos, ao lado dos agentes políticos e dos funcionários públicos. Para fins do direito penal, por outro lado, os

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 255.

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 256.

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 81.

¹³³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos – teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 1.

tabeliães e registradores são considerados funcionários públicos em sentido amplo.

Ao analisar a questão da aposentadoria compulsória dos notários e registradores na ADI 2602¹³⁴, o Pretório Excelso também se enveredou por esse caminho, ao assentar que a eles ela não é aplicada, ao argumento de que exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público, razão pela qual não são servidores públicos, não lhes alcançando a aposentadoria compulsória por advento da idade.

Nessa conformidade, vê-se que os tabeliães e oficiais de registro exercem função pública mas de modo privado, portanto, ideia diversa daquela de agente público equiparado a servidor, conforme dispõe o próprio artigo 236 da Constituição da República.

De fato, os titulares dos serviços não compõem a estrutura estatal, não estão submetidos hierarquicamente ao poder delegante, não recebem remuneração dos cofres públicos, não são servidores, não exercem mandato ou titulam cargos públicos efetivos tampouco se sujeitam à aposentadoria compulsória por idade, não passam por estágio probatório e não estão organizados em carreira. São, por isso, agentes públicos, atuando na modalidade de particulares em colaboração com a Administração Pública.¹³⁵

Nesse contexto, denota-se que a função notarial e registral possui natureza híbrida, com contornos de regime de direito público e de direito privado. Logo, trata-se de espécie de descentralização administrativa (delegação constitucional) *sui generis*, com características próprias (exemplo: ingresso por meio de concurso público), mas que se assemelha a outras formas de descentralização, como a concessão e a permissão (natureza contratual), mesmo porque, o objetivo é idêntico: diminuir a carga de atividade atribuída ao Estado, propiciando maior eficiência pelo exercício em caráter privado (transfere-se o direito e sua execução pelos institutos da outorga e da delegação), mas cuja natureza do serviço continua a ser pública.

Por conseguinte, consoante arcabouço normativo citado e orientação doutrinária, o direito notarial pode ser definido como o conjunto de normas e princípios que regulam a função do notário (tabelião de notas e de protesto de títulos), a organização do notariado e os

¹³⁴ ADI 2602, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2005, DJ 31-03-2006 PP-00006 EMENT VOL-02227-01 PP-00056.

¹³⁵ SCHERER, Tiago. Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração. In: *Revista de direito imobiliário*, v. 72, p. 379-421, 2012, p. 400.

documentos ou instrumentos redigidos por este profissional do direito que exerce função pública por delegação do Estado, de modo privado. De forma similar pode ser definido o direito registral: cuida-se de conjunto de normas e princípios que regulam a atividade do oficial de registro (registrador civil, de imóveis, de pessoas jurídicas e de títulos e documentos), o órgão do Registro, os procedimentos registrais e os efeitos da publicidade registral previsto na Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), bem como o estatuto jurídico aplicável a este profissional do direito. Contudo, a finalidade precípua de ambos os microssistemas é similar, fundados na segurança jurídica preventiva e regulados por estatuto legal aplicável aos respectivos agentes e profissionais do direito, isto é, possuem os mesmos modos de acesso às atividades próprias, os direitos, os deveres, os impedimentos e as responsabilidades.¹³⁶¹³⁷

No que se refere ao modo de atuação, às competências e atribuições, há diferenças relevantes nos textos normativos que formam o direito notarial e de registro. O notário - não apenas em razão das normas mencionadas, mas também de seu surgimento por razões de necessidade e utilidade individual e social, é o jurista do cotidiano da pessoa comum em relação aos negócios civis, responsável pela aplicação e aperfeiçoamento do direito privado -, é o conselheiro e consultor imparcial dos particulares na realização dos atos e negócios mais extraordinários nas esferas patrimonial e pessoal de suas vidas. Em outros termos, é o profissional do direito que está presente no momento da celebração dos negócios jurídicos, que atende as partes diversas antes da concretização do negócio, ouve as respectivas vontades, cientifica-se dos bens da vida por elas pretendidos, aconselha-as sobre os riscos, benefícios, aspectos fiscais, efeitos jurídicos e consequências do ato desejado para, em seguida, criar e autorizar o negócio jurídico solene, adotando os cuidados e cautelas legais para a sua perfeição, validade e eficácia. Logo, trata-se de um jurista de confiança das partes, de livre escolha das mesmas, ressalvadas algumas limitações territoriais.¹³⁸

¹³⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos – teoria e prática*. 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 48.

¹³⁷ A propósito, a lição de Ricardo Marques Henry Dip: “É certo que tanto o Registro Imobiliário, quanto o Tabelionato de Notas estão destinados à segurança jurídica, mas não do mesmo modo. O Notário dirige-se predominantemente a realizar a segurança dinâmica; o Registrador, a segurança estática; o Notário, expressando um dictum – i.e., conformando e pré constituindo prova –, é, porém, antes de tudo, um conselheiro das partes, cujo actum busca exprimir como representação de uma verdade e para a prevenção de litígios; de que segue a livre eleição pelos contratantes, porque o Notário é partícipe da elaboração consensual do direito; diversamente, o Registrador não exercita a função prudencial de acautelar o actum, mas apenas de publicar o dictum, o que torna despicienda a liberdade de sua escolha pelas partes; o Registrador não configura a determinação social” (DIP, Ricardo Henry Marques. *Querem matar as notas? Registros públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988, p. 95).

¹³⁸ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos – teoria e prática*. 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 48.

A propósito, cite-se doutrina de Celso Fernandes Campilongo:¹³⁹

Formatar negócios, autenticar documentos, comprovar fatos, produzir provas, prevenir litígios, certificar fé pública, complementar o trabalho da jurisdição e da administração, reduzir conflitos, desafogar o Judiciário, garantir arquivamento e perenidade do documento, reduzir custos de transação, produzir normas individuais e concretas com efeitos de generalidade e abstração, traduzir juridicamente a vontade das partes, garantir segurança jurídica, facilitar a evolução do direito, por exemplo, são atribuições recorrentemente associadas aos serviços notariais.

De seu turno, o registrador é o agente de um órgão ou instituição pensada e criada para possibilitar o conhecimento de todos os membros da comunidade de determinados fatos e situações jurídicas de especial relevância. Seja por repercutirem nas esferas jurídicas de todos, seja por serem essenciais para a segurança e o progresso do tráfico jurídico e econômico, tais situações subjetivas devem ser acessíveis ao conhecimento de todos os cidadãos, gerando efeitos *erga omnes*, oponíveis a terceiros.¹⁴⁰

O tema é bem sintetizado nas ponderações realizadas por Milson Fernandes Paulin¹⁴¹, cuja lição vale a pena transcrever:

Dentre tais operadores, decerto que merecem destaque os notários e registradores como órgãos da fé pública e autênticos agentes da paz privada: estes, imprimindo efeito constitutivo, probatório e publicitário aos fatos jurídicos e jurígenos; competindo àqueles a responsabilidade pela impressão do caráter profilático às situações jurídicas que lhe tocam por dever de assessoramento – ambos atuando sob as diretrizes da eumática (legal e deontológica) e entre os seios da lealdade, da certeza, enfim, da fé pública, conseqüências lógicas da própria segurança jurídica que fundeia e marca toda a Instituição.

Nesse passo, garante-se o propósito do sistema notarial e registrário, que é propiciar segurança, autenticidade e eficácia aos atos da vida civil a que se refiram, consoante dispõe o artigo 1º da Lei nº 8.935/94, ao prever que “serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.”

¹³⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17-18.

¹⁴⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos – teoria e prática*. 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 49.

¹⁴¹ PAULIN, Milson Fernandes. Da fé pública notarial e registral. In: *Revista de direito imobiliário*, v. 72, p. 189-198, 2012, p. 197.

Não se olvida ainda das funções acessórias dos tabeliães e registradores, que atuam como verdadeiros fiscais do Estado no exercício de seu mister, ao fiscalizarem o recolhimento de tributos e contribuições, tais como imposto de renda, previdência social, impostos estaduais e municipais, legislação ambiental e urbanísticas, além de alimentar diversos órgãos estatais com informações relevantes nas mais diversas áreas, tais como IBGE, INSS, Justiça Eleitoral, Receita Federal do Brasil e Secretarias de Segurança Pública, de modo a evitar a consecução de fraudes em relação a bens ou pessoas e possibilitar o planejamento de políticas públicas por parte do Estado. Isso tudo sob pena de responsabilidades administrativa e tributária, esta última, subsidiária, e sob a fiscalização do Poder Judiciário.

Sem prejuízo de se fazer os apontamentos pertinentes à seara registrária quando oportuno, por estar mais intimamente ligado com o tema relativo à desjudicialização, foca-se com maior veemência na função notarial, cuja teoria, em muitos aspectos, confunde-se com o próprio sistema registral, haja vista tratar-se de teoria de ordem sistemática.

O notariado é uma instituição criada pelo costume, em virtude de uma necessidade social básica de segurança jurídica, tendo surgido na Idade Média¹⁴² para suprir uma necessidade dos indivíduos e da sociedade, referente ao acesso a bens indispensáveis para a subsistência pessoal e familiar, tais como a propriedade e outros direitos reais imobiliários. Por isso, trata-se de uma criação social e não de uma ficção legal, haja vista que surgiu espontaneamente para fazer frente a necessidades basilares de segurança nos contratos e de tutela de direitos fundamentais da pessoa humana, tendo as leis de regulamentação da atividade surgido mais recentemente, fundadas nos usos e costumes já consolidados há séculos.¹⁴³

Preteritamente, "os cargos de tabelião eram providos por doação, com investidura vitalícia, podendo ser obtidos por compra e venda ou de sucessão *causa mortis*, sem preocupação com

¹⁴² Na Idade Média, por exemplo, foi relevante o papel do notário, sobretudo na Itália, onde lhe foram atribuídas as funções da jurisdição voluntária, outorgadas a órgãos específicos, como "juizes cartulários." Com a ampliação das trocas de dinheiro entre as cidades italianas, a necessidade de intervenções judiciais para a formação de uma espécie de título executivo (denominado de documentos executivos privilegiados, necessários para o processo executivo no direito medieval) aumentou consideravelmente, tornando-se imprescindível que fosse produzido rapidamente, incumbindo-se o notário dessa função. Como se entendia que referida atividade era de natureza judiciária, o notário passou a denominar-se juiz (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 1, p. 258-259).

¹⁴³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 35.

preparo ou aptidão para o exercício da função". Se a vitaliciedade atravessou os séculos e permanece hígida em nosso ordenamento, o mesmo não se diga a respeito da forma de ingresso e da aptidão dos notários e registradores. Hoje, em função do ordenamento constitucional, a delegação da atividade só se concede àquele que for aprovado em rigoroso concurso público de provas e títulos, prestigiando-se a atividade notarial (e a sua natureza pública) que passa a ser desempenhada por profissional com formação jurídica, competente para estar à frente da função, contribuindo, ainda mais, para a garantia da segurança jurídica dos atos ali praticados, na formalização jurídica das vontades das partes.¹⁴⁴

Nesse particular, talvez em razão desse passado remoto que não privilegiava a meritocracia e também em virtude de muitas vezes a segurança jurídica ser confundida com burocracia, sem prejuízo da necessária correção de eventuais excessos, persiste certa dose de preconceito em relação às serventias extrajudiciais. Ocorre que com a realização dos citados concursos, não só vem contribuindo para o crescimento intelectual e legitimador da função perante a sociedade, mas também a oxigenando, a partir da concepção de ideias inovadoras, como a virtualização de alguns serviços e a própria desjudicialização.¹⁴⁵

O notariado brasileiro, diferentemente dos países da *common law*, que adotam o notariado do tipo anglo-saxão, filia-se à tradição do notariado latino. Embora possa induzir a erro, a expressão notariado do tipo latino serve para identificar o notariado utilizado em países de origem latina, que seguem o direito romano-germânico, e que assumiu determinadas

¹⁴⁴ RIBEIRO, Luis Paulo Aliende apud KÜMPEL, Vitor Frederico. *Evolução história da atividade notarial no brasil*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98.MI178865.61044-Evolucao+historica+da+atividade+notarial+no+Brasil>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

¹⁴⁵ Nessa linha, confira-se: “[...] pode-se mencionar o exemplo de São Paulo, que vem de realizar 11 concursos de outorga de delegações e que transformou esse estamento num padrão de eficiência e de sucesso. Orgulha os paulistas e, muito mais ainda, quem quer que tenha atuado no sentido de conferir mais eficácia à sistemática de recrutamento, constatar o elevado salto qualitativo verificado desde o advento da nova sistemática. Foi o que transformou a desgastada concepção de “cartório”, seus derivados “cartorial”, no âmbito qualificativo e “cartorialismo”, na esfera substantiva, em outra realidade. Ante os fatos, não há como negar o avanço que as delegações extrajudiciais impuseram a suas atividades, ainda situadas a anos luz de vantagem, se comparadas com os préstimos estatais. A informatização, a utilização da eletrônica, a implementação das mais contemporâneas TICs – Tecnologias de Informação e Comunicação tornam as delegações extrajudiciais um padrão de qualidade incomparável com aquilo que se constata nos serviços públicos prestados diretamente pelo Estado. Aí incluído o próprio Poder Judiciário, que tem se servido da experiência extrajudicial para suprir suas deficiências (NALINI, José Renato. A mais inteligente estratégia do constituinte de 1988. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 85/2018, p. 285-300, Jul - Dez 2018).”

características consideradas ideais para o notariado,¹⁴⁶ como portar fé pública aos documentos, impingindo-lhes força probante com presunção de veracidade.

Vários dos mais expressivos países do mundo – dentre eles Alemanha, França, Itália, Japão, Canadá, Espanha, Argentina, México e Brasil, num total de 120 nações – adotam sistema bastante similar ao nacional, que consiste basicamente em “técnica de tutela *ex ante*, ou seja, pré-processual ou antiprocessual”¹⁴⁷, cuja definição do notário latino pode ser resumida como “o profissional de direito encarregado de uma função pública consistente em receber, interpretar, e dar forma legal à vontade das partes, redigindo os instrumentos adequados a este fim e conferindo-lhes autenticidade”¹⁴⁸. Procura-se, dessa forma, evitar a formação de conflitos, processos ou litígios decorrentes do cumprimento, registro e execução dos contratos e declarações de vontade lavradas em escrituras públicas.

O mister notarial de evitar litígios, de agir de maneira a garantir a confecção de atos jurídicos perfeitos, livres de vícios, decorre do caráter cautelar e preventivo da função notarial. É que a intervenção notarial garante a observância ao ordenamento jurídico na esfera de desenvolvimento regular do direito, garantindo a segurança e certeza jurídicas *a priori*, acautelando direitos e prevenindo litígios. Isso porque o tabelião molda juridicamente os negócios privados, a fim de que se adequem ao sistema jurídico vigente, prevenindo, por conseguinte, que futuros vícios sejam aventados, e que lides se instaurem, já que no exercício regular de sua função, adianta-se a prevenir e precaver os riscos que a incerteza jurídica possa acarretar a seus clientes.¹⁴⁹

Celso Fernandes Campilongo¹⁵⁰ lista algumas das razões da importância do notário, de acordo com sua função de (i) garantir e promover direitos de propriedade; (ii) intervir na organização do mercado imobiliário; (iii) dar suporte à regulação estatal sobre acesso, garantias e

¹⁴⁶ BRANDELLI, Leonardo. *Atuação notarial em uma economia de mercado – a tutela do hipossuficiente*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8993-8992-1-PB.pdf>>. Acesso em 05 jul. 2018.

¹⁴⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17-18.

¹⁴⁸ Definição apresentada no primeiro Congresso Internacional do notariado Latino. In: LANZÓN, Fernando Gomá apud LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 61.

¹⁴⁹ BRANDELLI, Leonardo. *Atuação notarial em uma economia de mercado – a tutela do hipossuficiente*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8993-8992-1-PB.pdf>>. Acesso em 05 jul. 2018.

¹⁵⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

circulação da propriedade imobiliária; e (iv) facilitar a atuação da administração tributária, da polícia, das autoridades urbanísticas, edilícias e ambientais, da formação de cadastros nacionais e da centralização e acesso à informação sobre a cidadania.

Em outros termos, o fundamento e a importância da atuação notarial está na intervenção estatal, por meio de um agente delegado, na esfera de desenvolvimento voluntário do direito, garantindo a certeza e segurança jurídicas preventivas, evitando litígios, acautelando direitos, dando certeza às relações, de modo a configurar um importante instrumento na consecução da paz social, através da concretização de direitos fundamentais no seio da atual sociedade complexa, seja em relação ao exercício da cidadania, seja em relação ao direito de propriedade. É nesta busca de estruturação de uma nova sociedade civil, baseada na dignidade da pessoa humana, que releva sobremaneira a função notarial, como um meio de intervenção estatal, através de um agente seu, visando coibir abusos na esfera das negociações privadas.¹⁵¹

Intervenção esta fundada na função pública exercida, que vem a representar a própria figura do Estado numa dada relação, de forma que a atuação do notário ao longo da história tenha acompanhado a própria evolução da atuação estatal.

Por tal razão, com a queda do Estado Liberal e o surgimento do Estado Social/Intervencionista após as duas guerras mundiais, o tabelião também passou a ter papel preponderante nos atos negociais que intervém, evoluindo não só para redigir o ato negocial, como também para intervir na relação – e não meramente chancelar a vontade das partes -, na medida em que “passa a ter a função de receber a manifestação de vontade das partes, qualificar juridicamente esta vontade, rechaçando as ilicitudes que por ventura contenha, e instrumentalizando o ato jurídico adequado a dar vazão aquela vontade.” Ante esse panorama e principalmente nos dias atuais, em época de ativismo judicial, paralelamente, legitima-se o notário a intervir a favor do hipossuficiente em eventuais negociações a fim de assegurar a igualdade material dos contratantes, resguardando a livre manifestação de vontade, isenta de qualquer tipo de vício.¹⁵²

¹⁵¹ BRANDELLI, Leonardo. *Atuação notarial em uma economia de mercado – a tutela do hipossuficiente*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8993-8992-1-PB.pdf>>. Acesso em 05 jul. 2018.

¹⁵² BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119-124.

Mormente em razão dessa evolução da atividade desempenhada pelos notários, foi inclusive positivada a independência no exercício de suas atribuições (artigo 28¹⁵³ da Lei nº 8.935/94), o que garante a necessária imparcialidade para aconselhar as partes e instrumentalizar seus atos, na qualidade de delegatário ou detentor de função pública. Por isso, jungido aos princípios da impessoalidade e eficiência previstos no artigo 37 da Constituição Federal, já que é, ao mesmo tempo, “agente público e jurista privado”¹⁵⁴ e submetido ao regime de Direito Público e Privado.

Acresce-se a isso que não se cuida de servidores públicos, não havendo, por exemplo, qualquer relação de subordinação hierárquica com o Poder Judiciário, embora este tenha competência constitucional de fiscalizá-los (artigo 236, § 1º, da CF), incluído aí o poder de inspeção e vigilância, bem como disciplinar e normativo ou regulamentar,¹⁵⁵ mesmo não compondo os serviços auxiliares ou administrativos dos tribunais.¹⁵⁶

No exercício da função esse profissional do direito se prende apenas ao ordenamento jurídico, que disciplina, dentre outros, o exercício da atividade, os limites de suas atribuições, seus deveres e a forma de desinvestidura da delegação, elencada em rol taxativo na Lei dos Notários e Registradores (artigo 39 da Lei nº 8.935/94), justamente como forma de garantir a imparcialidade e, conseqüentemente, a segurança jurídica. Logo, é dotado de liberdade decisória limitada apenas ao Direito, de forma a não estar condicionado a proposições de ordem política, econômica ou administrativa.¹⁵⁷¹⁵⁸

¹⁵³ Art. 28. Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.

¹⁵⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 106.

¹⁵⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 107.

¹⁵⁶ ADI 4140, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2011, DJe-180 DIVULG 19-09-2011 PUBLIC 20-09-2011 EMENT VOL-02590-01 PP-00105 RTJ VOL-00222-01 PP-00116.

¹⁵⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 108-109.

¹⁵⁸ A propósito, veja-se o escólio de Ricardo Henry Marques Dip: “O controle administrativo dos registros públicos, exigindo conserto com a reserva da independência jurídica quanto à resolução dos casos registrais, comporta, em linha de princípio, limites aos poderes diretivo e instrutório exercitados pela administração pública, é dizer, que a expedição de ordens, conselhos e instruções dirigidos aos registradores se fronteirizam em que não impliquem interferência ablatória do juízo prudencial próprio do registrador. É preciso sublinhar, nesse passo, a natureza representativa da delegação registral, que não consiste numa outorga imperativa para a prática de atos segundo um modelo dirigido pelo delegante. [...] O poder de supervisão, encartado na esfera do controle administrativo registral, viabiliza, segundo os procedimentos previstos em lei, efeitos suspensivos, revogatórios e modificados dos registros. Esse poder não contende com a independência do registrador que se consagra na liberdade em sua órbita de qualificação, sem, com isso, incluir a invasão de ordem que é própria de diversa e

Mas para que o titular da delegação possa agir de maneira independente tal como um assessor jurídico imparcial, de modo a garantir a devida segurança jurídica, algumas características do notariado de tipo latino devem ser asseguradas pelo ordenamento jurídico, sob pena de ver combatidas a independência e a imparcialidade notarial.¹⁵⁹

Referidas características consistem, por um lado, em alguns deveres para o delegatário, como o impedimento em prestar a função notarial para si próprio ou para parentes em certo grau (artigo 27 da Lei nº 8.935/94), bem como de exercer a atividade notarial ou registrária concomitante com outras como a de advogado (artigo 25); o dever de sigilo profissional (artigo 30, IV); e um sistema de responsabilidade administrativa, civil e penal (artigo 22). Por outro lado, consistem em direitos como o da inamovibilidade (artigos 28 e 35) e direito à percepção de emolumentos justos estabelecidos em lei (artigo 28) e não sujeitos às regras de mercado. Nada obstante, consistem ainda em algumas normas de ordem pública regulamentares como a fixação por lei do número de serventias extrajudiciais e competência (artigos 9º; 11, p. único; 12 e 13), e o ingresso na profissão mediante critérios meritórios que selecionem profissionais de alta aptidão (artigo 236 da CF e 14 e segs. da Lei nº 8.935/94).¹⁶⁰

Observadas essas características, tem-se assegurada a fé pública corolária da segurança jurídica, cujo postulado é projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito, como já pontuou o Supremo Tribunal Federal.¹⁶¹

Com efeito, haja vista cuidar a República Federativa do Brasil de um Estado Democrático de Direito, do qual emana um princípio de sobrelevada importância e que permeia toda a organização jurídico-social - a segurança jurídica -, as regras de uma boa política civil exigem que os principais fatos jurídicos de uma pessoa fiquem regularmente consignados, cercados de solenidades suscetíveis a transmitir confiabilidade de maneira perene e *erga omnes*. Por isso a importância de mecanismos aptos a preservar, de forma perpétua, a passagem dos acontecimentos mais importantes da biografia vital, com a existência dos chamados Órgãos da

posterior instância administrativa” (DIP, Ricardo Henry Marques. *Direito administrativo registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95-97).

¹⁵⁹ BRANDELLI, Leonardo. A função notarial na atualidade. In: *Revista de direito imobiliário*, v. 80, janeiro-junho 2016.

¹⁶⁰ BRANDELLI, Leonardo. A função notarial na atualidade. In: *Revista de direito imobiliário*, v. 80, janeiro-junho 2016.

¹⁶¹ MS 24448, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2007, DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007 PP-00042 EMENT VOL-02299-01 PP-00146.

Fé Pública como uma necessidade secular, uma realidade arraigada na confiança e designada a fazer lançar, sob seus atos, os indispensáveis requisitos da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia jurídica.¹⁶²

Sob esse prisma, “Fé”, como expressão de uma realidade apresentada a qual é confirmada por ato de autoridade (decorrente da noção de crença concatenada à verdade jurídica como ação de Estado), nasceu para atender as necessidades sociais de segurança, de certeza e de estabilidade frente às relações jurídicas, como forma de afastar o costume dos escambos verbais e, em seu lugar, apresentar formalização solene e abonadora de um agente confiável, que, agindo nessa qualidade, viesse a perpetuar o intento dos contratantes, de modo a tornar mais segura e menos penosa a sua prova. É uma evidência que, conferida e certificada pelo Estado, na pessoa de tais agentes, resulta na necessária força probante como garantia de paz privada e social.¹⁶³

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar sobre a presunção de veracidade decorrente da fé pública que é portadora a escritura lavrada pelo notário, significando afirmar ser desnecessário provar os fatos contidos no respectivo ato notarial, com a consequente inversão do ônus da prova em desfavor de quem eventualmente a impugne.¹⁶⁴

Por fim, interessante pontuar os riscos de se abrir mão da segurança jurídica trazida pela função notarial, nos moldes em que se encontra. Caso tivessem oportunidade, os agentes do mercado subestimariam os riscos envolvidos no momento em que optassem por não cumprir o modelo disponibilizado pelo notariado. A segurança jurídica, a publicidade, fé pública e consultoria jurídica seriam relevadas, até que um infortúnio ocorresse com a transação em questão. Cuida-se de equívoco no cômputo do valor presente do custo associado ao risco de abrir mão dos benefícios trazidos pelo sistema notarial e registral. O custo desse erro é redistribuído na sociedade, a não propiciar informação e segurança para futuras transações, de modo a aumentar os riscos dos negócios, na medida em que invoca em maiores custos de transação, menor volume de trocas comerciais, maior litigiosidade e menor celeridade

¹⁶² PAULIN, Milson Fernandes. Da fé pública notarial e registral. In: *Revista de direito imobiliário*, v. 72, p. 189-198, 2012, p. 190.

¹⁶³ PAULIN, Milson Fernandes. Da fé pública notarial e registral. In: *Revista de direito imobiliário*, v. 72, p. 189-198, 2012, p. 191-192 e 197.

¹⁶⁴ REsp 1438432/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 19/05/2014

(inexistência de presunção de veracidade da prova decorrente da fé pública). Enfim, há uma redistribuição social não desejada dos custos associados a erros individuais.¹⁶⁵

Por derradeiro, não se olvida ser verdade que a decisão de institucionalizar os notários demanda recursos. Todavia, deve-se notar que as partes envolvidas em um negócio investem recursos consideráveis no levantamento de informações sobre a parte contrária, viabilidade no negócio e garantias de cumprimento no intuito de diminuir os riscos atrelados à negociação. E estes custos de transação não são baixos, o que chega até a inviabilizar negócios. Nesse contexto, a confiança possui papel fundamental, tendo em vista que as partes precisam, em verdade, é de confiança não só em relação à conduta da outra parte, mas também confiança no contrato, no negócio e nas garantias. Isto é, confiança de que o acordo será adimplido e, caso não seja, será devidamente executado ou serão ressarcidos os prejuízos. O notariado insere grande parte desta confiança, a custos reduzidos quando realizado o devido cotejo, à medida que fortalece as condições nas quais um contrato pode ser considerado crível, atuando tanto em momento anterior (preventivo) – assessoramento em questões legais e contratuais -, quanto ocasião posterior (repressivo), ante a fé pública, publicidade e força probatória dos atos lhe submetidos.¹⁶⁶

3.2 DESJUDICIALIZAÇÃO

Como já tratado no primeiro capítulo (itens 2.1 e 2.3), os instrumentos jurisdicionais até então utilizados se mostraram insuficientes para atender a demanda da complexidade social na pós-modernidade, sendo inevitável a busca de outros meios, fora do processo, como forma de possibilitar o alcance de uma tutela adequada de direitos, a possibilitar amplo e qualitativo acesso à justiça através do sistema multiportas, que deve ser incentivado, conforme recentemente propagou o Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁷.

¹⁶⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95.

¹⁶⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92-93.

¹⁶⁷ Confira-se: “[...] 6- A desjudicialização dos conflitos e a promoção do sistema multiportas de acesso à justiça deve ser francamente incentivada, estimulando-se a adoção da solução consensual, dos métodos autocompositivos e do uso dos mecanismos adequados de solução das controvérsias, tendo como base a capacidade que possuem as partes de livremente convencionar e dispor sobre os seus bens, direitos e destinos” (REsp 1623475/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 20/04/2018).

Isso porque o direito não está só no processo. Há, talvez, até mais direitos sendo criados, modificados, extintos ou declarados na esfera extrajudicial do que na judicial. Nesse passo, através da desjudicialização se atinge a concreção de direitos fundamentais por outros meios, que não só a tradicional tutela adjudicada.

Como preleciona Vicente de Abreu Amadei¹⁶⁸, “nas patologias jurídicas das relações humanas, a tendência moderna é criar mecanismos simples, céleres e intermediários de solução dos conflitos, evitando, com isso, a sobrecarga do Poder Judiciário”. Nesse sentido, incentivam-se cada vez mais novas formas de pacificação das controvérsias, seja dentro ou fora do Estado.

Inevitavelmente, as profundas modificações ocorridas nas relações sociais contemporâneas demandam uma reflexão sobre as formas de distribuição de Justiça. Sem prejuízo dos meios já existentes para a resolução de conflitos, devem ser pensadas estratégias e valorizados instrumentos que auxiliem na pacificação social.¹⁶⁹

Novas práticas administrativo-judiciais devem encurtar a distância entre a legalidade e a realidade, à medida que a multiplicidade de riscos sociais revela a necessidade de inaugurar novas vias de administração de Justiça, como forma de garantir a concretização de direitos fundamentais.¹⁷⁰

Ademais, as questões de baixa ou pouca complexidade, ou ainda que complexas, mas orientadas pelo consensualismo das partes envolvidas, não necessitam da presença de um juiz, investido na função jurisdicional. Evidente que há meios outros de se alcançar o mesmo resultado sem que a pesada e custosa máquina judicial seja movimentada.¹⁷¹¹⁷²

¹⁶⁸ AMADEI, Vicente de Abreu. Serviço de protesto de títulos deve ser extinto? In: DIP, Ricardo Henry Marques (org.). *Registros públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 118.

¹⁶⁹ SPENGLER, Fabiana Marimon. A crise da jurisdição e a necessidade de superação da cultura jurídica atual: uma análise necessária. In: _____; Brandão, Paulo de Tardo (orgs.). *Os (des)caminhos da jurisdição*. Florianópolis: Conceito, 2009.

¹⁷⁰ SCHERER, Tiago. Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração. In: *Revista de direito imobiliários*, v. 72, p. 379-420, 2012, p. 418.

¹⁷¹ RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. *Diálogos para a "desjudicialização"*. 2014. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NDQ1OA==>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

¹⁷² Nessa linha, veja-se: “no que tange, então, à primeira onda, Cappelletti e Garth observam que a resolução jurisdicional de litígios é atividade altamente dispendiosa para a sociedade moderna. Por isso mesmo, falar em uma busca por mecanismo que viabilizem uma cooperação judiciária é algo de extrema importância, já que tais instrumentais serão vitais para diminuir gastos com procedimentos e atos jurisdicionais, bem como acelerar os

Nesse sistema de resolução de litígios em construção pelos estados e sociedades, reconfiguram-se as funções do Estado e da sociedade civil, estabelecem-se parcerias entre o público, a comunidade e eventualmente o mercado, a indicar um novo modelo de justiça, isto é, um sistema integrado de solução de litígios, que tanto pode consistir alternativas aos tribunais (resolvem litígios que eles também dirimem) ou um complemento (para os conflitos que nunca chegariam ao órgão judicial) ou, ainda, um substituto (a transferência de competências de resolução de litígios do Poder Judiciário para outros meios)¹⁷³, solução esta na qual se encaixa o presente trabalho.

Muito embora utilizado em contexto diverso, interessante pontuar as valiosas considerações de Hermes Zaneti Jr.¹⁷⁴ a respeito do Estado Democrático Constitucional, que aqui também se encaixa, ao assinalar que ele demonstra a passagem de virtual contraposição entre o Estado Liberal e o Estado Social, representando um modelo pluralista e participativo de gestão da democracia. Não só o Judiciário compõe esse processo, sendo também chamadas todas as demais instâncias de poder, estatais ou não, a revelar a necessidade de demodiversidade, isto é, “vários meios institucionalizados e abertos para a institucionalização e a participação do indivíduo e da sociedade na formação dos atos decisórios que irão intervir na sua realidade cotidiana”.

Os métodos extrajudiciais (ou adequados¹⁷⁵) de resolução de conflitos ou equivalentes jurisdicionais nada mais representam que a inserção da democracia participativa no sistema de

mesmos, o que acaba por repercutir em ganhos de celeridade, economicidade e eficiência” (NUNES, Dierle; THEODORO Jr., Humberto; *et al. Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 89).

¹⁷³ PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra*, v. 171, p.1-43, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

¹⁷⁴ ZANETI JR., Hermes. *O novo processo civil brasileiro e a constituição*. O modelo constitucional da justiça brasileira e o código de processo civil de 2015. 3. ed., p. 8-9 (versão de trabalho).

¹⁷⁵ Nesse sentido, a lição de Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas: “importante esclarecer que o ensaio se vale da expressão *métodos adequados de resolução de conflito*, em descarte a duas outras formas usualmente utilizadas, que podem causar alguns embaraços, a saber: (a) métodos alternativos de resolução de conflitos e (b) métodos de solução consensual de conflitos. O uso da palavra adequada na expressão permite, de plano, analisar que há opções entre os *diversos meios de solução dos conflitos*, tendo as partes escolhido justamente a opção mais *adequada*, isto é, a que melhor se amolda à situação concreta. Tal constatação, por si só, já indica que o uso da expressão *métodos alternativos* não é mais feliz, pois pode conduzir a ideia de que não existe meio mais *adequado* (já que alternativas podem ser opções de mesma eficiência) ou, pior ainda, que a solução preferencial (ou mais comum) é a decisão por terceiro, sendo a *autocomposição* apenas uma alternativa àquela. Em relação ao descarte da expressão *métodos de solução consensual de conflitos* tal postura se dará apenas quando se voltar para solução outra que não a judicial, mas que reclama *heterocomposição*. Com efeito, há soluções (trilhas) que

justiça, cujas serventias extrajudiciais contribui para sua devida efetivação, não só em razão do feixe de competências que é portadora, mas por chegar a desassistidos que o Poder Judiciário não alcança, mormente em razão de sua imensa capilaridade no território brasileiro, representando, muitas vezes, o único braço do Estado em alguns distritos e até algumas cidades que não são sede de comarcas.

Com efeito, a definição de desjudicialização advém no quadro do direito e do sistema judicial como tentativa de solução à incapacidade de resposta dos tribunais à procura, ao excesso de formalismo, ao custo, à desarrazoada duração dos processos e ao difícil acesso à justiça. Nesse sentido, conforme ensinamentos de João Pedroso¹⁷⁶, a desjudicialização consiste na simplificação processual e no acesso a meios informais para acelerar ou melhorar o desempenho dos processos judiciais; na transferência de competências de resolução de litígios para instâncias não judiciais e na transferência de competências de resolução de litígios para “velhas” ou “novas” profissões jurídicas (notários e registradores) ou de gestão/resolução de conflitos.

Assevera ainda, citando I. Ietswaart, que o conceito de desjudicialização tem como referência a divisão do trabalho entre os tribunais judiciais e outras instituições na resolução de conflitos. A noção de desjudicialização é a base ideológica de transferência de certas categorias de litígios para instituições para-judiciais ou privadas existentes ou a ser criadas, em substituição aos tribunais.¹⁷⁷

são *adequadas* à resolução do conflito, mas que não são *consensuais*, como é o caso clássico da arbitragem. Há, inclusive, no CPC de 2015, alguma confusão no uso das expressões, justificando a postura aqui firmada, consoante pode se verificar no art. 359, que trata a arbitragem como uma espécie de *solução consensual de conflitos*” (MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflito. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 69).

¹⁷⁶ PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra*, v. 171, p.1-43, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

¹⁷⁷ IETSWAART, I. apud PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra*, v. 171, p.1-43, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Como forma de explicar e definir o fenômeno da “desjudicialização”, assinala¹⁷⁸ que ele faz parte de um processo mais amplo denominado desjuridificação que, por sua vez, é dividido em (i) deslegalização (“não direito” estatal ou desnormatização em sentido mais amplo, despenalização e desregulamentação administrativa); (ii) informalização da justiça (Movimento ADR – “justiça alternativa ou informal”, desenvolvimento da justiça do consenso, reparação e negociação da “justiça na comunidade”); (iii) desjudicialização (meios informais e recurso a não juristas nos processos em tribunal, transferência de competência de resolução de litígios para instâncias não judiciais e transferência de resolução de litígios para velhas e novas profissões).

Se esta transferência se dá para o sistema notarial e registral, fala-se em extrajudicialização, que é a desjudicialização por meio de transferência de atribuições para as serventias extrajudiciais.¹⁷⁹

Por seu turno, Humberto Dalla Bernadina de Pinho¹⁸⁰ define desjudicialização como sendo o “fenômeno pelo qual o próprio legislador, expressamente, autoriza que determinadas questões sejam retiradas da órbita judicial, a fim de que sejam resolvidas administrativamente, normalmente com apoio na estrutura cartorária ofertada pelas serventias extrajudiciais.”

A bem da verdade, a definição de desjudicialização pode facilmente ser constatada, sem muito alarde, isto é, pode ser concebida por exclusão, sendo assim considerado tudo o que é retirado da esfera judicial, seja para qual forma e meio for, desde que capaz de proporcionar substancial acesso à justiça, de forma segura, enfim, é a composição do litígio fora da órbita judicial. Isso não que dizer, porém, como afirma alguns¹⁸¹, cuidar-se necessariamente de jurisdição fora do judiciário, conforme já delineado anteriormente.

¹⁷⁸ PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra*, v. 171, p.1-43, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

¹⁷⁹ BERNADINA, Alexandre Dalla; MIGUEL, Paula Castello. Oficina de elaboração de escritura pública de divórcio: uma abordagem da solução de conflitos pela via extrajudicial. In: MIGUEL, Paula Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). *Estratégias participativas no ensino jurídico: uma formação voltada pra os direitos humanos*. Curitiba: CRV, 2015, p. 109.

¹⁸⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 192.

¹⁸¹ Nesse sentido é a opinião de Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “contudo, muitas vezes, há uma banalização desse instituto, sendo colocado como mero sinônimo de “retirar do judiciário”. Há de se perceber, porém, que se trata de um fenômeno maior, próprio em si, caracterizando-se como jurisdição fora do judiciário, como um meio alternativo de solução de conflitos, dotado de celeridade, eficácia, autenticidade, publicidade e

Neste movimento de reforma judicial pode ser concebido a existência de um sistema integrado de resolução de litígios, cujos tribunais não são os únicos recursos de uma política pública de justiça, integrando uma nova relação (alternativa, complementar e/ou substitutiva) entre o judicial e o não judicial. Este novo modelo de justiça, que agrega diversos meios de pacificação de conflitos, deve ser construído de modo a ser mais democrático, mais acessível e mais eficiente.¹⁸²

Nesse particular, cabe frisar a importância da relação entre direito processual e direito material, lembrando as palavras escorreitas de Geovany Carsoso Jeveaux¹⁸³, segundo as quais, “o direito material funciona como ponto de partida para o direito processual, no sentido de não se pensar o processo em direção ao direito material, mas, bem o ao contrário, pensar-se no direito material para o direito processual.”

Se assim o é, o mundo jurídico deve empreender esforços a fim de efetivamente promover a resolução de conflitos, inclusive de forma extrajudicial, atentando-se para as relações e intersecções possíveis que se possam fazer entre o Direito Processual Civil e outros ramos do Direito, dentre eles, o Direito Notarial e Registral, como forma de dar cabo as demandas do direito material.¹⁸⁴

Nessa esteira, um novo sistema integrado de resolução de litígios possui como consequência a assunção e o reconhecimento pelo Estado de uma política pública de justiça, que inclui o Judiciário e o denominado “pluralismo jurídico e judicial”, isto é, que reconhece também aos meios não judiciais legitimidade para resolver conflitos. Constitui-se, desse modo, caminho

oponibilidade *erga omnes*” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 193).

¹⁸² PEDROSO, João; DIAS, João Paulo. As crises e as reformas da administração da justiça. *Janusonline*, Coimbra, p.2-6, 2004. Disponível em: < http://www.janusonline.pt/arquivo/2004/2004_3_4_1.html>. Acesso em: 28 jul. 2018.

¹⁸³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. In: MAZZEI, Rodrigo (Org.). *Questões processuais do novo código civil*. São Paulo: Manole, 2006, p. 7.

¹⁸⁴ CUNHA, Anna Cecília Guedes de Farias; CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. As ações de divisão e demarcação de terras particulares no código de processo civil de 2015 e as influências recíprocas entre o direito processual civil e o direito notarial e registral. In: PAULINO, Roberto (coord.). *Direito notarial e registral* (Coleção repercussões do novo CPC, v. 11; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). Salvador: JusPodivm, 2016, p. 18.

da reforma da administração da justiça, a torná-la mais democrática, desde que observada a igualdade e o acesso ao direito.¹⁸⁵

Somente uma atuação concatenada de todas as estruturas operadoras do sistema jurídico poderá propiciar a realização do ideal de Justiça almejado pela Constituição. Nesse sentido, não apenas o processo judicial deve ser eficiente, mas sim todos os mecanismos previstos pelo ordenamento jurídico como proteção à instauração dos conflitos, a revelar o verdadeiro acesso à Justiça: “mais do que os balcões do Judiciário abertos à sociedade, mas também, e principalmente, a garantia de respeito ao Direito, de sua realização espontânea, com segurança e certeza.”¹⁸⁶

3.3 DESJUDICIALIZAÇÃO, JURISDIÇÃO E O FORO EXTRAJUDICIAL

De início, citem-se as irretocáveis colocações de Marco Antonio Greco Bortz¹⁸⁷, que dá a tônica deste subitem:

“O envolvimento de outros atores jurídicos, capacitados para promover uma intervenção segura, estável e preventiva de litígios, faz-se fundamental para a manutenção do tráfego jurídico num mundo que se torna mais e mais dinâmico. Nesse contexto é que se inserem os notários e registradores, que prestam serviços inestimáveis ao meio social e podem ser melhor aproveitados, aliviando a carga pesadíssima que paira sobre o Poder Judiciário e, permitindo a agilização da normalidade da vida à população, reservando aos juízes a tarefa inafastável de dar solução à patologia social.”

O notariado tem tido importante papel na desjudicialização porque a função notarial evoluiu para um momento de assessoramento jurídico, dotado de características próprias, que somente podem ser encontradas nesse profissional do direito, razão pela qual tal função continua sendo necessária e insubstituível, devendo ser fomentada pelo ordenamento jurídico. Como dito alhures, referida função é fundamental para promover a prevenção de litígios e a segurança jurídica na esfera de desenvolvimento voluntário do Direito e, via de consequência, fomentar

¹⁸⁵ PEDROSO, João; DIAS, João Paulo. As crises e as reformas da administração da justiça. *Janusonline*, Coimbra, p.2-6, 2004. Disponível em: < http://www.janusonline.pt/arquivo/2004/2004_3_4_1.html>. Acesso em: 28 jul. 2018.

¹⁸⁶ SCHERER, Tiago. Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração. In: *Revista de direito imobiliários*, v. 72, p. 379-420, 2012, p. 419.

¹⁸⁷ BORTZ, Marco Antonio Greco. A desjudicialização – um fenômeno histórico e global, In: *Revista de direito notarial*, ano1, nº 1, São Paulo, Quartier Latin, jul-set 2009, p. 106.

a paz social, proporcionando às pessoas um assessoramento jurídico qualificado e imparcial, dotado de características únicas.¹⁸⁸

A subsunção à função notarial e registral é muito menos traumática e mais barata do que o processo, além de pacificar as relações sociais na medida em que previne o conflito de interesses ou os resolvem por meio de procedimentos já desjudicializados, desde que haja consensualidade ou que não haja insurgência judicial com provimento jurisdicional ainda que provisório em desfavor do procedimento, a exemplo da execução hipotecária extrajudicial e da alienação fiduciária pelo procedimento de consolidação.

A moderna doutrina jurídico-econômica vem destacando a relevância para a segurança jurídica e para a eficiência econômica do notariado do tipo latino, funcionando este como base de estabilização de relações jurídicas, redução de custos de transação e fonte de produção de direitos, além de capacidade adaptativa para cuidar de formas outras de solução de litígios como, por exemplo, mediação e conciliação.¹⁸⁹

Nesse aspecto, cabe destacar o importante papel que os notários vêm exercendo no sentido de auxiliar na tentativa de reduzir custos e desafogar o Poder Judiciário. A título de exemplo, cite-se a possibilidade de realização de inventários, partilhas, separações e divórcios extrajudiciais a partir da edição da Lei 11.441/2007 que em 10 anos de vigência retirou do Poder Judiciário 1,7 milhão de processos e gerou economia de aproximadamente 4 bilhões.¹⁹⁰

Não se olvida também das funções sociais do registro de imóveis que, além de tutelar os direitos reais imobiliários e proporcionar segurança jurídica estática e dinâmica, também atua no controle fiscal, urbanístico, ambiental etc., de modo sistêmico. As instituições registrárias promovem a validade e eficácia dos negócios jurídicos, a estabilidade e segurança das

¹⁸⁸ BRANDELI, Leonardo. A função notarial na atualidade. In: *Revista de direito imobiliário*, v. 80, janeiro-junho 2016.

¹⁸⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135.

¹⁹⁰ Foram realizados 1 milhão de inventários, 82.520 partilhas, 52.043 separações e 606.125 divórcios, segundo informações da Central Notarial de Serviços Compartilhados (CENSEC). Segundo estudo do Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça brasileiro (CPJus) em 2013, cada processo que entra no Judiciário custa em média R\$ 2.369,73 para o contribuinte. Com a delegação destas atribuições aos Tabelionatos de Notas, o Poder Público e, conseqüentemente, os contribuintes economizaram mais de R\$ 4 bilhões. (IBDFAM. *Corregedoria Nacional avalia 10 anos de Divórcios e debate mediação em Cartórios*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/ibdfam-na-midia/15525/Corregedoria+Nacional+avalia+10+anos+de+Div%C3%B3rcios+e+debate+media%C3%A7%C3%A3o+em+Cart%C3%B3rios>>. Acesso em: 11 fev. 2018)

relações, previnem fraudes, contribuem para a realização voluntária do Direito e evitam a formação de litígios, sempre orientadas pela legalidade. Logo, paralelamente aos métodos tradicionais de resolução de conflitos, como a conciliação e mediação, emerge a importância do aparato registral, cada vez mais consentâneo com a realidade do tráfego jurídico e sintonizado com as aspirações de cidadania, sob o prisma do arcabouço político-constitucional de 1988.¹⁹¹

Como se vê, atua-se em prol do funcionamento mais eficiente da sociedade, ganhando-se celeridade sem perder a segurança jurídica geralmente associada aos atos judiciais¹⁹², na medida em que, mesmo inicialmente fora do alcance da tutela jurisdicional, gozará de fé pública, não fugindo ao controle estatal.

Nesse contexto, a solução administrativa para as pretensões dos cidadãos é de grande valor para a efetivação da segurança e certeza jurídicas, pressupostos do próprio Estado de Direito Constitucional, a revelar a utilidade do serviço notarial e registral para a salvaguarda dos interesses legítimos dos indivíduos, na busca do ideal de segurança e justiça estabelecido pela Constituição, com celeridade e confiança. “Portanto, o futuro será de uma aproximação entre a função jurisdicional e a atividade registral [e notarial], com transferência de tarefas entre as instituições e uma atuação mutuamente colaborativa, com vistas à melhor resposta à sociedade.”¹⁹³

“O problema não está em diminuir os serviços do Judiciário. É simplesmente reconhecer que, por sua natureza, questões consensuais devam ser tratadas em magistratura própria para isso: notarial e registral, ao passo que acertou o legislador nessa medida.”¹⁹⁴

Tome-se como exemplo a usucapião em que não há litígio¹⁹⁵, a sua desjudicialização é recomendável, como forma de tirar do Poder Judiciário matéria que não lhe é essencialmente

¹⁹¹ SCHERER, Tiago. Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração. In: *Revista de direito imobiliário*, v. 72, p. 379-420, 2012, p. 418-419.

¹⁹² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 13.

¹⁹³ SCHERER, Tiago. Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração. In: *Revista de direito imobiliário*, v. 72, p. 379-420, 2012, p. 413.

¹⁹⁴ DIP, Ricardo Marques Henry. In: *XXI Congresso Notarial Brasileiro, realizado pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB/CF)*, 2016, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTMwMjY>>. Acesso em 08 jun. 2018.

¹⁹⁵ Alternativa na hipótese de litígio, caso haja previsão normativa: “até mesmo quando haja litígio, a opção pela sua resolução por meio do Estado-Juiz é uma opção legislativa, e não algo que siga um caminho de cunho

afeta, colaborando assim para reduzir sua sobrecarga, logrando-se maior celeridade com igual nível de segurança jurídica. Isso porque o oficial de registro de imóveis é o profissional do direito que naturalmente tem as características necessárias para receber essa incumbência, na medida em que é o guardião da propriedade imobiliária e dos demais direitos reais (detém expertise na matéria imobiliária), além de ser portador de características funcionais como a fé pública, a independência e a imparcialidade, que permite dar solução segura e rápida ao deslinde da questão.¹⁹⁶

Como assinala Humberto Dalla Bernardina de Pinho¹⁹⁷, desde a edição da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) já se evidenciava a desjudicialização de ritos presentes nessa lei, isto é, para as hipóteses de procedimentos que não necessitavam de atividade decisória judicial para ter eficácia, mas careciam de algum tipo de intervenção estatal para que pudesse propiciar segurança jurídica e efeitos *erga omnes*. A partir de então, os procedimentos desjudicializados pela referida lei foram incorporados de maneira tão contundente na sociedade brasileira, seja de forma negativa ou positiva, que passou despercebida a desjudicialização.

O aludido autor¹⁹⁸ cita como exemplo o reconhecimento de paternidade, que até 1992, com edição da Lei nº 8.560, que cuida da investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, a intervenção judicial era sempre necessária, sendo inimaginável pensar na necessidade de ter que movimentar a máquina judicial atualmente para singela hipótese de reconhecimento de paternidade.

necessário, servindo como prova de tal assertiva a arbitragem. Dessa forma, uma usucapião litigiosa poderia ser decidida pelo Oficial de Registro de Imóveis, se a legislação assim permitisse e se essa fosse a opção das partes, uma vez que se trata de direito patrimonial disponível; nada haveria de inconstitucional nessa opção, assim como não há na arbitragem. Haveria a transmissão de parte da jurisdição estatal” (BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17).

¹⁹⁶ BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17.

¹⁹⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*: teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 193.

¹⁹⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*: teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 193.

Referido instituto ilustra bem o sucesso do “fenômeno da desjudicialização ou extrajudicialização do direito, caracterizado pelo deslocamento de competências do Poder Judiciário para órgãos extrajudiciais, notadamente as serventias notariais e registrais.”¹⁹⁹

Como se observa, a desjudicialização por meio das serventias extrajudiciais não perde a natureza de intervenção estatal, havendo apenas uma materialização estruturada de forma diversa do processo judicial,²⁰⁰ isto é, a intervenção do Estado na vontade privada se dá por meio do exercício da função pública do titular da serventia integrante do foro extrajudicial.

Em decorrência disto, diferente dos demais, e aqui um ponto positivo a favor da prática da mediação e conciliação pelos notários e registradores²⁰¹, por exemplo, é que a crítica feita à justiça conciliativa no sentido de que não serviria para lidar com posições de desequilíbrio entre as partes, a resultar acordos injustos, pode ser minimizada quando exercida por essa categoria de agente público. Isso porque, consoante a citada evolução da função notarial paralelamente à evolução do Estado e do próprio direito e de acordo com o princípio notarial da juridicidade, o tabelião é um assessor jurídico que recebe a vontade das partes e a qualifica em conformidade com o direito, afastando eventuais vícios. Sob esses fundamentos, ele adentra ao mérito do negócio jurídico celebrado, de modo a poder negar acesso a ato notarial que contenha, por exemplo, cláusula abusiva, assim como lhe é permitido intervir para tentar minimizar desigualdades materiais das partes, de forma a fazer ouvir o hipossuficiente, mas, evidentemente, levando em consideração o princípio da imparcialidade (artigos 166 do CPC e 28 da Lei nº 8.935/94).

Ademais, sabe-se que a previsão de criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos disposta no artigo 165 do Código de Processo Civil demanda altos investimentos por parte dos tribunais, o que pode dificultar a observância de sua efetividade. Com isso, as serventias extrajudiciais existentes em todos os rincões do país surgem como alternativa estatal plenamente viável à possível dificuldade material de que seja levado à frente o intento do legislador.

¹⁹⁹ ALBUQUERQUE JR. Roberto Paulino. *O usucapião extrajudicial no novo código de processo civil*. Disponível em: < http://anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25028:artigo-o-usucapiao-extrajudicial-no-novo-codigo-de-processo-civil-roberto-paulino-de-albuquerque-junior&catid=32&Itemid=181 >. Acesso em: 12 jul. 2018.

²⁰⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 193.

²⁰¹ Autorizada pelos artigos 175 do CPC e 42 da Lei 13.140/15 (Lei de Mediação), bem como pelo Provimento nº 67/2018 do CNJ.

Com efeito, o tabelião e o oficial de registro "são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e registral" (artigo 3º da Lei 8.935/94) por meio de rigorosos concursos públicos - o que vem contribuindo para o crescimento intelectual e legitimador da função perante a sociedade, ou seja, trata-se do próprio Estado ali presente por meio de agente delegado em descentralização constitucional de serviço público (artigo 236 da CF), com fé pública e imparcialidade, a assegurar a segurança jurídica necessária. Dentre outros motivos, por isso se tem fomentado esse caminho alternativo menos custoso como forma de tentar combater parte das mazelas do Poder Judiciário. Ressalte-se, tudo isso sob a fiscalização do próprio Poder Judiciário, nos termos do parágrafo 1º do artigo 236 da Constituição e do artigo 37 da Lei nº 8.935/94.

Nesse sentido, cabe destacar o caráter provedor de segurança jurídica da função dos notários, que é bem ilustrada em frase de Francesco Carnelutti, citado por Celso Fernandes Campilongo,²⁰²: “quanto mais notário, menos juiz”.

Função esta, aliás, que vem sendo destacada até mesmo por estudiosos do *common law*, onde, via de regra, não se adota, mas é reconhecida a contemporaneidade do notariado de origem romana-germânica.²⁰³

Logo, interessante notar a possibilidade de as serventias do foro extrajudicial poder auxiliar no desatar do nó de forma efetiva, cuja fé pública notarial e registral ainda é pouco explorada, em seus diversos campos – jurídico, político e sociológico. Em outros termos, faz-se importante o presente estudo como forma de tentar enxergar caminho que permita o acesso à ordem jurídica justa e o alcance do escopo social da jurisdição e do processo por via transversa.

O fenômeno da desjudicialização, iniciado na Europa Continental, a exemplo de Portugal e Espanha, é atualmente uma realidade que vem evoluindo paulatinamente no direito brasileiro,

²⁰² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21.

²⁰³ Confira-se: “*Mediators* are active in labor negotiations and within public organizations to help parties reach satisfactory agreements that will reduce the risk of future disputes. In some contexts, the function of such *mediators* seems remarkably similar to the function of neutral *civil law notaries* who guide parties to constructive agreements in real estate and other legal transactions” (MURRAY, Peter L.; STÜNER, Rolf. *The civil law notary – natural lawyer for the situation*. A comparative study preventative justice in modern societies. München: Verlag C.H., 2010, p. 212, *apud* CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140).

como alternativa à complexa, onerosa e, por vezes, lenta máquina judicial, representando tendência contemporânea de potencializar mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos que garantam celeridade, eficácia e segurança jurídica, o que se adéqua ao escopo do sistema do notário latino a que, como visto, a lei atribui um valor declarativo e um grau de certeza e segurança jurídicas reforçados, com distinta atuação preventiva na resolução de conflitos.²⁰⁴

Porém, importante ressaltar que na desjudicialização deve ser assegurado o mesmo nível de proteção das garantias constitucionais presentes no processo judicial e possibilitar àquele que se sentir lesado ou mesmo ameaçado de sofrer uma lesão possa recorrer ao Poder Judiciário, a qualquer momento, sem que algum embaraço ou obstáculo lhe seja imposto²⁰⁵ (por isso não se pode falar em “jurisdição voluntária extrajudicial”, a não ser que a lei assim o faça, conforme será tratado adiante).

Muito embora a atividade exercida nas serventias extrajudiciais se aproxime bastante da jurisdição voluntária, “quase” caracterizando jurisdição, com ela não se confunde, mas por outros motivos - que passam ao largo da essência da discussão acerca da natureza da jurisdição voluntária -, como a inexistência de coisa julgada e a sujeição ao controle jurisdicional, haja vista tratar de esfera administrativa, embora com competência para atribuir efeitos plenos aos atos a ela submetidos, ao interpretar os textos normativos e dar forma jurídica aos negócios jurídicos encetados, com o respectivo controle de legalidade prévio. Ou seja, o notário também realiza o Direito, mas não com todos os atributos conferidos quando submetido o ato à jurisdição exercida pela magistratura.

Nesse sentido, segue a doutrina de Luiz Guilherme Loureiro²⁰⁶, ao asseverar que a função notarial, assim como jurisdição voluntária, também é uma atividade de justiça ou de segurança preventiva:

Como atividade autônoma do Estado, caracterizada pela circunstância da atuação de uma função pública sobre relações ou interesses privados com a

²⁰⁴ RODRIGUES, Marcelo Guimarães. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 2.

²⁰⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. vol. 254/2016, p. 17 – 44, Abr/2016, p. 8.

²⁰⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 190.

finalidade de precaver ou evitar lesões a direitos ou à ordem jurídica, a jurisdição voluntária se assemelha à função notarial, que também é uma atividade de justiça ou segurança preventiva.

A jurisdição é desempenhada por órgãos independentes e imparciais, o que não implica em dizer, invariavelmente, que ela deva ser exercida por magistrados. Em seu artigo 8º, a Convenção Americana de Direitos Humanos se refere à jurisdição como uma função exercida por um "tribunal imparcial". Um órgão imparcial, em sentido amplo, é aquele dotado de dois atributos, que são características essenciais da jurisdição - independência e imparcialidade,²⁰⁷ das quais são dotados os delegatários dos serviços extrajudiciais.

A esse respeito, imperioso observar o pertinente escólio de Humberto Theodoro Jr.,²⁰⁸ em que cita exemplos e destaca a tendência atual do mundo moderno de desjudicialização dos procedimentos de jurisdição voluntária²⁰⁹²¹⁰, sem que se configure qualquer inconstitucionalidade:

Destarte, os procedimentos de jurisdição voluntária não figuram necessariamente na área de definição da atividade jurisdicional. Prova disso é que, sem violar a atribuição constitucional contida na partilha dos poderes soberanos estatais, muitas medidas que no passado figuravam no rol dos procedimentos ditos de jurisdição voluntária têm migrado para a competência de órgãos administrativos, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade. Veja-se, para exemplificar, a permissão para que a consignação em pagamento se processe extrajudicialmente (Cód. Civil, art. 334; NCPC, art. 539, § 1º); para que o Oficial do Registro de Imóvel promova a notificação do promissário comprador, relativamente a negociação de imóveis loteados, constituindo-o em mora e cancelando o registro do respectivo contrato, sem depender de decisão judicial alguma (Lei 6.766/1979, art. 32); também da mesma forma se procede administrativamente, por meio do Oficial do Registro de Imóveis, para se obter o cumprimento do compromisso de compra e venda, quando o promitente vendedor não providencia a outorga da escritura definitiva,

²⁰⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I, p. 70-71.

²⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2015, p. 144.

²⁰⁹ Alfredo Araújo Lopes da Costa já afirmava que os procedimentos de jurisdição voluntária estavam distribuídos entre a autoridade administrativa e judiciária por um critério mais político do que jurídico (LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A administração pública e a ordem jurídica privada (jurisdição voluntária)*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares S. A., 1961, p. 71).

²¹⁰ Ao tratar da jurisdição voluntária, Daniel Amorim Assumpção Neves destaca que a sua submissão obrigatória ao Poder Judiciário decorre tão somente em razão da previsão legal nesse sentido, revelando uma opção do legislador de condicionar o efeito jurídico de algumas relações jurídicas, seja em razão de seu objeto ou de seus sujeitos, à intervenção do juiz. Nesse sentido, aquilo que se torna obrigatório e demanda uma ação de jurisdição voluntária é resultado de uma opção político-legislativa que pode ser destinada a outros agentes, como se nota, por exemplo, com a Lei 11.441/2007, que passou a permitir o inventário, partilha, separação e divórcio na via administrativa, quando observados determinados requisitos exigidos em lei (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodvm, 2017, p. 97).

depois de ter sido pago o preço integral da promessa (Lei 6.766/1979, art. 27); iguais procedimentos administrativos a cargo do Oficial de Registro de Imóveis são autorizados tanto no inadimplemento, como no cumprimento do contrato de financiamento imobiliário sob garantia de alienação fiduciária (Lei 9.514/1997, arts. 25, 26 e 27); também a venda forçada do imóvel hipotecado por meio de contrato de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação pode ser promovida sem processo judicial, por iniciativa da instituição financeira (Decreto-lei 70/1966, arts. 31 e 32); a separação e o divórcio consensuais (NCPC, art. 733), assim como a partilha amigável (NCPC, art. 610, § 1º) tanto podem ser processados em juízo como administrativamente por meio de ato notarial etc. O que, de fato, se nota no direito moderno é, na verdade, uma tendência acentuada a processar administrativamente tanto o cumprimento como a resolução de diversos contratos e a desconstituição de situações jurídicas, antes administradas pelo Poder Judiciário, afastando a necessidade da interferência judicial.

Como se vê, as serventias extrajudiciais vêm sendo autorizadas pelo Estado a atuarem naquelas hipóteses desjudicializadas em que haja consenso, mas sem que incida todos os atributos da jurisdição. De todo modo, a jurisdição não é função exclusiva do Poder Judiciário, haja vista que o Poder Legislativo também a exerce, como na hipótese de julgamento do presidente pelo senado por crime de responsabilidade (art. 52, I, da CF), nada impedindo que o ordenamento legal assim preveja, atribuindo à função notarial todos os predicados da jurisdição, tal como feito – com exceção da coerção - em relação à Arbitragem, que nem sequer provém do Estado, como ocorre no caso dos serviços notariais e registrais.

Forçoso ressaltar, porém, que algumas dessas hipóteses desjudicializadas, como a separação, divórcio e inventário, majoritariamente vem se entendendo tratar de mera opção a via extrajudicial, consoante dispôs a Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça e mais recentemente os artigos 610, parágrafo 1º, e 733 do Código de Processo Civil, tema este que será melhor abordado mais a frente.

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira,²¹¹ a razão disso é que a homologação judicial confere às partes algo além daquilo que se pode obter no procedimento extrajudicial, isto é, a coisa julgada. Após a intervenção judicial, somente pode ser desconstituído por ação rescisória, o que não ocorre com os negócios jurídicos formalizados em cartório, motivo pelo qual não possuem a mesma estabilidade de outro que passou pelo crivo do órgão jurisdicional. Contudo, afirmam que “para compreender a

²¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 194.

"facultatividade" do procedimento cartorário e a consequente permanência da opção judicial, é preciso superar o dogma da ausência de coisa julgada na jurisdição voluntária."

Em continuidade, asseveram que o Superior Tribunal de Justiça possui precedente²¹² interessante, na medida em que assinala cuidar a ação de retificação de registro civil de um procedimento de administração voluntária, em que não há lide, partes e formação de coisa julgada material, mas ao mesmo tempo impede a rediscussão da causa, o que demonstra incoerência na argumentação, a revelar a existência da coisa julgada, que por isso não se pode haver renovação do pedido. Enfim, chega-se ao mesmo resultado, de que não é possível rever decisão sobrevinda em procedimento jurisdição voluntária, salvo a existência de fato superveniente, como ocorre em qualquer decisão.²¹³

De seu turno, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero²¹⁴ lecionam que na jurisdição voluntária há interpretação e aplicação do direito e as decisões são dotadas de autoridade institucional, ou seja, portadoras de definitividade e irreversibilidade, do mesmo modo que a jurisdição contenciosa.

De fato, se há necessidade de aduzir fato novo, com a modificação da causa de pedir, não há falar em inexistência de coisa julgada em tais procedimentos, o que representa importante diferença em submeter o caso ao Judiciário ou ao extrajudicial, a depender da hipótese, sem prejuízo ainda da inafastabilidade do controle judicial.

Ocorre que, por ser consensual (em algumas situações pode se tornar litigioso, sendo o procedimento remetido ao juízo competente por meio de procedimento de suscitação de dúvida, ainda no âmbito administrativo – Artigos 198 e seguintes da Lei de Registros Públicos), com as partes assistidas por advogados em muitos dos casos, não há maiores

²¹²Veja-se, naquilo que interessa:"[...] 6. Uma vez que foram os próprios recorrentes, na ação anterior, que pediram a alteração de seus nomes, com o objetivo de obter a nacionalidade portuguesa e tiveram seu pedido atendido na integralidade, não podem, agora, simplesmente pretender o restabelecimento do statu quo ante, alegando que houve equívoco no pedido e que os custos de alteração de todos os seus documentos são muito elevados. 7. Ainda que a ação de retificação de registro civil se trate de um procedimento de jurisdição voluntária, em que não há lide, partes e formação da coisa julgada material, permitir sucessivas alterações nos registros públicos, de acordo com a conveniência das partes implica grave insegurança [...]" (REsp 1412260/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014).

²¹³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 195.

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, v. 1, p. 159.

irresignações e, em havendo, devem comprovar uma causa de nulidade ou anulabilidade, ficando ainda adstritas aos prazos decadenciais de dois ou quatro anos das ações anulatórias respectivas (nos casos de anulabilidade – artigos 178 e 179 do Código Civil), de modo a diminuir a importância da coisa julgada neste tocante e galgar o procedimento extrajudicial voluntário à mesma estatura.²¹⁵

Em outros termos, não será qualquer ato que será invalidado, o que resguarda certa segurança jurídica às partes, sendo esta, inclusive, um dos objetivos do sistema notarial e registral. Para ser invalidado, imprescindível a evidenciação de erro de forma ou violação ao devido processo legal substancial, tal como vício de vontade.

Nessa perspectiva, não é possível afirmar que os notários são agentes jurisdicionais, portadores de uma Jurisdição Notarial²¹⁶, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro e no sentido estrito do termo, como afirmam alguns,²¹⁷²¹⁸²¹⁹ ainda que estejam autorizados a

²¹⁵ Embora tratando da atividade administrativa desempenhada pelo Poder Público de modo geral, Rodolfo de Camargo Mancuso faz oportuna observação sobre os pontos em comum entre a função judicial e administrativa: “Em suma, à exceção dos apanágios da *reserva de sentença* (um ato judicial só por outro do mesmo Poder pode ser revisto) e da agregação de *coisa julgada material* sobre as decisões de mérito, no mais e essencialmente, a função judicial hoje apresenta mais pontos em comum do que distintivos em face da função administrativa: ambas aplicam a norma de regência ao caso concreto (apenas variando o *modus* dessa intervenção: de ofício, no caso do administrador, mediante provocação, no caso do juiz); ambas haurem a legitimidade de suas atuações na medida em que conseguem prevenir ou resolver conflitos com justiça e sob uma boa equação custo-benefício; ambas devem pautar seus atos e condutas pelo sobre-princípio da igualdade, e pelas diretrizes da razoabilidade, proporcionalidade, motivação, economicidade, transparência, publicidade e, sobretudo, eficiência” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 372).

²¹⁶ Apesar de reafirmar a importância que o ato notarial apresenta na constituição dos negócios jurídicos, José Frederico Marques também entende que não pode ser assimilado aos atos de jurisdição voluntária, mas por outro motivo, utilizando-se de argumento pautado na falta de independência que caracteriza a magistratura (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 1, p. 260). Ocorre que, nos dias atuais, não se tem mais por válido referido argumento, ao menos em tese. Isso porque, como visto em item precedente, foi consagrado pelo Direito Objetivo a independência e imparcialidade dos delegatários dos ofícios extrajudiciais, prendendo-se apenas ao ordenamento jurídico no exercício da atividade criativa do direito, dentro de suas devidas competências.

²¹⁷ Nesse sentido, cite-se Ricardo Guimarães Kollet: “A tarefa de dizer o Direito é do Estado, o qual, pelos seus agentes, exerce o poder jurisdicional, cuja missão é reconhecer os direitos subjetivos, seja através da jurisdição contenciosa - perspectiva reparadora -, quando há violação e o ente promove o reequilíbrio, seja através da justiça reguladora (jurisdição voluntária), mediante homologação, ou chancela estatal, aos atos voluntários dos cidadãos, havidos na normalidade dos direitos. A missão de dizer o direito, em determinados casos, é conferida aos agentes da fé pública notarial, os quais, no Brasil, receberam a incumbência, inclusive, para promover, através da escritura pública, os divórcios, separações e partilhas, desde que consensuais. A novel legislação - Lei nº 11.441, 2007 - vem confirmar a inserção de notários como agentes jurisdicionais, reforçando a ideia de uma Jurisdição Notarial” (KOLLET, Ricardo Guimarães. *A Jurisdição Notarial e os Direitos Subjetivos da Normalidade*. Disponível em: <http://www.portalibest.com.br/img_sis/download/bd64869585011025ec09b79c5778539f.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2018).

²¹⁸ Esse também é o entendimento de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Maria Maria Martins Silva Stancati: “Assim, fixada a premissa de que a jurisdição não está atrelada ao Poder Judiciário, é possível

produzir norma individual e concreta, resultante da consensualidade externada. Até seria admissível falar em uma Jurisdição Notarial ou Jurisdição Voluntária Extrajudicial, desde que em sentido amplo, isto é, no sentido apenas de delimitação dos atos que é de sua esfera de competência, como ocorre inclusive quando se fala atecnicamente em relação a autoridades administrativa, mas não no sentido de cuidar da mesma hipótese de jurisdição exercida pelo órgão judicial.

Da mesma forma, não há como concordar que a conformação da função notarial como jurisdição voluntária é consequência do poder que tem o notário para “dizer o direito”, o que seria ratificado pelo fato de o ordenamento jurídico nacional conceder aos atos praticados por tais operadores jurídicos o condão de gerar efeitos plenos, consagrando, por exemplo, alguns direitos subjetivos (divorciar-se, separar-se, por fim à indivisão da herança) e a pretensão (transferir e adquirir direito real de propriedade imobiliária) dos cidadãos, como também reverbera Ricardo Guimarães Kollet.²²⁰

O sistema notarial e registral, como visto, advém do Estado, mas nem por isso, ao menos em uma análise mais aprofundada, apoiada em outros aspectos antes analisados, poderia ter a atividade desempenhada enquadrada como ato de natureza jurisdicional, mesmo que, de certa forma, por meio da figura do notário se tenha o próprio Estado intervindo positivamente na vontade privada, seja para auxiliar na composição dos negócios jurídicos, seja para criação de

reconhecer legitimidade aos meios desjudicializados de solução de conflitos. Assim, temos a jurisdição voluntária judicial e extrajudicial, bem como os meios de obtenção de consenso judiciais e extrajudiciais. Todos fazem parte de um sistema único, que precisa funcionar de forma balanceada e harmoniosa” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. vol. 254/2016, p. 17 – 44, Abr/2016, p. 8).

²¹⁹ Na doutrina estrangeira há vários exemplos nesse sentido: GÁLLIGO, Javier Gómez. *La calificación registral (epílogo)*. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2008. p. 11 e s. MEDEL, Jesus Lopez. *Teoria del registro de la propiedad como servicio público*. 3. ed. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991. p. 220 e s. BERDEJO, Jose Luiz Lacruz, REBULLIDA, Francisco de Asis Sancho. *Elementos de derecho civil*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1991. v. III bis. p. 297-9. CHICO Y ORTIZ, José María. *Estudios sobre derecho hipotecario*. 4. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. t. I. p. 511 e s. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995. t. III. p. 365 *apud* BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25.

²²⁰ KOLLET, Ricardo Guimarães. *A jurisdição notarial e as escrituras públicas de partilha, separação e divórcio*. Porto Alegre: K & K Editora, 2017, p. 11-12 e 33. Assinala ainda referido autor, em outra passagem: “Ora, se a jurisdição é exatamente “dizer o direito”, no caso concreto, posso concluir, sem o menor temor, calcado na linha de raciocínio lógico-sistemática até agora desenhada, que o tabelião exerce jurisdição, a qual, por estar havida dentro da normalidade dos direitos, é voluntária, ou, numa perspectiva terminológica mais adequada, calcada na substantiva doutrina de Néri, uma jurisdição notarial” (KOLLET, Ricardo Guimarães. *A jurisdição notarial e as escrituras públicas de partilha, separação e divórcio*. Porto Alegre: K & K Editora, 2017, p. 33).

estados novos, regulando as formas de aquisição, modificação e extinção de direitos, a fim de dar-lhes segurança, eficácia e publicidade em face de terceiros.

Através de instituição alheia aos quadros do órgão judiciário, a função notarial também desempenha atividade estatal, em que não se cerca de todos os atributos da jurisdição, mas cujos atos produzem os mesmos efeitos e que da mesma forma proporciona segurança jurídica e oponibilidade contra terceiros, de sorte a também garantir o acesso à justiça, conforme sua releitura já empreendida neste trabalho.

Isso tudo sem se descuidar que o constitucionalismo brasileiro já experimentou diversas mudanças, dentre as quais, admitir que a interpretação constitucional seja feita não somente pelo Legislativo e Judiciário, como meio de aprimorar o funcionamento do constitucionalismo democrático. Nesse sentido, sob a égide da nova ordem constitucional pós-positivista e pluralista, deve se ter por superado certos moldes positivistas existentes na atual cultura jurídica brasileira, de modo a demandar maior atuação dos diversos operadores do direito, dentre os quais, os notários e registradores, como forma de melhor efetivação dos direitos fundamentais,²²¹ sem prejuízo de exercerem ou não jurisdição ou poder vir a exercê-la mediante disposição de texto normativo.

3.3.1 Exemplos de atos desjudicializados

No Código de Processo Civil pode ser encontrado os seguintes atos desjudicializados, processados no foro extrajudicial, desde que atendidos os requisitos exigidos para tanto, consoante disposto na própria norma ou em normativa regulamentadora do Conselho Nacional de Justiça e das Corregedorias Gerais de Justiça no âmbito estadual: emancipação, quando consentida pelos pais (artigo 5º, parágrafo único, I, do CC) – artigo 725, I; extinção de usufruto, quando não decorrer da morte do usufrutuário, do termo da sua duração ou da consolidação, e de fideicomisso, quando decorrer de renúncia ou quando ocorrer antes do evento que caracterizar a condição resolutória (artigo 725, VI); notificação e interpelação (artigo 726); divórcio, separação consensuais e extinção consensual de união estável, na hipótese de não haver nascituro ou filhos incapazes (Artigo 733 do CPC e Resolução nº

²²¹ NEGREIROS, Danilo. *Notários e registradores na condição de intérpretes da constituição: contribuições oferecidas para a promoção de direitos fundamentais*. 2015. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2015.

35/2007 do CNJ); inventário, arrolamento e partilha realizados pelos herdeiros, desde que todos capazes e concordes (artigo 610, § 1º e Resolução nº 35/2007 do CNJ); usucapião extrajudicial (artigo 1.071, que inseriu o artigo 216-A na Lei nº 6.015/73), regulado pelo Provimento nº 65/2017 do CNJ; ata notarial como meio de prova (artigo 384); possibilidade de protesto das sentenças transitadas em julgado (artigo 517), assim como da dívida alimentar (artigo 528, § 1º); demarcação e divisão por escritura, havendo consenso entre os interessados (artigo 571 c/c artigo 213, § 9º, da Lei nº 6.015/73); e homologação de penhor legal na via extrajudicial (artigo 703, §2º).

Há ainda outros procedimentos desjudicializados previstos em legislações esparsas, tais como aquele para que o oficial do registro de imóveis promova a notificação do promissário comprador, relativamente a negociação de imóveis loteados, constituindo-o em mora e cancelando o registro do respectivo contrato, sem depender de decisão judicial alguma (Lei 6.766/1979, artigo 32); iguais procedimentos administrativos são autorizados tanto no inadimplemento, como no cumprimento do contrato de financiamento imobiliário sob garantia de alienação fiduciária (Lei nº 9.514/1997, artigos 25, 26 e 27) (execução extrajudicial); também a venda forçada do imóvel hipotecado por meio de contrato de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação pode ser promovida sem processo judicial, por iniciativa da instituição financeira (Decreto-lei 70/1966, artigos 31 e 32); da mesma forma as retificações no Registro Civil (artigos 40, 57, 109 e 110 da Lei nº 6.015/73, com a redação dada pelas Leis nº 12.100/2009 e 13.484/2017) e no Registro de Imóveis, nas hipóteses previstas nos artigos 212 e 213 da Lei nº 6.015/73, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004, quando consensual; usucapião administrativa da Lei 11.977/2009 que, em seu artigo 50, reconheceu essa possibilidade em concreto, beneficiando a população de baixa renda; registro tardio de nascimento, a partir da Lei nº 11.790/2008, que alterou o artigo 46 da Lei nº 6.015/73, transferindo ao registrador civil a atribuição de apreciar os pedidos de registro de nascimento feitos fora do prazo legal (os chamados registros tardios), de sorte a não mais necessitar de autorização do juiz da Vara de Registros Públicos; habilitação de casamento que não mais precisa ser homologada judicialmente, precisando apenas da oitiva do Ministério Público, consoante Lei nº 12.133/2009, que alterou o artigo 1.526 do Código Civil; troca de nome/gênero, conforme Provimento nº 73/2018 do CNJ, erigido após o julgamento da ADI nº 4.275 pelo STF, bem como reconhecimento de maternidade ou paternidade Socioafetivos diretamente nas serventias, a partir do Recurso Extraordinário nº 898.060, regulamentado pelo Provimento nº 63/2017 do CNJ, perante o oficial de registro civil; Conciliação e Mediação

nas serventias extrajudiciais (artigos 175 do CPC e 42 da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), disciplinado no Provimento nº 67/2018 do CNJ; protesto das certidões de dívida ativa (artigo 1º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997, a partir da alteração feita pela Lei nº 12.767/2012).

Embora não previsto em normativa de âmbito nacional, vem sendo previsto nos Códigos de Normas do Serviço Extrajudicial nos estados ou através de atos normativos autônomos das Corregedorias, tais como os códigos dos Estados de São Paulo e Bahia e o Provimento nº 57/2013 CGJ/ES²²² do Estado do Espírito Santo, a possibilidade de o Tabelião de Notas extrair cartas de sentença das decisões judiciais, dentre as quais, os formais de partilha, as cartas de adjudicação e de arrematação, os mandados de registro, de averbação de retificação, nos moldes de regulamentação do correspondente serviço judicial.

Como se vê, não são poucos os atos desjudicializados, fenômeno este iniciado e melhor visualizado a partir da Lei de Registro Públicos ainda no ano de 1973 (Lei nº 6.015), cuja sociedade atual, tão habitualmente acostumada, nem sequer percebe que na verdade cuidam de procedimentos advindos do Poder Judiciário.

A seguir, como forma de melhor evidenciar o processo ampliativo da evolução legislativa da desjudicialização ocorrida junto ao sistema notarial e registrário - sem prejuízo da evolução jurisprudencial -, confira-se quadro que demonstra a síntese deste processo evolutivo, significativamente ampliado a partir da Constituição de 1988 com a constitucionalização dos atos de delegação (artigo 236):

DL 58/ 1937 (art. 14) – reafirmado pela Lei 6.766/79 (art.32)	Notificação e constituição em mora do promissário comprador e cancelamento do registro do respectivo contrato em caso de não purgação da mora.
Lei 6.766/ 1979 (art. 27) – dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.	Registro da promessa de compra e venda em loteamento, com base no contrato padrão arquivado, quando o loteador não providenciar a celebração da mesma.
Lei 8.560/ 1992	Reconhecimento de filhos havidos fora do casamento sem a necessidade de intervenção judicial.
Lei 9.514/ 1997 – institui a alienação	Nos casos de inadimplemento, o procedimento

²²² Disponível em: <https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/images/PROV_57_a.pdf>. Acesso em 31 jul. 2018.

fiduciária sobre coisa imóvel e dá outras providências	de consolidação da propriedade fiduciária ao credor é realizado integralmente perante o Registro de Imóveis – notificação, purgação ou constituição da mora, consolidação da propriedade, averbação da realização dos leilões.
Lei 10.931/ 2004 – modificou a Lei 6.015/1973 (art. 213, § 9º), ratificada pela Lei 13.105/ 2015 – Código de Processo Civil (art. 571).	Demarcação de imóveis confrontantes por escritura, havendo consenso entre os interessados.
Lei 10.931/ 2004 – modificou a Lei 6.015/1973 (arts. 212 e 213)	Retificação administrativa de área no Registro de Imóveis quando consensual.
Lei 11.441/ 2007 – modificou o Código de Processo Civil então vigente.	Divórcio e separação consensuais, na hipótese de não haver nascituro ou filhos incapazes.
Lei 11.441/ 2007 – modificou o Código de Processo Civil então vigente.	Inventário, arrolamento e partilha realizados pelos herdeiros, desde que todos capazes e concordes.
Lei 11.790/ 2008 – modificou a Lei 6.015/1973 (art. 46)	Registro tardio de nascimento sem necessidade de manifestação judicial, com apreciação somente do registrador civil.
Lei 11.997/ 2009 (art. 60) – dispõe sobre a regularização fundiária em assentamentos localizados em áreas urbanas e dá outras providências.	Possibilidade da conversão da legitimação da posse em propriedade, por simples requerimento, quando configurado o art. 183 da CF/88. *Atualmente a conversão é automática conforme art. 26 da Lei 13.465/2017.
Lei 12.100/ 2009 e 13.484/ 2017 – modificaram a Lei 6.015/73 (art. 110)	Retificações simples no Registro Civil – a primeira exclui a necessidade de apreciação judicial e a segunda de manifestação pelo Ministério Público.
Lei 12.767/ 2012 – alterou a Lei 9.492/1997 (art. 1º, p. único)	Possibilidade de protesto de certidões de dívida ativa.
Lei 13.105/ 2015 – Código de Processo Civil – incluiu previsão na Lei 6.015/73 (art. 216-A).	Usucapião Extrajudicial.
Lei 13.105/ 2015 – Código de Processo Civil (art. 384)	Ata notarial como meio de prova.
Lei 13.105/ 2015 – Código de Processo Civil (art. 517)	Protesto de sentença transitada em julgado.
Lei 13.105/ 2015 – Código de Processo Civil (art. 528, § 1º)	Protesto do pronunciamento judicial que fixe alimentos.
Lei 13.105/ 2015 – Código de Processo Civil (art. 703, § 2º)	Homologação de penhor legal na via extrajudicial.
Lei 13.105/ 2015 – Código de Processo Civil (art. 733)	Dissolução consensual da união estável.
Lei 13.105/ 2015 – Código de Processo Civil (art. 175); Lei 13.140/ 2015 – Lei de Mediação (art. 42); Provimento 67/2018 do CNJ.	Conciliação e mediação nas serventias extrajudiciais.
Provimento 63/ 2017 do CNJ	Possibilita o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetivos no Registro Civil.

Provimento nº 73/2018 do CNJ	Alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais.
------------------------------	---

3.3.2 Outros procedimentos passíveis de serem desjudicializados

Em primeiro lugar é a hipótese de possibilitar a realização de escritura de separação, divórcio, dissolução de união estável, bem como de inventário, arrolamento e partilha na hipótese de haver filhos ou herdeiros incapazes, com a participação do Ministério Público como forma de zelar pelos respectivos interesses.

Ora, havendo a concordância das partes e manifestação favorável do Ministério Público é ínfima a possibilidade de o juiz vir a não homologar, razão pela qual não se justifica ainda exigir única e exclusivamente a intervenção judicial nessas situações.

Não havendo concordância do órgão ministerial, basta remeter as partes ao Poder Judiciário, que poderá suprir a discordância por meio de sentença em sede de procedimento de jurisdição voluntária.

No caso do inventário, possibilitar ainda sua realização quando houver testamento, desde que todos os herdeiros estejam concordes, pois a prática revela não incorrer qualquer risco em assim proceder, até porque se estará sob a supervisão do Ministério Público, além da legislação em vigor exigir a assistência do advogado de confiança das partes.

Muito embora ainda não haja norma federal que autorize, por meio de provimentos estaduais muitos estados vêm flexibilizando tal proceder (estados do Espírito Santo, Bahia e São Paulo, dentre outros, são exemplos nesse sentido), para permitir o divórcio ou separação extrajudiciais quando as questões envolvendo os menores já tenham sido resolvidas em juízo, bem como o inventário administrativo quando tenha ocorrido a abertura do testamento em juízo²²³, ou esteja revogado ou caduco.

²²³ Nesse sentido é o Enunciado nº 600 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial” (Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>>. Acesso em 18 dez. 2018.

Na França, por exemplo, os tabeliães podem disciplinar a sucessão, abrir testamento e mandar executá-los (artigo 1007, 1, do Código Civil), ao passo que na Espanha aos notários é permitido fazer a declaração de herdeiros – quando ausente testamento -, bem como realizar a partilha da herança, tenha o seu autor deixado ou não testamento.²²⁴

A alteração do Regime de bens, que atualmente só é admitida mediante intervenção judicial, já é objeto de projeto de lei no Senado Federal (Projeto nº 470/2013), a fim de facultar sua realização na esfera extrajudicial. De fato, ressoa contraditório admitir a celebração do casamento e sua dissolução perante as serventias extrajudiciais, mas não permitir a alteração do regime de bens pela mesma via, sobretudo quando considerado que o regime de bens cuida apenas de questões patrimoniais – não demandando atuação do Poder Judiciário - e que, na visão do Superior Tribunal de Justiça, não retroage nem terá eficácia perante terceiros de boa-fé, o que dispensa maiores formalidades.

De igual modo, não há argumento razoável para que a conversão da união estável em casamento necessariamente exija intervenção judicial, como emana do artigo 1.726 do Código Civil, se, desde que consensual, tudo que toca à formação e à extinção do casamento e da união estável pode ser feito em serventias extrajudiciais.

Há proposta também para alterar o artigo 1.418 do Código Civil e a Lei de Registro Públicos a fim de disciplinar a adjudicação extrajudicial no caso de promessa de compra e venda de imóveis e o procedimento de reate de trato sucessivo no caso de cessões de direitos de aquisição oriundos de promessa de compra e venda de imóvel.

Registre-se que tais proposições resultaram em sugestões e propostas da Comissão Mista da Desburocratização, na data de 15 de dezembro de 2017, comissão esta que foi instalada no Congresso Nacional e formada por 14 parlamentares, com o escopo de discutir e simplificar procedimentos e propor ações para a melhoria da eficiência no setor público.

Apesar de não ter sido objeto de proposta da referida Comissão, deve ser também extrajudicializado o instituto da Tomada de Decisão Apoiada trazido pelo Estatuto da Pessoa

²²⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 231.

com Deficiência (Lei nº 13.146/15), que inseriu o artigo 1.783-A²²⁵ no Código Civil, tal como ocorre no direito francês, no qual se instaura por mero provimento administrativo, já que cuida de procedimento de jurisdição voluntária, nada impedindo a atuação do Ministério Público junto à serventia extrajudicial competente, sob pena de a burocracia judicial inviabilizar a própria aplicação do instituto, o qual deve ser mais informal para representar vantagem frente à curatela, que agora pode ser proporcional, como bem alerta Anderson Schreiber²²⁶:

[...]. O excessivo controle judicial que o Estatuto impõe ao processo de tomada de decisão apoiada tampouco se justifica, à luz da plena capacidade do beneficiário. Melhor teria sido, neste particular, que o legislador brasileiro tivesse ouvido às críticas que a própria doutrina italiana faz à sua reforma legislativa, mirando menos na *amministrazione di sostegno*, e mais no instituto do *sauegarde de justice*, do direito francês, o qual se instaura por mero provimento administrativo, sem necessidade de processo judicial. A “judicialização” da tomada de decisão apoiada em um país como o Brasil, em que a celeridade na tramitação dos processos judiciais ainda é um objetivo a se conquistar, traz significativo risco de desinteresse sobre o novo instituto. Mais prático será ao deficiente, plenamente capaz, recorrer ao mandato ou a outros instrumentos semelhantes quando necessário lhe parecer, sem se submeter a um processo judicial, com todas as agruras que o ingresso em juízo implica, especialmente para a população mais carente de recursos econômicos – e mais necessitada, por isso mesmo, da proteção que o Estatuto deveria oferecer.

Fala-se em desjudicializar também o processo de execução por quantia certa e o fiscal, com as serventias extrajudiciais atuando como as judiciais, no caso de impugnação, isto é, com o tabelião atuando como um chefe de secretaria/escrivão judicial, fazendo a ponte necessária com o Poder Judiciário, ficando a cargo do juiz os atos decisórios, sob a tutela jurisdicional. Ocorre que o processo executivo e sua falta de efetividade é algo complexo que, se não bem concatenada as ordens das coisas, corre-se o risco de inviabilizar o que vem dando certo – a desjudicialização por meio das serventias do extrajudicial.

²²⁵ Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

²²⁶ SCHREIBER, Anderson. *Tomada de decisão apoiada: o que é e qual sua utilidade?*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

A propósito, concorda-se com Luiz Guilherme Loureiro²²⁷ quando afirma que “não podem ser repassados para os notários os atos de jurisdição voluntária relativos ao amparo e proteção das pessoas menores ou maiores com capacidade diminuída”, haja vista atingir a capacidade das pessoas de forma mais profunda, demandando juízo de valor melhor apreciável sob a tutela jurisdicional (artigo 751 do CPC²²⁸), dado o procedimento mais complexo, o que torna mais difícil sua viabilização na esfera administrativa, embora não impossível.

Por conseguinte, do direito comparado vêm ainda os exemplos de notários francês, belga e de Québec, que são responsáveis pelas vendas em hastas públicas, redigindo a ata notarial e certificando o resultado. Esses leilões notariais são vendas públicas advindas de demanda consensual dos proprietários, como na alienação de venda comum, ou decorrentes de demanda judicial.²²⁹

No projeto de lei em tramitação no Senado Federal que trata do novo Código Comercial (PLS nº 487/2013) há previsão de uma interessante extrajudicialização da produção de prova oral. As partes podem convencionar ou o juiz pode determinar, de ofício ou a requerimento de uma delas, que a oitiva de testemunhas em juízo fique condicionada ao exame extrajudicial prévio (artigo 968), realizado pelo advogado da parte adversa, na presença do advogado que apresentou a testemunha e de notário, que registrará em ata todas as perguntas e respostas feitas no exame prévio, juntando a ata notarial aos autos em seguida (artigo 969, *caput*, e parágrafo primeiro).

Trata-se de clarividente autorização de negócio jurídico processual (artigo 190 do CPC) que pode e deve ser trazido à esfera processual não só àquela atinente à seara comercial, podendo as partes, por exemplo, criar procedimento para ouvir testemunhas em serventias extrajudiciais, onde a oitiva será objeto de ata notarial lavrada pelo tabelião²³⁰. Outrossim,

²²⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 232.

²²⁸ Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.

²²⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 231.

²³⁰ Ao exemplificar alguns dos objetos da ata notarial, o parágrafo único do artigo 234 Código de Normas do Foro Extrajudicial de Minas Gerais (Provimento nº 260 da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais) já elencou dentre eles a possibilidade da colheita de declaração testemunhal a fim de ser utilizada como prova em processo administrativo ou judicial: “parágrafo único. A ata notarial pode ter por objeto: I – colher declaração

nada impede que outros negócios processuais sejam realizados para prever a execução do ato nos ofícios extrajudiciais, como o estabelecimento de conciliação ou mediação, o depoimento pessoal das partes, a realização de inspeções e vistorias pelo notário, mediante a cientificação de fatos jurídicos por meio da lavratura de ata notarial.

Observa-se cuidar de uma abertura para que certos atos, na verdade, a sua execução comece a ser realizado de forma delegada, tal como se dá na produção de prova oral de processos de competência originária de tribunais em que o relator delega a execução do ato a magistrado de instância de grau inferior ou na hipótese de carta precatória. No caso, apesar de não haver delegação a outro membro da magistratura integrante do Poder Judiciário, está se delegando, de igual modo, a um agente público imparcial, que também exerce função pública decorrente de uma atividade jurídica independente, nada obstando que assim o faça com o referido procedimento e com outros, consoante opção legislativa.

Logo, observa-se que muitos ainda são os atos passíveis de desjudicialização que podem ser recebidos pelo sistema registral e notarial posto, ante a evolução ocorrida ao longo do tempo, apoiado em suas características decorrentes da função pública exercida, lembrando que a reserva da jurisdição voluntária à intervenção judicial se dá meramente por razões de política legislativa, o que vem sendo alterado, por não mais se adequar à necessidade de racionalização da administração da justiça.

testemunhal para fins de prova em processo administrativo ou judicial; II – fazer constar o comparecimento, na serventia, de pessoa interessada em algo que não se tenha realizado por motivo alheio à sua vontade; III – fazer constar a ocorrência de fatos que o tabelião de notas ou seu escrevente, diligenciando em recinto interno ou externo da serventia, respeitados os limites da circunscrição nos termos do art. 146 deste Provimento, ou em meio eletrônico, tiver percebido ou esteja percebendo com seus próprios sentidos; IV – averiguar a notoriedade de um fato.”

4 DESJUDICIALIZAÇÃO E SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. VIA ADMINISTRATIVA FORÇADA?

4.1 OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIALIZADO E INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Por tudo que até aqui foi exposto é possível afirmar que o problema do acesso à justiça atualmente não mais se resume à necessidade de incrementar instrumentos para o acesso ao Poder Judiciário de todas as causas possíveis. Importante agora também é refletir, para além desses problemas, a respeito da criação de outras estruturas paralelas que possam contribuir para a adequada resolução de controvérsias ao lado do processo, bem como sobre a necessidade de racionalizar o trabalho judicial, de forma a otimizar o emprego dos recursos públicos na oferta do serviço “justiça”.²³¹²³²

Contudo, se, por um lado, é obrigação do Estado promover o acesso à justiça, que deve ser tratado como política pública (distribuição de Justiça), e, por outro, se os atos de delegação são constitucionais (artigo 236 da Constituição Federal), não ferindo a garantia de acesso à justiça, cabe averiguar se a utilização forçada da via delegada - ao menos em alguns casos - também seria constitucional, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Ou seja, se considerada a justiça multiportas, se necessariamente terá que ser utilizada, neste caso, a porta do extrajudicial em detrimento da livre escolha das portas.

O cerne da controvérsia diz respeito ao fato de que o artigo 153, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1969, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 07/1977²³³, admitia a jurisdição condicionada, ao passo que a Constituição atual não repetiu o texto normativo pretérito, constando em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do

²³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Acesso à justiça: relatório brasileiro. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 6/2017, p. 15 – 36, jul – dez 2017.

²³² Na mesma linha, veja-se: “A preocupação agora é garantir a celeridade e efetividade processuais, que também estão consagradas constitucionalmente: o excesso de ações para discutir casos que poderiam ter sido solucionados de outra maneira implica diretamente na morosidade e ineficiência do Judiciário, além de prejudicar aqueles que realmente necessitam da tutela jurisdicional” (PEREIRA, Jonas Patrezy Camargos. Ingresso em juízo e prévia postulação administrativa: releitura constitucional como meio de assegurar uma rápida solução de controvérsias. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 15, n. 30, Jul. - Dez. 2013).

²³³ Art. 153, §4º, da CF/67, com a redação da EC n.º 07/1977: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido.”

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, excepcionando apenas a Justiça Desportiva (artigo 217, parágrafo 1º).

O Supremo Tribunal Federal²³⁴ já estabeleceu que “a ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível”, mas também já destacou a vedação ao exercício abusivo do direito de acesso à justiça, ao assentar que “o art. 5º, inc. XXXV, da Lext Mater, não assegura o acesso indiscriminado e abusivo ao Judiciário.”

Por meio de entendimento sumulado, a Corte Máxima de Justiça já entendeu ser constitucional o prazo de 120 dias para impetrar mandado de segurança (Súmula 632). Na ADI 223-DF também entendeu pela constitucionalidade das restrições à concessão de tutela de urgência em face do Poder Público (as restrições não são inconstitucionais em tese, devendo ser analisadas diante do caso concreto, de acordo com a razoabilidade/abusividade da restrição), como nas hipóteses de compensação de créditos tributários, de entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, de reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou a extensão de vantagens e de pagamento de qualquer natureza (artigo 1.059 do CPC).

Mais recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631240²³⁵, sob a sistemática de repercussão geral, o Pretório Excelso, muito embora tenha feito algumas ressalvas, entendeu por bem exigir o prévio requerimento administrativo para que se possa ingressar no Judiciário a fim de requerer benefício previdenciário. Consignou apenas que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento da via administrativa e que a exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notório e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

Por outro lado, não se olvida que em recentíssimo julgamento o mesmo Tribunal entendeu por bem julgar parcialmente procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidades 2.139²³⁶ e

²³⁴ RE 158655, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 20/08/1996, DJ 02-05-1997 PP-16567 EMENT VOL-01867-01 PP-00171 e RE 145023, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 17/11/1992, DJ 18-12-1992 PP-24388 EMENT VOL-01689-06 PP-01085.

²³⁵ RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014.

²³⁶ ADI 2139, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 18-02-2019 PUBLIC 19-02-2019.

2.160²³⁷ ajuizadas em face da exigência de conciliação prévia para ingresso na Justiça Trabalhista, para dar interpretação conforme à Constituição referente ao artigo 625-D da Consolidação das Leis Trabalhistas, a fim de consignar que a conciliação prévia é uma faculdade do reclamante, não uma imposição.²³⁸

Revisitando o tema ao submeter o Recurso Extraordinário nº 627106 à sistemática da repercussão geral, a Suprema Corte apontou indefinição sobre questão que há muito estava consolidada em sua própria jurisprudência²³⁹, que é a compatibilidade, ou não, das normas do Decreto-Lei nº 70/66, que possibilitam a execução extrajudicial das dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro da Habitação, com a Constituição Federal, à luz de seu artigo 5º, incisos XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LIII, LIV e LV, e artigo 6º.²⁴⁰

Por sua vez, a constitucionalidade da execução extrajudicial nos contratos de mútuo pelo Sistema Financeiro Imobiliário, com alienação fiduciária de imóvel, prevista na Lei 9.514/1997, também será analisada pelo Supremo Tribunal Federal. O tema, objeto do

²³⁷ ADI 2160, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 18-02-2019 PUBLIC 19-02-2019.

²³⁸ Defendendo a constitucionalidade do dispositivo: “A prévia passagem do conflito pelas Comissões de Conciliação Prévia não inviabiliza de modo algum sua apreciação pela via judicial. Isso porque, caso não haja acordo, as partes poderão levar o litígio ao conhecimento do Poder Judiciário através da reclamação trabalhista. Ademais, cumpre ressaltar que, se a sessão de conciliação não for realizada em dez dias, será emitida declaração de tentativa de conciliatória frustrada, que possibilita o ingresso na via judicial. Tal prazo, frente ao longo período enfrentado pelos litigantes na Justiça do Trabalho à espera de uma decisão final, não pode ser concebido como instrumento apto a dificultar ou retardar a prestação jurisdicional” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, nº 19, p. 61-73, 2007, p. 73).

²³⁹ Segue aresto nesse sentido: “EMENTA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido” (RE 223075, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 23/06/1998, DJ 06-11-1998 PP-00022 EMENT VOL-01930-08 PP-01682 RTJ VOL-00175-02 PP-00800).

²⁴⁰ O julgamento se encontra suspenso desde o ano de 2011 em razão do pedido de vista feito pelo Ministro Gilmar Mendes, tendo quatro ministros votado pela incompatibilidade da execução extrajudicial de dívidas hipotecárias com a Constituição vigente, por ofender, em resumo, o devido processo legal, na medida em que há expropriação dos bens do devedor sem que haja a possibilidade imediata de acesso ao Poder Judiciário ou sem que haja intervenção judicial. Outros dois ministros votaram por manter a sólida jurisprudência firmada, ao fundamento de que as regras do decreto-lei não representam uma supressão do processo de execução do efetivo controle judicial, mas tão somente um deslocamento do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir, à medida que o executado poderá buscar reparação judicial se entender que teve seu direito individual de propriedade lesado, isto é, o decreto-lei não impede ou proíbe o acesso à via judicial, sendo possível o acesso ao Judiciário em qualquer fase da execução extrajudicial (Disponível em: <<http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=186899>>. Acesso em 28 fev. 2019).

Recurso Extraordinário nº 860631, teve repercussão geral reconhecida no ano de 2018, estando ainda pendente de julgamento.²⁴¹

De seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1349453/MS²⁴², julgado sob o regime de recursos repetitivos, exigiu “prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável” para efeito de ajuizamento de cautelar de exibição de documentos – extratos bancários.

Conforme se observa, muito embora os tribunais superiores prestigiem o acesso à justiça previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, não o tem, por consectário lógico, como regra absoluta, admitindo-se condicionantes razoáveis diante do caso concreto analisado, desde que não constituído óbice sério e intransponível ao exercício do referido direito.²⁴³²⁴⁴

Analisando a História, verifica-se que a consagração da inafastabilidade da jurisdição com tamanha amplitude em detrimento da constituição anterior se deu como forma de resposta aos atos do Regime Militar que excluíram da possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário os

²⁴¹ O Relator, Ministro Luiz Fux, um dos que votaram pela não recepção do decreto-lei aludido, destacou que embora a discussão seja sobre a constitucionalidade da execução extrajudicial em contratos imobiliários, a matéria aqui tratada não se assemelha àquela, porquanto naquele caso discute-se a recepção constitucional do Decreto-Lei 70/1966, que prevê a execução extrajudicial para dívidas contraídas no regime do Sistema Financeiro Habitacional, com garantia hipotecária, situação diversa da discussão sobre a constitucionalidade da Lei 9.514/1997, que prevê a possibilidade de execução extrajudicial nos contratos de mútuo pelo Sistema Financeiro Imobiliário, com alienação fiduciária de imóvel. Isso porque, segundo alegou, nesta última modalidade de contrato, não há transmissão da propriedade ao devedor, apenas a transferência da posse direta do bem. Isso significa que o credor fiduciário não se imiscui no patrimônio do devedor para executar bem de propriedade alheia, pois o imóvel permanece sob propriedade da instituição financeira até a quitação do contrato pela outra parte, “o que se traduz em diferença substancial entre as relações jurídicas de hipoteca e de alienação fiduciária para a finalidade de análise à luz dos princípios constitucionais invocados” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369316>>. Acesso em 28 fev. 2019.

²⁴² REsp 1349453/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 02/02/2015.

²⁴³ Nessa linha: “Conforme antes salientado, a exigência da prévia exaustão administrativa como condição ao regular exercício do direito de ação não é algo estranho ao nosso ordenamento. Para além do exemplo do habeas data - cuja fase administrativa prévia é bradada como legítima há mais de 25 anos pela doutrina e jurisprudência - pode-se citar ainda o § 1.º do art. 7.º da Lei 11.417/2006, o qual prevê que no caso de ato da administração pública contrario à súmula vinculante, “o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a fazenda pública. *Revista de Processo*, vol. 252/2016, p. 319-338, Fev / 2016).

²⁴⁴ Em sentido contrário: “A Constituição de 1988 inclusive eliminou a possibilidade de a lei infraconstitucional condicionar em certos casos o acesso à jurisdição ao prévio esgotamento da discussão na esfera administrativa. Na esfera processual civil, o único condicionamento nesses termos - legítimo porque previsto no próprio texto constitucional - diz respeito ao controle de decisões da ‘justiça desportiva’ (art. 217, § 1.º, da CF/1988 (LGL\1988\3))” (TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*, vol. 152. São Paulo: RT, 2007, p. 41).

atos administrativos praticados por seu comando (Ato Institucional nº 05 de 1968), resguardando, assim, a separação de poderes.

Nesse sentido, dentro do contexto da época, de instabilidade democrática e constitucional, era plenamente justificável a dimensão da exegese que foi engendrada ao referido postulado, até em decorrência da máxima efetividade dos direitos fundamentais, mas que agora encontra limites em outros direitos fundamentais aos quais também se vêm dando bastante ênfase, como o da efetividade da tutela extraída do próprio dispositivo que consagra o acesso à justiça (devido processo legal), o da celeridade²⁴⁵ e eficiência, através da consagração textual de disposições como a da razoável duração do processo no texto constitucional (artigo 5º, LXXVIII), introduzida por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, e das disposições insertas no artigo 37 da Constituição da República (Emenda Constitucional nº 19 de 1998) e nos artigos 4º e 8º do novo Código de Processo Civil.

Ultrapassados mais de 30 (trinta) anos da promulgação da Constituição é evidente que a sociedade e as instituições integrantes do Estado de Direito não só evoluíram como continuam em transformação, sempre revendo seus valores, o que impõe, de igual modo, a revisão da interpretação do texto normativo, para torná-lo mais consentâneo com o sistema de distribuição de justiça da atualidade, até porque, sendo um serviço público, deve ser eficiente (artigo 37 da CF).

“Atualmente [...] deve se repensar o modo em que a garantia ao acesso à justiça é usufruída. Não se cogita em reanalisar o direito fundamental de ação – este é intocável. O que se deve é rever o modo pelo qual esse direito é exercido”²⁴⁶, sobretudo porque, em regimes de normalidade democrática, essa garantia pouco mais significa que um marco normativo e uma referência histórica fundamental para o balizamento do sistema jurídico, em que pese a sua indiscutível importância.²⁴⁷

²⁴⁵ Kazuo Watanabe bem sintetiza o destaque à celeridade: “Vários são os fatores que contribuem para que o fator celeridade tenha relevância no estudo das relações sociais, destacando-se o encurtamento das distâncias, em razão da evolução dos sistemas de comunicação e sofisticação dos meios de transporte, e os instrumentais tecnológicos que aceleram ou mesmo substituem o agir humano nos diferentes atos da vida cotidiana” (WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 142).

²⁴⁶ PEREIRA, Jonas Patrezy Camargos. Ingresso em juízo e prévia postulação administrativa: releitura constitucional como meio de assegurar uma rápida solução de controvérsias. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 15, n. 30, Jul. - Dez. 2013.

²⁴⁷ SALLES, Carlos Alberto. *Nos braços do leviatã: os caminhos da consensualidade e o judiciário brasileiro*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185771/mod_resource/content/1/SALLES-CA-Nos%20bra%C3%A7os%20do%20Leviat%C3%A3.pdf>. Acesso em 28 de fev. 2019 (no prelo).

É que no atual estado de evolução da sociedade brasileira, não há mais dúvidas de que a garantia da inafastabilidade da jurisdição está plenamente consagrada e que o Judiciário tenha se consolidado como pilar essencial para evolução do Estado de Direito Constitucional. Agora, sem descurar de outros direitos, a preocupação é outra: garantir a efetividade e a celeridade da tutela de direitos.²⁴⁸ Com isso, migra-se de “um enfoque horizontal (preocupado com a separação dos poderes) para outro vertical (centrado na relação cidadão x Estado).”²⁴⁹

Sob esse contexto, interessante interpretação sobre o dispositivo é lançada por Leonardo Greco²⁵⁰, no sentido de que antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado possibilitar que o cidadão goze de seus direitos de forma direta, ficando a proteção judiciária por meio dos tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano, demandada apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos. Ou seja, pode ser extraído daí a ideia de utilização dos órgãos judiciários como *última ratio*.²⁵¹

As normas constitucionais – nestas incluídas o princípio da inafastabilidade da jurisdição – são capazes de sofrer mutações e reciclar-se em relação às suas prescrições. Essa releitura deriva do processo de concretização constitucional na maior parte das vezes, influenciadas por leis ordinárias, responsáveis por uma nova conformação da interpretação dos dispositivos constitucionais.²⁵² Nesse passo, pode-se vislumbrar uma nova definição do princípio da

²⁴⁸ PEREIRA, Jonas Patrezy Camargos. Ingresso em juízo e prévia postulação administrativa: releitura constitucional como meio de assegurar uma rápida solução de controvérsias. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 15, n. 30, Jul. - Dez. 2013.

²⁴⁹ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a fazenda pública. *Revista de Processo*, vol. 252/2016, p. 319-338, Fev/2016.

²⁵⁰ GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197.

²⁵¹ Nessa linha, veja-se: “o ideal é que consolidemos a mentalidade de que primeiro devemos usar os meios extrajudiciais de busca do consenso, em seguida, devemos recorrer à jurisdição voluntária extrajudicial, nas hipóteses previstas em lei; e finalmente, os meios adjudicatórios (arbitragem e jurisdição judicial) nos quais um terceiro irá impor sua vontade que deverá ser cumprida pelas partes em litígio” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. vol. 254/2016, p. 17 – 44, Abr/2016, p. 8).

²⁵² Nesse sentido leciona Marcelo Neves, pautando-se nas lições de Luhmann: “Esse caráter cognitivo de sistema constitucional expressa-se explicitamente através do procedimento específico de reforma constitucional, mas também se manifesta no decorrer do processo de concretização constitucional. Não se trata, por conseguinte, de uma hierarquização absoluta. Principalmente as leis ordinárias e as decisões dos tribunais competentes para questões constitucionais, que em uma abordagem técnico-jurídica constituem direito infraconstitucional, determinam o sentido e condicionam a validade das normas constitucionais.”, (NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.72).

inafastabilidade da jurisdição a partir da nova sistemática processual estabelecida com vistas a implementar uma saída eficaz aos problemas causados pelos conflitos de massa.²⁵³

Com isso não está a falar em expansão pela legislação infraconstitucional do rol de exceções ao direito de acesso à jurisdição previsto na Constituição da República, mas apenas em mutação constitucional quanto a uma hermenêutica mais aproximada da cultura atual, a permitir inclusive a conformação de atos normativos editados pelo legislador infraconstitucional, desde que, como dito alhures, não seja desarrazoada a limitação imposta.²⁵⁴²⁵⁵²⁵⁶

Mesmo porque, considerando que direito algum é absoluto²⁵⁷, o que se deve ponderar é que há outros valores constitucionais em jogo, como o da celeridade, eficiência e efetividade, que

²⁵³ CERQUEIRA, Társis Silva. Acesso à justiça. Novíssima reflexão. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 10, nº 982, 19 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima>>. Acesso em 26 fev. 2018.

²⁵⁴ Nessa linha, confira-se: “No sistema jurídico romano-germânico as modificações na constituição são realizadas de forma diferenciada do modo pelo qual se alteram as leis ordinárias; quando necessário, o poder constituinte reformador o faz por meio de emendas ou revisões. Todavia, a sociedade é dinâmica. Miguel Reale já lecionava que toda norma sofre um processo de variação semântica até que seja necessária sua revogação. A propósito, a norma jurídica nasce da conjunção de fato e valor. Se o mundo fático alterar, altera-se também o valor a que a sociedade imprime em determinado bem jurídico, o que, necessariamente, reflete no comando normativo. Formalmente, a Constituição apenas pode ser modificada por meio de processo legislativo próprio, todavia, a leitura constitucional está sujeita a alterações *ipso facto* sem que haja qualquer modificação *ex jure*. Ora, se o fato ou o valor social se altera, a hermenêutica constitucional também se alterará. Arremata Uadi Lammêgo Bulos com conceito singelo, porém, de bastante propriedade: “ao fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas, denominaram mutação constitucional”, e destaca as variadas denominações encontradas na doutrina: vicissitude constitucional tácita, transições constitucionais, processos de fato mudança material, dentre outras” (PEREIRA, Jonas Patrezy Camargos. Ingresso em juízo e prévia postulação administrativa: releitura constitucional como meio de assegurar uma rápida solução de controvérsias. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 15, n. 30, Jul. -Dez. 2013).

²⁵⁵ Defendendo ter havido mutação constitucional do dispositivo, veja-se: “Pode-se, então, afirmar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição sofreu uma mutação constitucional? Nessa esteira, sim. Outrora, a garantia do direito irrestrito de ação foi útil para que a sociedade redemocratizada fizesse valer seus novos direitos; também foi igualmente útil para o Judiciário, que almejava ser fortalecido como poder indispensável ao exercício da cidadania. Hoje, entretanto, o valor social é outro: mais importante que abrir as portas do Judiciário é garantir efetividade e rapidez às decisões judiciais. A sociedade não clama pelo direito de agir, e sim pela rápida e eficiente solução de litígios. Do contrário, garantir-se-ia a porta de entrada sem fornecer ao cidadão a possibilidade e pelo menos enxergar a porta de saída” (PEREIRA, Jonas Patrezy Camargos. Ingresso em juízo e prévia postulação administrativa: releitura constitucional como meio de assegurar uma rápida solução de controvérsias. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 15, n. 30, Jul. -Dez. 2013).

²⁵⁶ Em sentido contrário: “A consideração de deveres e proibições impostos ao legislador não deve ser lida como uma sugestão estéril. Ao contrário, em um contexto de inflação legislativa, a leitura do direito à inafastabilidade do controle jurisdicional na perspectiva do direito ao processo justo faz com que seja vedado ao legislador editar leis que venham a restringir as possibilidades até então existentes, sob pena de incorrer em inaceitável retrocesso. [...] Deve ser rechaçada qualquer tentativa de interpretação que se proponha a erguer muros com o objetivo de impedir que as partes possam trazer suas demandas àqueles que exercem a atividade jurisdicional [...]” (REICHEL, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo cpc. In: *Revista de Processo*, vol. 258/2016, p. 41 – 58, ago/2016).

²⁵⁷ “Se partirmos para uma interpretação meramente literal do art. 5º, inciso XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), poder-se-ia chegar a conclusão de que não cabe

inclusive emana do mesmo dispositivo constitucional da inafastabilidade da jurisdição, como corolário do devido processo legal. Por isso a Corte Máxima de Justiça vem se manifestando de forma diversa nos casos levados a sua apreciação, conforme a aquilatação do caso concreto a tais valores.

A conformação normativa deve ocorrer a fim de proteger outros interesses igualmente relevantes, sendo que a limitação imposta a pretexto de disciplinar o direito de ação, por exemplo, não pode nulificar o núcleo essencial da garantia de proteção judicial efetiva, motivo pelo qual se pode afirmar que a via administrativa de curso forçado não viola a Constituição²⁵⁸, quando observado condicionantes razoáveis ou quando ponderada diante das peculiaridades da situação específica posta em debate.

A esse respeito, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁵⁹ ensinam que os direitos fundamentais podem sofrer limitações por determinação legislativa infraconstitucional. É necessário, todavia, que esta restrição tenha justificação plausível. Em princípio, não parece inconstitucional o condicionamento, em certas hipóteses, da ida ao judiciário ao esgotamento administrativo da controvérsia. É abusiva a movimentação desnecessária da atividade jurisdicional, que deve ser havida como *última ratio* para a solução do conflito, salvo se o demandante demonstrar que, naquele caso, não pode aguardar a resolução administrativa da controvérsia, de modo a revelar indevida a restrição, devendo ser afastada, nesta hipótese, pelo órgão julgador.

O fato de o legislador constituinte ter excepcionando no texto constitucional apenas os conflitos atrelados à justiça desportiva não significa dizer que o legislador ordinário não poderá fazê-lo. Se ele próprio se sub-rogou ao legislado infraconstitucional, disciplinando matéria processual na Constituição que, em verdade, não é de sua alçada (artigo 22, I), nada

qualquer óbice ao direito de ação junto ao Poder Judiciário brasileiro. Não obstante, já é consagrada na doutrina a divisão entre normas constitucionais de eficácia plena, limitada e redutível. Desta doutrina decorre que *a redutibilidade da norma constitucional independe de cláusula expressa de redutibilidade*, o que se permite que até normas de eficácia plena possam ter a sua aplicabilidade condicionada a determinados fatores, de forma que qualquer direito constitucional, por não haver direito absoluto, pode ter sua aplicabilidade moderada” (SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Mandado de segurança e reclamação constitucional: necessidade de exaurimento da via administrativa, *Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado*, vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015, p. 36).

²⁵⁸ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a fazenda pública. *Revista de Processo*, vol. 252/2016, p. 319-338, Fev/2016.

²⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1, p. 179-180.

obsta que este assim proceda em face do interesse público, inserindo filtro de litigiosidade cujo próprio constituinte considerou legítimo.²⁶⁰

Aplica-se a mesma ideia das ações afirmativas, cujo propósito é reafirmar o princípio da isonomia em sua vertente material, e não propriamente excepcionar o princípio da isonomia em sua dimensão formal, o que aliás foi considerado constitucional pelo Pretório Excelso (ADI 3.330/DF²⁶¹). Nesse mesmo sentido, certas limitações ao princípio da inafastabilidade possuem o condão de tão somente reafirmar o acesso à ordem jurídica justa, e não excepcionar o acesso à justiça de índole formal. Ou, ainda que assim entenda, encontra-se guardada no próprio texto da Constituição, sob seu aspecto substancial.

Como assinalado no voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do RE 631240 mencionado no item 2.4 supra, quando a constituição estipula como direito fundamental a duração razoável dos processos, ela também quer que haja espaço para outros processos poderem ingressar em juízo, razão pela qual se legitima as restrições ao princípio em tela, logicamente, desde que razoáveis, no sentido de atenuar a franquia imoderada e a consequente utilização abusiva da via judicial.

“Na verdade, o conflito deve ser tratado com a técnica processual mais apropriada às suas peculiaridades – que inclusive podem determinar o recurso à jurisdição como *ultima ratio*”, como ensinam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.²⁶²

Os postulados do devido processo legal e do contraditório extraídos dos textos do artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, não devem significar que o juiz deve sempre resolver tudo. O que não pode fugir ao controle judicial é a ocorrência de lesão e a sua reparação ou a prevenção da ameaça à lesão. E na problemática ora tratada, a via judicial permanece aberta.²⁶³

²⁶⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a fazenda pública. *Revista de Processo*, vol. 252/2016, p. 319-338, Fev/2016.

²⁶¹ ADI 3330, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 21-03-2013 PUBLIC 22-03-2013 RTJ VOL-00224-01 PP-00207.

²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, v. 1, p. 178.

²⁶³ ALVIM, Arruda. A usucapião extrajudicial e o novo código de processo civil. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 79/2015, p. 15 – 31, Jul - Dez/2015.

A propósito, confira-se ainda a precisa lição de Rodolfo Camargo Mancuso²⁶⁴:

Por isso, no quadro de uma democracia *participativa e pluralista*, há de se entender que a jurisdição estatal deve se preservar para uma atuação *seletiva* e num segundo momento, a saber, para a eventualidade de o conflito não comportar resolução por outros modos auto ou heterocompositivos (ou quando estes se tenham esgotado), ou, ainda, para os casos que, por peculiaridades de matéria ou de pessoa, demandem *necessária passagem judiciária* (solução adjudicada estatal), mormente aqueles cuja complexidade da crise jurídica reclame cognição ampla e exauriente. Não se perscruta, nesse ideário, qualquer atrito – formal ou substancial; direto ou reflexo – com o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/1988; ao contrário, a oferta de resposta jurisdicional sob um registro seletivo, subsidiário ou residual, serve a *valorizar* a função judicial do Estado, preservando seu prestígio e credibilidade. Com isso se evita que essa relevante função estatal se banalize e se disperse na análise de ocorrências que poderiam e deveriam ser resolvidas de outros modos e/ou perante outras instâncias.

Nesse contexto, não há falar em inconstitucionalidade do procedimento de execução hipotecária extrajudicial, por exemplo. Primeiro porque da análise do decreto-lei que o rege não há exclusão da possibilidade de o devedor se insurgir em face do procedimento a qualquer momento perante o Poder Judiciário.

Segundo porque a própria execução de título extrajudicial também acolhe essa dualidade, na medida em que a reação do devedor, como regra, não ocorre nos autos da execução, mas em ação autônoma de embargos, distribuídos por dependência, autuada em separado da execução e sem efeito suspensivo compulsório (artigos 914 e 919 do Código de Processo Civil). Assim, o acesso do devedor à tutela jurisdicional não necessariamente deverá ser intraprocessual. Enfim, a eficácia do contraditório pode ser atingida tanto por intermédio de uma técnica de concentração quanto através de uma técnica de autonomia procedimental entre meios.²⁶⁵

Com efeito, é diferente a questão do esgotamento da via administrativa da obrigatoriedade de se utilizar dos órgãos extrajudiciais. Isso porque, aqui, para seu desfecho, sempre deve haver ausência de conflito, de modo que, não havendo litúgio, a questão necessariamente será solucionada, se observados os requisitos legais²⁶⁶. É como se fosse o próprio Poder Judiciário

²⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 226.

²⁶⁵ SILVA, Paula Costa e. A constitucionalidade da execução hipotecária do decreto-lei 70, de 21 de novembro de 1966. *Revista de Processo*, vol. 284/2018, p. 185-209, Out/2018.

²⁶⁶ O ato Notarial e Registral é vinculado, haja vista a compulsoriedade do serviço. Assim, observados os requisitos legais, o ato deve ser praticado, independentemente da aquiescência do titular do serviço.

atuando. Pode até se entender como uma espécie de delegação constitucional para a prática de atos de jurisdição voluntária, especialmente em algumas das “ações constitutivas necessárias”, nas quais a tutela de direitos se manifesta sob a forma de criação de situações jurídicas subjetivas por meio de prestação estatal.

Cabe registrar que com exceção de alguns poucos procedimentos, cuja demanda não necessariamente caracteriza jurisdição voluntária, a exemplo da execução hipotecária extrajudicial²⁶⁷, a grande maioria dos procedimentos extrajudiciais aqui discutidos tratam-se de demandas consensuais que, obviamente, minora o tensionamento em face do postulado da inafastabilidade da jurisdição. É dizer: “não havendo litígio, não há ato jurisdicional necessário, de tal modo que a atuação do Estado-Juiz não é imprescindível.”²⁶⁸

Não se olvida que são questões bem diversas impor a utilização da via administrativa a uma das partes que possui uma pretensão resistida e exigir que partes em consenso se utilizem da esfera extrajudicial, onde suas respectivas pretensões necessariamente serão resolvidas, desde que observados os requisitos legais, inclusive de forma mais célere e menos burocrática, em regra.

Se até em questões em tese litigiosas vem se admitindo a passagem administrativa forçada, como nas hipóteses de requerimento de benefício previdenciário e de exibição cautelar de documentos antes mencionadas, com muito mais razão pode ser admitido o condicionamento à esfera administrativa de procedimentos de jurisdição voluntária ou até mesmo de situações potencialmente litigiosas de feição administrativa que não tenham sido contestada, como no caso das execuções extrajudiciais, cujos casos, invariavelmente serão resolvidos, se atendidos

²⁶⁷ Embora possa haver conflituosidade, o procedimento pode ser travado pela via judicial. Não havendo, segue ele pelo extra. A propósito, confira-se entrevista concedida por Francisco José Barbosa Nobre: “Há uma tendência de associar a desjudicialização à jurisdição voluntária. Pessoalmente, eu discordo dessa visão. Há muitas atividades que não se encaixam no modelo de jurisdição voluntária e que são passíveis de desjudicialização. Veja-se, por exemplo, a execução da alienação fiduciária pelo procedimento de consolidação. Não se pode dizer que seja jurisdição voluntária um procedimento que avança sobre o patrimônio do devedor. E é, sem dúvida, um caso de sucesso da desjudicialização. Uma execução hipotecária podia levar anos até a expropriação ao passo que a consolidação da alienação fiduciária se opera em algumas semanas. O devedor, pode, é claro, judicializar a questão, mas isso só ocorre em pequena porcentagem dos casos” (Disponível em: <<http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/usucapiao-extrajudicial-francisco-nobre-responde-ao-irib>>. Acesso em: 28 jan. 2019).

²⁶⁸ BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p, 17.

os pressupostos legais.²⁶⁹ Então, se diferencia bastante de condicionar a uma instância administrativa comum, como na hipótese em que determinado cidadão pretende algo do Estado, que se contrapõe, e ele vai até a esfera administrativa deste pleitear seu pretensão direito que não necessariamente será tutelado.

Aqui, não está a retirar direito algum do cidadão, pois ele terá seu acesso ao direito garantido, na medida em que terá seu pleito devidamente atendido. Tampouco será retirado poder do Estado, haja vista tratar de exercício de função pública a atividade desempenhada pelas serventias extrajudiciais.

Contudo, deve ser ressaltado, logicamente, que havendo pleito de urgência para resguardar eventual direito futuro ou óbice para exercício do direito na esfera extrajudicial, seja de que forma for, deve ser dispensada a via extrajudicial para se admitir desde logo socorrer-se ao Poder Judiciário. Logo, deve haver uma cláusula aberta no sentido de que, demonstrado fundamentadamente a existência de impedimento à utilização da via administrativa, desde logo pode ser provocado o Órgão Judicial.²⁷⁰²⁷¹

Por exemplo, ausente algum requisito ao ato notarial, via de regra, ele não poderá ser praticado mesmo que impossível atendê-lo, contudo, pode ser dispensado judicialmente, haja vista a maior independência outorgada à função jurisdicional, ante o princípio do livre convencimento motivado.

Impende ressaltar que, mesmo na utilização forçada da via administrativa, a jurisdição não está sendo afastada. A qualquer momento do procedimento ela pode ser provocada assim

²⁶⁹ Muito embora não fale em condicionamento, esse parece ser o entendimento de Paulo Lôbo: “[...] Cresce a compreensão de que o acesso à justiça não se dá apenas perante o Poder Judiciário formal. Se assim é para os conflitos litigiosos, com maior razão se impõe quando as próprias partes estão de acordo em assuntos não contenciosos ou meramente administrativos, como se dá com o inventário consensual. A busca crescente na população brasileira pela modalidade simplificada de inventário e partilha demandou resposta ao legislador. Nessa matéria, deve-se deixar o Poder Judiciário para as questões controvertidas, quando as partes são capazes mas não se entendem, ou em razão da existência de incapazes, que são vulneráveis” (Lôbo, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 284).

²⁷⁰ Em vertente similar, cite-se José Luis Bolzan de Moraes: “o sistema judicial só seria acionado depois de tentados outros métodos de resolução, a não ser que a questão envolvida versasse sobre direitos não disponíveis pelas partes envolvidas, ou que não seja aconselhado o tratamento judicial meramente subsidiário, ou seja, quando a provocação da jurisdição seja absolutamente necessária” (MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 107).

²⁷¹ E ainda: “Caso se perceba que o *iter* administrativo tem mais entraves que o processo judicial, não há porque insistir em percorrer caminho mais gravoso” (PEREIRA, Jonas Patrezy Camargos. Ingresso em juízo e prévia postulação administrativa: releitura constitucional como meio de assegurar uma rápida solução de controvérsias. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 15, n. 30, Jul. -Dez. 2013).

como ao seu final e, caso tenha incidido em algum vício, seja procedimental ou de vontade, ele será reparado. Nesse passo, haveria apenas um deslocamento do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir, na remota possibilidade de ser necessário, à medida que qualquer uma das partes poderá buscar reparação judicial se entender que teve seu direito lesado.

O procedimento deve se adaptar para melhor satisfazer o direito material. Nesse caso o procedimento mais adequado é desjudicializar tais hipóteses, de forma a não apenas resguardar com maior perfeição o direito ali tutelado, como também permitir melhor adequação de outros procedimentos no Poder Judiciário, que serão melhores resguardados sem a presença de alguns que não precisavam ali estar, à medida que descongestiona, ao menos um pouco, o caminho judicial para as demandas cuja sua intervenção é invariavelmente imprescindível.²⁷²

Além de todos os benefícios propiciados aos órgãos da Justiça já citados neste trabalho, a desjudicialização das demandas por meio do sistema notarial e registral é mais adequado por proporcionar maior celeridade e efetividade, sem descuidar do devido processo legal, através de procedimento mais informal e menos burocrático do que o jurisdicional, com maior interlocução e fácil acesso entre todos os atores processuais, além de condução por sujeito imparcial, também dotado de fé-pública. Ou seja, têm-se presentes todos os predicados compreendidos no conceito de processo justo, de forma a legitimar sua utilização pela sociedade como forma de pacificar seus conflitos.

Tome-se como exemplo a usucapião extrajudicial em que o oficial de registro de imóveis é o profissional do direito que naturalmente tem as características necessárias para receber essa incumbência, na medida em que é o guardião da propriedade imobiliária e dos demais direitos reais (detém expertise na matéria imobiliária), além de ser portador de características

²⁷² Ao tratar do antídoto para combater a leitura irrealista e ufanista do direito de ação, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que a justiça estatal deve ser reservada aos casos que efetivamente demandam passagem judiciária, enumerando em seguida as hipóteses: “as pendências que, submetidas a outros meios, auto e heterocompositivos, se revelaram impossíveis; as ações ditas necessárias, cujos escopos só podem ser alcançados mediante solução adjudicada estatal (v.g., ação rescisória, ação de anulação de casamento, ações no controle de constitucionalidade); os pleitos que, em razão de peculiaridades de matéria ou de pessoa, reclamam exame técnico por juiz togado (v.g., anulação de sentença arbitral, homologação de sentença estrangeira; ações no controle direito de constitucionalidade); e, de modo geral, as lides cuja complexidade jurídica e/ou fática só possam ser dirimidas por meio de uma cognição ampla, no sentido da extensão, e exauriente, no sentido da profundidade” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 222).

funcionais como a fé pública, a independência e a imparcialidade, que permite dar solução segura e rápida ao deslinde da questão.²⁷³

O mesmo entendimento se aplica à demarcação de imóveis confrontantes por escritura em havendo consenso entre os interessados (Lei 6.015/1973 alterada pela Lei 10.931/2004 (artigo 213, parágrafo 9º e ratificada pela Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil (artigo 571), sendo o sistema notarial e registral a magistratura própria para tanto.

O protesto de sentença ou de outro título executivo. Por que não exigi-lo como requisito para a execução, a qual só seria iniciada caso não efetuado o adimplemento no tríduo legal (nesse caso, com a postergação do pagamento dos emolumentos, a ser pago pelo devedor)? Ora, poderia contribuir significativamente com a redução do número de execuções e, por outro lado, com o recebimento dos valores devidos de forma mais rápida pelo credor, tendo em vista que a negativação do nome do devedor advinda do protesto, muitas vezes, ao restringir o crédito, produz mais efeitos negativos sobre ele do que o simples trâmite da execução, o qual não gera a aludida negativação e, se o executado não possuir bens, torna-se ineficaz. Aguardar o prazo de 03 dias para poder ingressar judicialmente, em vista do grande benefício que a medida pode gerar, de forma alguma viola o acesso à justiça, já que plenamente razoável. E se for o caso de tutela de urgência na execução, que ele seja afastado, diante das peculiaridades do caso concreto.

Quanto a inventários, partilhas, separações e divórcios extrajudiciais (e agora, a partir do novo CPC, também a dissolução da união estável), os números falam por si. Em 10 (dez) anos de vigência da Lei 11.441/2007 foram retirados do Poder Judiciário 1,7 milhão de processos e gerado economia de aproximadamente 4 bilhões,²⁷⁴ o que revela inequivocamente ser a via extrajudicial a mais adequada.

²⁷³ BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17.

²⁷⁴ Foram realizados 1 milhão de inventários, 82.520 partilhas, 52.043 separações e 606.125 divórcios, segundo informações da Central Notarial de Serviços Compartilhados (CENSEC). Segundo estudo do Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça brasileiro (CPJus) em 2013, cada processo que entra no Judiciário custa em média R\$ 2.369,73 para o contribuinte. Com a delegação destas atribuições aos Tabelionatos de Notas, o Poder Público e, conseqüentemente, os contribuintes economizaram mais de R\$ 4 bilhões. (IBDFAM. *Corregedoria Nacional avalia 10 anos de Divórcios e debate mediação em Cartórios*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/ibdfam-na-midia/15525/Corregedoria+Nacional+avalia+10+anos+de+Div%C3%B3rcios+e+debate+media%C3%A7%C3%A3o+em+Cart%C3%B3rios>>. Acesso em: 11 fev. 2018).

A retificação administrativa tanto do nome no Registro Civil das Pessoas Naturais (artigo 110 da Lei nº 6.015/73, com as modificações realizadas pelas Leis 12.100/2009 e 13.484/2017), como de área no Registro de Imóveis (artigos 212 e 213 da Lei nº 6.015/73, com as alterações promovidas pela Lei 10.931/2004), nas hipóteses admitidas em lei, não há motivação minimamente razoável para se transferir ao Judiciário a conferência de ato meramente administrativo e que pode ser alcançado de forma muito mais célere diretamente no sistema notarial e registral (ao fim e ao cabo nele desaguaria) e sem qualquer prejuízo à parte interessada e a terceiros.

Da mesma forma procede em relação à possibilidade de reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetivos no Registro Civil (Provimento 63/2017 do CNJ) e à alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (Provimento nº 73/2018 do CNJ).

Pelos motivos expostos, esses exemplos são claras hipóteses que devem ser obrigatória a desjudicialização, com a utilização unicamente da via administrativa, perante as serventias extrajudiciais.

Por outro lado, a conciliação e a mediação (Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil (artigo 175); Lei 13.140/2015 – Lei de Mediação - artigo 42; Provimento 67/2018 do CNJ), a título de exemplo, não devem ter como única hipótese possível a via das serventias extrajudiciais. Isso porque não são atribuições exclusivas das serventias extrajudiciais, sendo atividade inerente a todos os agentes da sociedade civil organizada, cuja adequação do procedimento é observada em várias portas.

Mas poderia se perguntar as razões de não permitir que continue se adotando o modelo de livre escolha das partes, a prestigiar a autonomia privada, em todo e qualquer caso de desjudicialização. É que nesta seara também incide razões políticas, e não somente razões

²⁷⁵ Embora não trate da obrigatoriedade, afirma que o inventário judicial deve ser residual, em razão dos custos e tempo envolvidos: “além do inventário judicial, os jurisdicionados têm à sua disposição, com o mesmo objetivo, os seguintes procedimentos: inventário extrajudicial, arrolamento comum e arrolamento sumário. Estes, mais rápidos e mais baratos, devem ser prioridade, desde que preenchidos os respectivos requisitos” (BRITO, Anne Lacerda de. *Repensando o inventário judicial: do quadro legal à realidade*. 2018. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Vitória, 2018, p. 20.

eminentemente técnicas, haja vista o enquadramento da distribuição de justiça pelo Estado como um serviço público, que deve ser tratado como uma política pública, logo, bem finito, que deve ser racionalizado.²⁷⁶

Deve ser observada a existência de um forte elemento de opção política no condicionamento ora proposto. “Não por outra razão, fala-se em políticas de limitação de acesso à justiça, buscando evidenciar não se cuidar de escolhas estritamente técnicas, mas submetidas direta ou indiretamente a critérios valorativos e condicionados a limites jurídicos.”²⁷⁷

Ademais, “uma das atuais tendências do direito processual aponta no sentido da existência de uma relação de antecedência dos meios alternativos relativamente aos meios contenciosos”, e não de mera opção das partes.²⁷⁸

“Na verdade, a oferta e divulgação de outros meios não jurisdicionais de solucionar conflitos caracteriza-se como uma *opção estratégica*, um programa de administração de justiça e, portanto, uma vera *política pública* nesse setor.”²⁷⁹

Nesse sentido, dá-se mais evidência ao caráter prestacional do dispositivo constitucional em tela, no sentido de uma obrigação a ser efetivamente prestada pelo Estado, e não apenas a feição de vedação constitucional, de simples garantia passiva. Esta continua a ser um marco essencial da garantia ali veiculada, que não deve ser esvaziada, mas a feição prestacional melhor se contextualiza com o mundo pós-moderno e por isso deve ser potencializada, sob

²⁷⁶Entendendo impor limitações com fundamento em direito da coletividade: “[...] o processo contemporâneo não se pauta apenas pelas garantias individuais, devendo ser considerada a incapacidade do Judiciário por mais estrutura que possua – em suportar demandismo desenfreado, aliada ao interesse público de viabilizar a atividade judiciária. Em outras palavras, pode-se dizer que as garantias individuais de acesso à justiça devem ser interpretadas e ponderadas diante da garantia da coletividade de jurisdicionados a um processo célere e eficaz. Somente entendendo o processo como uma garantia coletiva é que se avançará em prol da sua real instrumentalidade no plano individual” (CERQUEIRA, Marcelo Malheiros apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353).

²⁷⁷ SALLES, Carlos Alberto. *Nos braços do leviatã: os caminhos da consensualidade e o judiciário brasileiro*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185771/mod_resource/content/1/SALLES-CANos%20bra%C3%A7os%20do%20Leviat%C3%A3.pdf>. Acesso em 28 de fev. 2019 (no prelo).

²⁷⁸ SILVA, Paula Costa e. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 779.

²⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 413.

pena de não possibilitar a correta leitura do preceito em atenção à sociedade contemporânea.²⁸⁰

Situações críticas como a ora vivenciada pelo Judiciário demandam igualmente medidas mais drásticas, sobretudo porque os paliativos só têm retroalimentado a demanda, por mais que a produtividade do referido Poder venha aumentando ano após ano. E essa intervenção mais enérgica se faz necessária justamente para tentar garantir o próprio justo acesso à ordem jurídica, na medida em que a tutela de direitos é resguardada sem qualquer prejuízo às partes nos casos desjudicializados obrigatoriamente, guardando caminho menos congestionado para as hipóteses de necessária intervenção judicial.

E tratando-se de política pública, entram em cena outros fatores, como a análise econômica do Direito que, logicamente, não pode suplantar a técnica, mas deve ser levada em consideração pelos operadores do Direito. A esse respeito, ao citar ensinamento de Steven Shavell, no voto proferido como vogal nas ADIs 2.139 e 2.160 mencionadas no início deste item, o Ministro Luiz Fux ponderou que “a litigância em juízo somente é socialmente desejável caso os seus custos sejam inferiores aos benefícios que a comunidade experimenta em termos de modificação de conduta pelos seus componentes.” Ressalvou ainda, fazendo referência à lição de Louis Kaplow: “[...] a decisão individual de ajuizar uma demanda pode gerar uma externalidade negativa: o litigante pode impactar negativamente a sociedade com as despesas da justiça e o seu congestionamento, proliferando ações frívolas.”

Ressalte-se que não havendo um verdadeiro conflito, como ocorre nas hipóteses aqui tratada, há razões também de interesse público, inclusive com repartições de eventuais riscos sociais, a justificar a via administrativa de curso forçado, como ensina João Pedroso²⁸¹:

[...] limitação do acesso aos tribunais judiciais poderá ser permitida para os “litígios de massa”, ou de “baixa intensidade” ou em que não há um verdadeiro conflito. Com fundamento no interesse público ou na repartição do ônus do risco social o Estado ou as empresas ou outras organizações devem assumir o custo/risco do seu direito naqueles litígios não ser tutelado

²⁸⁰ SALLES, Carlos Alberto. *Nos braços do leviatã: os caminhos da consensualidade e o judiciário brasileiro*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185771/mod_resource/content/1/SALLES-CANos%20bra%C3%A7os%20do%20Leviat%C3%A3.pdf>. Acesso em 28 de fev. 2019 (no prelo).

²⁸¹ PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra*, v. 171, p.1-43, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

judicialmente como contributo para que os tribunais judiciais sejam um serviço público de justiça de qualidade, cuja *ratio* seja, em primeiro lugar, a promoção e defesa dos direitos dos cidadãos.

Nada obstante, em assim não sendo, o desconhecimento, o medo do novo, costume diverso, acabam por afastar as pessoas, ainda que permitida a extrajudicialização, a qual, muitas vezes, só se torna viável caso obrigatória, quando então resta inserida na cultura de um povo.

A propósito, não pode deixar de se mencionar a necessidade de mudança de mentalidade, que não passou despercebido pelo Superior Tribunal de Justiça²⁸², mesmo antes da vigência do novo Código de Processo Civil, fazendo alusão ainda à jurisdição condicionada no Direito Comparado, ao assentar que:

[...] É necessário romper com a ideia de que todas as lides devem passar pela chancela do Poder Judiciário, ainda que solucionadas extrajudicialmente. Deve-se valorizar a eficácia dos documentos produzidos pelas partes, fortalecendo-se a negociação, sem que seja necessário, sempre e para tudo, uma chancela judicial.

7. A evolução geral do direito, num panorama mundial, caminha nesse sentido. Tanto que há, hoje, na Europa, hipóteses em que ações judiciais somente podem ser ajuizadas depois de já terem as partes submetido sua pretensão a uma Câmara Extrajudicial de Mediação, como corre, por exemplo, na Itália, a partir da promulgação do Decreto Legislativo nº 28/2010. [...].

Tratando-se de Direito alienígena, tal como se deu no caso da Itália citado no aresto, há uma forte tendência de que a efetivação dos direitos ocorra fora do âmbito do Poder Judiciário. No sistema europeu, a política de valorização da solução extrajudicial de conflitos teve grande impulso com a edição da Diretiva 52, de 21 de maio de 2008²⁸³²⁸⁴, pelo Parlamento Europeu, decorrente da recomendação fundamental lançada em 1998 (98/257/CE) e em 2001 (2001/310/CE), no sentido de compelir cada Estado-membro a refletir, inserir ou criar textos legais que contemplem tais métodos, o que propiciou alterações significativas nos ordenamentos jurídicos de vários países-membros.²⁸⁵

²⁸² REsp 1184151/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 09/02/2012.

²⁸³ DIRETTIVA 2008/52/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Disponível em: <<http://www.mondoadr.it/cms/?p=1466>>. Acesso em 07 mar. 2019.

²⁸⁴ Prevê, por exemplo, que o “processo civil perante os tribunais está se tornando um sistema de último recurso a ser perseguido, sendo utilizado somente quando as mais civilizadas e ‘proporcionais’ técnicas falharem ou nunca poderem ser aplicadas ao caso”.

²⁸⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez

No sistema inglês há os denominados “pre-action protocols”, que podem ser definidos como procedimentos extrajudiciais de composição autônoma de conflitos. Subsumindo-se o litígio a um protocolo em vigor, é permitido à parte ir diretamente ao tribunal, mas lhe será aplicada penas civis, sendo a mais frequente a imposição de elevadas custas e multas, podendo o julgador inclusive suspender o procedimento e remeter as partes ao âmbito extrajudicial, na tentativa de comporem.²⁸⁶

De seu turno, a lei alemã, por meio do § 15a EGZPO, introduzido pela lei de promoção da resolução extrajudicial de litígios, também adota procedimentos pré-contenciosos, sendo considerados pelo tribunal alemão como condições de admissibilidade da ação.²⁸⁷

Em Portugal, a Lei nº 23/2013 atribuiu aos notários a competência para processar os atos e termos do processo de inventário (artigo 3º, 1²⁸⁸), seja consensual ou não, cujo processamento se dá inteiramente em tabelionato do lugar da abertura da sucessão, cabendo a participação do Poder Judiciário tão somente quando suscitadas questões que por sua natureza e complexidade não devam ser decididas no processo de inventário, suspendendo-se este até que ocorra decisão definitiva (artigo 16º, 1²⁸⁹).

Ao tratar da execução extrajudicial hipotecária, Arruda Alvim²⁹⁰ destaca que na Espanha a “Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”, estabelece semelhante regime de execução ao do

2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10855&n_link=revista_artigos_leitura#_ftnref23>. Acesso em 15 nov. 2019.

²⁸⁶ SILVA, Paula Costa e. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 780.

²⁸⁷ SILVA, Paula Costa e. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 780.

²⁸⁸ Artigo 3º, 1 - Compete aos cartórios notariais sediados no município do lugar da abertura da sucessão efetuar o processamento dos atos e termos do processo de inventário e da habilitação de uma pessoa como sucessora por morte de outra.

²⁸⁹ Artigo 16, 1 - O notário determina a suspensão da tramitação do processo sempre que, na pendência do inventário, se suscitarem questões que, atenta a sua natureza ou a complexidade da matéria de facto e de direito, não devam ser decididas no processo de inventário, remetendo as partes para os meios judiciais comuns até que ocorra decisão definitiva, para o que identifica as questões controvertidas, justificando fundamentadamente a sua complexidade.

²⁹⁰ ALVIM, Arruda. A usucapião extrajudicial e o novo código de processo civil. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 79/2015, p. 15 – 31, Jul - Dez/2015.

Brasil, em seu art. 681²⁹¹. Já nos Estados Unidos da América, o sistema da execução das hipotecas também pode ser feito extrajudicialmente²⁹², tendo inclusive servido de inspiração ao regime previsto no Decreto-Lei nº 70/1966.

Ainda no sistema Norte Americano, a mediação é compulsória em alguns Estados (como ocorre na Califórnia e na Flórida, por exemplo). Na Argentina, desde outubro de 1995 foi estabelecida a obrigatoriedade da busca pela mediação previamente aos processos judiciais, o que foi mantido na Lei nº 26.589/10.²⁹³

Como se vê, em que pesem tratar de ordenamentos jurídicos diversos, não pode se desconectar do que vem ocorrendo no restante do mundo, mormente porque a crise da justiça também afeta o Brasil. Portanto, deve haver conscientização no sentido de que para cumprimento de seu papel constitucional, não deve o Poder Judiciário intervir, necessariamente, em todo e qualquer litígio.

Como dito, não há direitos absolutos. Nesse sentido, restrições razoáveis à inafastabilidade da jurisdição como algumas das aqui expostas dão lugar a um acesso à justiça qualitativo, ou ao menos a tentativa de sua obtenção, na medida em que se alcança o objetivo pretendido com maior celeridade e, por outro lado, permite deixar ao Judiciário somente aquilo que é extremamente necessário, auxiliando na tentativa de também promover um acesso à justiça substancialmente efetivo para estes casos.

Ante o exposto, considerando que o direito de acesso à ordem jurídica justa se concretiza por meio de instrumentos processuais e também administrativos que o Estado Democrático de Direito oferece ao exercício da cidadania a fim de que se possam realizar as exigências de um

²⁹¹ "La acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados o pignorados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo".

²⁹² Controlado inicial pelo "Department of Housing and Urban Development Act" de 1965. Atualmente têm aplicação também outros diplomas legais: Multifamily Mortgage Foreclosure Act, 12 U.S.C.A. §§ 3701-3717, de 1981; Single Family Mortgage Foreclosure Act, 12 U.S.C.A. §§ 3751-3758, de 1994.

²⁹³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10855&n_link=revista_artigos_leitura#_ftnref23>. Acesso em 15 nov. 2019.

Estado de justiça social, lastreado na dignidade da pessoa humana²⁹⁴, tem-se por condizente com o Estado de Direito Constitucional a visão ora engendrada nesta pesquisa.

4.2 COMPULSORIEDADE DA VIA ADMINISTRATIVA E INTERESSE PROCESSUAL

De início, repise-se que aqui a controvérsia passa ao largo da discussão sobre a impossibilidade de se exigir o prévio esgotamento das instâncias administrativas, porquanto, na verdade, atendidos os requisitos legais, a questão necessariamente será resolvida no âmbito extrajudicial, não havendo uma pretensão que possa vir a ser resistida e negada, para só então permitir o ingresso em juízo, como ocorre nas demandas que versam sobre direitos subjetivos e potestativos conflituosos. Assim, o problema a ser resolvido diz respeito tão somente à obrigatoriedade da via administrativa notarial e registral, onde a tutela de direitos já é regularmente alcançada.

Dito isso, o interesse de agir decorre de uma exigência de economia processual, evitando-se a instauração de processo desnecessário ou inútil. A ausência de interesse processual é falta de necessidade da tutela jurídica, porquanto, nas palavras de Pontes de Miranda, o Estado prometeu tutela jurídica somente aos que dela precisem, e não aos que dela não precisam. Essa verificação prévia é necessária como forma de se evitar gastos inúteis, congestionamento dos serviços judiciários e prejuízo a terceiros que seriam trazidos à relação processual.²⁹⁵

O desvirtuamento do conceito de direito fundamental de acesso à justiça pela via da ação e do processo de forma ilimitada acabou por gerar um dado cultural e aspecto do exercício da cidadania, como se todo e qualquer problema, por mais simples que fosse, somente pudesse ser tratado por intermédio da tutela jurisdicional. Ocorre que, “o direito de ação, a par de sua autonomia e abstração, não é incondicionado. Ao contrário, para o exercício do direito de ação é preciso que se tenham presentes determinadas condições.”²⁹⁶

²⁹⁴ SILVA, José Afonso da apud MELLO, Henrique Ferraz de. Usucapião extrajudicial: fundamentos constitucionais para a desjudicialização e o direito comparado. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 82/2017, p. 107 – 153, Jan-Jun/2017.

²⁹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Falta de interesse de agir - Cobrança sem o prévio requerimento - Seguro obrigatório DPVAT (Parecer). *Revista de Processo*, vol. 236/2014, p. 49 – 69, Out/2014.

²⁹⁶ CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 502.

Em outros termos, nos dizeres de Alexandre Freitas Câmara²⁹⁷, “haverá interesse-necessidade quando a realização do direito material afirmado pelo demandante não puder se dar independentemente do processo.” No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso²⁹⁸ aduz que o “interesse de agir pressupõe a necessidade e utilidade do acesso à Justiça, permitindo inferir que tal quesito não se pode ter por realmente atendido quando, através de outros meios, idôneos e adequados, a parte poderia ter prevenido ou composto o conflito.”

A garantia da inafastabilidade jurisdição pode sofrer limitações estabelecidas pelo processo, consoante já assentou o Supremo Tribunal Federal.²⁹⁹ Se assim o é e considerando que para ingressar em juízo, mesmo em demanda consensual, imprescindível se faz a presença do interesse de agir para que o mérito possa ser analisado, então, se a questão pode ser resolvida facilmente na esfera extrajudicial, como nos casos dos procedimentos consensuais realizados em cartório, não há interesse processual e, conseqüentemente, não há violação da aludida garantia, sobretudo porque mesmo na hipótese de haver a extinção do processo por ausência de quaisquer uma das condições da ação, invariavelmente terá havido o exercício da função jurisdicional e do respectivo direito constitucional de ação (direito abstrato e autônomo), embora sem a apreciação do mérito da demanda.

Aliás, o Pretório Excelso³⁰⁰ entendeu constitucional a via administrativa de curso forçado na hipótese de impetração de habeas data (artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 9507/97), que exige como condição da ação a recusa de informações, retificação ou anotação pela autoridade, sob pena de, inexistindo pretensão resistida, a parte ser julgada carecedora de ação, por ausência de interesse processual.

²⁹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 44.

²⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 359.

²⁹⁹ Segundo entendimento consolidado no âmbito da jurisprudência do STF, “as garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do que preceitua o direito processual (art. 5.º, XXXIV, a, e XXXV, da CF/1988).” (STF, AgRg 4.556, Plenário, j. 25.06.2009, rel. Min. Eros Grau, DJe 21.08.2009).

³⁰⁰ EMENTA: RECURSO DE HABEAS-DATA. CARÊNCIA DE AÇÃO: INTERESSE DE AGIR. 1. A lei nº 9.507, de 12.11.97, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas-data, acolheu os princípios gerais já proclamados por construção pretoriana. 2. É princípio axiomático do nosso direito que só pode postular em juízo quem tem interesse de agir (CPC, arts. 3º e 267, VI), traduzido pela exigência de que só se pode invocar a prestação da tutela jurisdicional diante de uma pretensão resistida, salvo as exceções expressamente previstas. 3. Recurso de habeas-data não provido. (RHD 24, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 28/11/1996, DJ 13-02-1998 PP-00031 EMENT VOL-01898-01 PP-00001)

A propósito, o Tribunal da Cidadania³⁰¹, em momento anterior à formação do precedente na Suprema Corte (RE 631240), ao reconhecer ausente o interesse processual na concessão de benefício previdenciário pela via judicial sem que tenha havido prévia provocação no âmbito administrativo, reafirmou que só pode ser considerado presente o interesse quando configurada a existência do binômio necessidade-utilidade da pretensão submetida à apreciação judicial, porquanto “a necessidade da prestação jurisdicional exige a demonstração de resistência por parte do devedor da obrigação, já que o Poder Judiciário é via destinada à resolução de conflitos.”

Nesse contexto, só há lesão ou ameaça a direito exigidos pelo texto constitucional aptos a permitir a análise do mérito da pretensão na via judicial caso a hipótese não puder ser resolvida na esfera extrajudicial seja por qual motivo for, sob pena de não configurados os requisitos exigidos pela própria Constituição, que nada mais são que limitações impostas ao acesso irrestrito ao Judiciário pelo constituinte originário. Logo, o interesse de agir é requisito natural da garantia de acesso à justiça, sem o qual não se tem qualquer lesão a direito e consequente pretensão à tutela jurídica.³⁰²³⁰³³⁰⁴

Com isso, harmoniza-se o conceito de ação, ao atender o princípio da inafastabilidade da jurisdição, com a problemática atual da efetividade, economicidade e celeridade do Judiciário, mediante análise das condições da ação, sem impedir que a parte formule judicialmente a sua pretensão.³⁰⁵

³⁰¹ REsp 1310042/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012.

³⁰² Nesse sentido, cite-se o voto do Ministro Teori Zavascki no RE 631240 ao tratar do interesse de agir: “consiste essa condição em demonstrar que a demanda judicial é providência necessária, útil e adequada à obtenção de provimento tendente a reparar a lesão ou a afastar a ameaça a direito. Portanto, antes de antagonizar-se com ela, o interesse de agir, na verdade, é requisito natural e próprio da garantia constitucional de acesso ao Judiciário. Realmente, se a ação judicial é assegurada e reservada para casos de “lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV), não seria apropriado aceitá-la em hipóteses em que, nem em tese, se verifica lesão ou ameaça dessa natureza.”

³⁰³ A propósito, cite-se ainda Leonardo Carneiro da Cunha: “não exercida a pretensão [na esfera extrajudicial], não há resistência, nem tampouco se caracteriza qualquer lesão. Não havendo resistência, não há necessidade da tutela jurisdicional. Sem necessidade, não há interesse de agir” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Falta de interesse de agir - Cobrança sem o prévio requerimento - Seguro obrigatório DPVAT (Parecer). *Revista de Processo*, vol. 236/2014, p. 49 – 69, Out/2014).

³⁰⁴ Por fim, Humberto Dalla Bernardina de Pinho: “Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito. [...] Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, acolhendo a ideia da adequação, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 774).

³⁰⁵ SALES, Paula Rodrigues Coimbra. O prévio requerimento administrativo nas lides previdenciárias como condição da ação e sua compatibilização com os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição,

“Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito.”³⁰⁶

Sobre a necessidade dessa releitura do interesse de agir, mais em consonância com a realidade da crise da justiça vivenciada e em atenção a uma interpretação sistemática e teleológica do ordenamento, sem descuidar da excepcionalidade das ações que demandam necessariamente a via judicial, cite-se uma vez mais o escólio de Rodolfo de Camargo Mancuso³⁰⁷:

Presente esse contexto, e numa exegese sistemática e teleológica dos textos, trazidos à realidade judiciária contemporânea, é justo que se promova um enriquecimento conceitual do interesse de agir, agregando-se-lhe a exigência do prévio esgotamento de outros meios auto e heterocompositivos, à exceção, naturalmente, dos casos e situações envolvendo crise jurídica especialmente complexa, ou cujas peculiaridades de matéria ou de pessoa reclamem necessária passagem judiciária da controvérsia, tais uma ação rescisória, uma ação no controle de direito de constitucionalidade, uma homologação de sentença estrangeira.

Registre-se, como evidencia Cesar Felipe Cury³⁰⁸, ainda na primeira metade do século passado, Carnelutti já persistia na institucionalização dos denominados “equivalentes do processo civil” e já lecionava que o Poder Judiciário deveria encontrar limites na função processual, mormente em relação às “lides ou negócios absolutamente irrelevantes para o Estado”, o qual pode ainda recusar a prestação jurisdicional quando “reconhecida a coexistência com o próprio ordenamento de outros ordenamentos jurídicos, considere que através de um deles possa conseguir-se a tal prestação com menor custo ou maior utilidade”.

Nesse sentido, após afirmar não haver nada de jurisdicional no ato que realiza inventário e partilha na via administrativa, Alexandre Freitas Câmara³⁰⁹ opina no sentido de que, diferentemente do que aparenta a interpretação literal da lei, não se trata de faculdade sua

repartição de poderes e eficiência. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, nº 34, p. 1-580, maio/jun. 2014, p. 385.

³⁰⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 774.

³⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 234.

³⁰⁸ CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 503.

³⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 3, p. 495-496.

realização de forma extrajudicial. Presentes os requisitos, não será possível se utilizar da tutela jurisdicional, uma vez que não se terá presente a necessidade de ir a juízo, elemento formador do interesse de agir. Assim, segundo conclui, “a instauração do processo judicial no caso em que cabível a realização extrajudicial do inventário e partilha deverá levar a uma sentença de extinção do processo sem resolução do mérito [...] por falta de interesse de agir.”

Em crítica à opção adotada pelo novo Código de Processo Civil em relação aos divórcios extrajudiciais, na mesma linha segue a doutrina de Marcos Catalan³¹⁰, segundo a qual também deve ser reconhecida a carência de ação, por falta de interesse processual, em casos deste jaez, vaticinando ao final que “com esta solução, certamente, a mais eficaz e condizente com os anseios mundiais por uma Justiça célere e efetiva, não restará violado o princípio da inafastabilidade da jurisdição.”

Ocorre que, no que toca aos inventários, partilhas, divórcios e separações extrajudiciais, por exemplo, a Resolução CNJ nº 35/2007, que regulamenta o procedimento junto às serventias extrajudiciais, em seu artigo 2º, expressamente dispôs sobre a facultatividade entre a via judicial ou extra, o que foi ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça³¹¹ e também pelo Código de Processo Civil de 2015, conforme se depreende da leitura dos textos dos artigos 610, parágrafo 1º, e 733.

Da mesma forma, após afirmar que a legislação federal pertinente não impõe obrigatoriedade e que o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição da República permite que as partes estabeleçam a via mais conveniente, o Tribunal da Cidadania³¹² já assentou que não há

³¹⁰ CATALAN, Marcos. Um ensaio inacabado acerca dos divórcios extrajudiciais e do equívoco que informa uma das opções dogmáticas identificadas na codificação processual tupiniquim recém-aprovada. In: *Desvendando o novo cpc*. RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (orgs.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 182.

³¹¹ SEC 8.581/EX, Rel. Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/09/2014, DJe 29/09/2014.

³¹² PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. OBRIGATORIEDADE DE FORMULAÇÃO EXCLUSIVAMENTE PELA VIA ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA. CONVERSÃO PELA VIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE.

O propósito recursal é reconhecer a existência de interesse de agir para a propositura de ação de conversão de união estável em casamento, considerando a possibilidade de tal procedimento ser efetuado extrajudicialmente.

Os arts. 1726, do CC e 8º, da Lei 9278/96 não impõem a obrigatoriedade de que se formule pedido de conversão de união estável em casamento exclusivamente pela via administrativa. A interpretação sistemática dos dispositivos à luz do art. 226 § 3º da Constituição Federal confere a possibilidade de que as partes elejam a via mais conveniente para o pedido de conversão de união estável em casamento.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1685937/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 22/08/2017)

obrigatoriedade de formulação exclusivamente pela via extrajudicial o pedido de conversão da união estável em casamento, admitindo-se haver interesse de agir na hipótese de propositura da respectiva ação diretamente em juízo.

A usucapião administrativa, mais recentemente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 1.071 do Código de Processo Civil de 2015, que inseriu o artigo 216-A na Lei nº 6.015/73), regulada pelo Provimento nº 65/2017 do CNJ, também facultou às partes a via a seguir.

Sem a ab-rogação ou a derrogação dos textos normativos que claramente facultam às partes a eleição da via a seguir, fica difícil sustentar eventual obrigatoriedade da utilização da extrajudicial, mesmo que se entenda ter havido mutação constitucional quanto à interpretação acerca da inafastabilidade da jurisdição, haja vista não deter tamanha dimensão. Da mesma forma, ainda que empregados novos contornos à exigência do interesse processual, não teria o condão de se sobrepor ao legislador, o qual, ao dispor sobre a alternatividade da via, optara por dispensá-lo caso as partes escolham seguir pela via judicial.

Contudo, nada impede que haja alteração legislativa no sentido de compelir às partes a utilização da via administrativa, sem que seja reputada inconstitucional, uma vez considerado todo o marco teórico aqui sustentado, de releitura da hermenêutica até então empregada não só quanto à exegese do direito à inafastabilidade da jurisdição como também em relação ao interesse de agir.

Com efeito, para assim sustentar e para que não haja fundamentação plausível para a parte ingressar diretamente em juízo, afastando a via administrativa, devem ser afastados alguns óbices atinentes à esfera extrajudicial que a levariam à jurisdicional.

A título de exemplo, consoante preconiza o artigo 189, inciso II, do Código de Processo Civil, os atos processuais que versem sobre divórcio, separação e união estável tramitam em segredo de justiça, ao passo que este sigilo não é resguardado quando realizados perante as serventias extrajudiciais (artigo 42 da Resolução CNJ nº 35/2007), porquanto a publicidade é inerente aos atos notariais, como forma de propiciar a segurança jurídica buscada pelo sistema notarial e registral. Assim, justificável a ida dos cônjuges a juízo ao argumento de que pretendem, por

exemplo, manter sigilo de seus bens (mesmo que esta informação seja pública, pois basta fazer pesquisa de bens nos cartórios de registro de imóveis).

Da mesma forma, o parágrafo do artigo 654 do Código de Processo Civil dispõe que “a existência de dívida para com a Fazenda Pública não impedirá o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido”, enquanto tal possibilidade não é admitida na via extrajudicial, onde “o recolhimento dos tributos incidentes deve anteceder a lavratura da escritura” (artigo 15 da Resolução CNJ nº 35/2007).

Quanto à questão da inexistência de coisa julgada no procedimento administrativo adotando como premissa a sua ocorrência no procedimento de jurisdição voluntária, conforme delineado no item 2.4, não se trata de verdadeiro empecilho. É que, por não haver conflito, com as partes assistidas por advogados na maior parte dos atos, não há maiores irrisignações e, em havendo, devem comprovar uma causa de nulidade ou anulabilidade, ficando ainda adstritas aos prazos decadenciais de dois ou quatro anos das ações anulatórias respectivas (nos casos de anulabilidade – artigos 178 e 179 do Código Civil), de modo a diminuir a importância da coisa julgada neste tocante e galgar o procedimento extrajudicial voluntário à mesma estatura.

Em outros termos, não será qualquer ato que será invalidado, o que resguarda certa segurança jurídica às partes, sendo esta, inclusive, um dos objetivos do sistema notarial e registral. Para ser invalidado, imprescindível a evidenciação de erro de forma ou violação ao devido processo legal substancial, tal como vício de vontade.

E se a coisa julgada material for o problema, embora prescindível (artigo 733, parágrafo 1º, do CPC), basta submeter o instrumento público produzido à homologação judicial, na forma do artigo 725, inciso VIII, do diploma processual.

Nesse contexto, necessário remover os óbices, isto é, propiciar à esfera extrajudicial as mesmas condições ofertadas no âmbito judicial para que se possa tornar compulsório o procedimento extrajudicial, sob pena de não ser tão eficaz, na medida em que bastaria simples argumentação da parte em júízo como nos exemplos acima para justificar o interesse de agir e respectivo acesso ao Poder Judiciário, com a fuga da via administrativa.

A seguir, enfrenta-se em item específico talvez o maior óbice ou o suposto maior impedimento para tornar a extrajudicialização obrigatória.

4.3 GRATUIDADES X EMOLUMENTOS

Não se olvida que há problemas e que é preciso aperfeiçoar os serviços prestados nas serventias extrajudiciais, o que vem sendo feito paulatinamente ao longo do tempo, mormente em razão das várias exigências realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, mediante a fiscalização das corregedorias locais.

Todavia, talvez o maior entrave quanto à compulsoriedade da via administrativa notarial e registral diz respeito ao obstáculo em franquear a gratuidade dos atos aos usuários realmente necessitados, haja vista que a prestação do serviço público é realizada mediante regime privado, necessitando ser equacionalizada a questão como forma de só assim permitir que possa ser imposta a via administrativa.

Isso porque, sem a alternativa da via judicial, a barreira econômica se constituiria em óbice intransponível ao acesso à justiça, indo de encontro não só à primeira onda do movimento renovatório proposto por Mauro Cappelletti e Bryant Garth³¹³, como também ao próprio direito fundamental do jurisdicionado ao benefício da justiça gratuita (compreendido na assistência jurídica integral e gratuita) previsto no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, o que, inevitavelmente, redundaria em fundamento por si só suficiente para ingresso no Poder Judiciário, a afastar a via extrajudicial, tal como disposto nos dois itens precedentes.

Para melhor situar o problema, faz-se um breve panorama sobre algumas peculiaridades dos emolumentos, que nada mais são do que a quantia paga aos notários e registradores pelos serviços por eles prestados.

De início, destaque-se seu assento constitucional, ao dispor o parágrafo 2º do artigo 236 da Constituição Federal que a “lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro,” o que foi levado a efeito pela Lei nº 10.169/00.

³¹³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Por sua vez, referido veículo normativo estabelece que cabe aos Estados e ao Distrito Federal fixar o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, cujo valor deve corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados, atendendo, dentre outros requisitos, às peculiaridades socioeconômicas de cada região onde o ato for praticado, como forma de manter o equilíbrio econômico-financeiro da delegação e ao mesmo tempo possibilitar o acesso ao serviço pela população.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³¹⁴ firmou orientação no sentido de que os emolumentos possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, pois, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa modalidade de tributo vinculado - princípios da reserva de competência impositiva, da legalidade, da isonomia e da anterioridade - no que concerne à sua instituição e majoração, bem como no que se refere à sua exigibilidade.

Nesse sentido, seja para a incidência, seja para a isenção, tais como gratuidades, necessário haver expressa previsão legal, sendo ainda que para esta última a exegese empreendida é restritiva.

De seu turno, o artigo 28 da Lei 8.935/94 assinala que os notários e oficiais de registro têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia, sendo o mais importante de seus direitos, consoante ensina Ricardo Henry Marques Dip³¹⁵. Essa integralidade se justifica pelo fato de que constituindo os emolumentos a remuneração dos delegatários, possuem verdadeiro caráter alimentar, a impedir que haja descontos indevidos nos emolumentos.

A razão de ser da norma extraída do texto normativo é simples. Tratando-se de atividade exercida de modo privado, por expressa disposição constitucional, os emolumentos devem ser suficientes para retribuir o delegatário, após deduzido o custeio da estrutura posta a bem do serviço público, cujas despesas não são poucas, incluindo, dentre outras, salários e encargos

³¹⁴ STF - ADI: 1378 ES, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 30/11/1995, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-05-1997 PP-23175 EMENT VOL-01871-02 PP-00225.

³¹⁵ DIP, Ricardo Henry Marques. *Direito administrativo registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88.

trabalhistas dos colaboradores, aluguel, máquina, equipamentos e mobiliários, sistemas de informática, material de consumo, Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (2 a 5%), Imposto de Renda (27,5%), lembrando ainda que parcela dos valores pagos pelos atos praticados nas serventias extrajudiciais são destinados a fundos diversos, que varia de Estado a Estado, sendo que no Estado do Espírito Santo, sem contar o Fundo de Apoio ao Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado do Espírito Santo (FARPEN), perfazem o somatório de 25% (10% ao Tribunal de Justiça, 5% ao Ministério Público Estadual, 5% à Defensoria Pública Estadual e 5% à Procuradoria do Estado).

Nesse contexto, qualquer alteração no ajuste inicial da delegação deve preservar o equilíbrio econômico-financeiro originário, readequando-se às novas circunstâncias objetivamente verificáveis, devendo a Administração indenizar o particular que nela confiou ou proceder os reajustes necessários quando eventuais alterações afetar esse equilíbrio, como forma de impedir que obtenha um benefício indevido ou acarrete a outrem um empobrecimento ilícito ou sem causa.³¹⁶

A manutenção desse equilíbrio é essencial para que não haja ruptura do sistema notarial e registral, com seu completo colapso. A propósito, no julgamento da ADIn 1800-DF, de Relatoria do Ministro Nelson Jobim, após fazer algumas considerações a respeito do tema, o Ministro Marco Aurélio Mello fez importante observação em seu voto, ao pontuar proficuamente que “[...] o Estado, pela simples circunstância de lançar mão da delegação, não pode, sob pena de desrespeitar-se o texto da própria Carta da República, chegar ao ponto de inviabilizar o serviço que esta delegação visa a alcançar.”

Como forma de atenuar as gratuidades previstas na Constituição (artigo 5º, LXXVI) e em legislação federal (Lei nº 9.534/97³¹⁷), a Lei nº 10.169/00, em seu artigo 8º, dispôs que os

³¹⁶ DROMI, Roberto apud DIP, Ricardo Henry Marques. *Direito administrativo registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

³¹⁷ Sob o forte apelo de exercitar a cidadania, o Pretório Excelso a reputou constitucional: EMENTA: CONSTITUCIONAL. ATIVIDADE NOTARIAL. NATUREZA. LEI 9.534/97. REGISTROS PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. GRATUIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO NÃO OBSERVADA. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. I - A atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público. II - Não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os "reconhecidamente pobres" do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva. III - Precedentes. IV - Ação julgada improcedente (ADI 1800, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI (ART.38,IV,b,DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2007, DJe-112

Estados e o Distrito Federal estabelecerão forma de compensação aos registradores civis das pessoas naturais pelos atos gratuitos, por eles praticados, não podendo gerar ônus para o Poder Público (parágrafo único), de modo que o ônus recaia sobre os titulares das outras especialidades ou sobre os demais usuários do serviço.

Ocorre que, o que em tese seria o ponto de equilíbrio do sistema, resolvendo o problema da sustentabilidade financeira da serventia, fazendo um contraponto às garantias do acesso à justiça e seus desdobramentos, não tem se viabilizado. Os fundos de ressarcimento criados pelos estados, em sua grande maioria, não se sustentam, como é o caso do FARPEN, criado pela Lei Estadual nº 6.670/01, do Estado do Espírito Santo, que além de ressarcir em valores reduzidos e ainda assim não ressarcir todos os atos gratuitos praticados pelas serventias capixabas, ainda enfrenta forte déficit capaz de levá-lo à falência.³¹⁸ Ademais, como se vê, só há previsão para ressarcimento dos atos gratuitos praticados pelos registradores civis das pessoas naturais, sem que nada seja destinado às demais especialidades pelas gratuidades a elas dirigidas.

Assim, se é certo que a gratuidade deve assegurar àquele que não dispõe de recursos financeiros suficientes o acesso à justiça em sua plenitude, não menos certo é que, sendo do Estado (em sentido amplo) a obrigado de prestar efetivamente a assistência jurídica integral e gratuita, compete aos Estados membros e ao Distrito Federal, no âmbito de suas respectivas competências, prever, também nesses casos, formas de compensação aos delegatários dos serviços notariais e de registro pelos atos por eles praticados gratuitamente.³¹⁹³²⁰

DIVULG 27-09-2007 PUBLIC 28-09-2007 DJ 28-09-2007 PP-00026 EMENT VOL-02291-01 PP-00113 RTJ VOL-00206-01 PP-00103).

³¹⁸ BITTENCOURT, Bruno Bittencourt. Gratuidade dos emolumentos e seus desdobramentos. In: *Revista de Direito Notarial e Registral do Espírito Santo*, ano III, nº 29, setembro/2017, p. 12.

³¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Extensão do benefício da justiça gratuita aos emolumentos devidos a notários e registradores. In: PAULINO, Roberto (coord.). *Direito notarial e registral* (Coleção repercussões do novo CPC, v. 11; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). Salvador: JusPodivm, 2016, p. 119.

³²⁰ Em sentido contrário: “Visando evitar perdas aos notários e registradores, o § 7.º [do artigo 98] prevê a possibilidade de os emolumentos cobertos pela gratuidade e serem custeados por recursos alocados no orçamento dos entes públicos (conforme art. 95, §§ 3.º a 5.º, do CPC/2015). Já é uma opção duvidosa. Os serviços notariais e de registro, embora exercidos em caráter privado, são delegados pelo poder público, motivo pelo qual seus titulares não podem esquivar-se de contrapartidas socialmente relevantes” (SOUSA, José Augusto Garcia de. Comentários. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 211).

A esse respeito, Ricardo Henry Marques Dip³²¹ faz percuciente análise ao afirmar que a gratuidade em tela deve ser custeada pelo Estado, tal como feito em relação ao benefício da gratuidade judiciária, haja vista que a determinação constitucional de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos abarca não só a esfera judicial, como também a extrajudicial, senão vejamos:

Na órbita limitada das gratuidades do serviço registral, a solução que parece mais cômoda para superar o conflito entre os interesses da justiça distributiva e os da justiça comutativa é a de reconhecer o correspondente custeio estatal, tal o que ocorre, p. ex., no Brasil, com o benefício da gratuidade judiciária. De resto, com efeito, é essa a norma que se extrai da dicção mesma da Constituição Federal de 1988, ao dispor que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. LXXIV); essa regra – atribuindo ao Estado o dever da prestação gratuita de assistência jurídica (e não apenas judiciária) – refere que essa assistência seja “integral”, equivale a dizer, abrangente não apenas da esfera judiciária, senão que também da órbita extrajudicial.

Mas esse custeio deve ser a todas as especialidades, e não só ao Registro Civil das Pessoas Naturais, como elencado na Lei 10.169/00. Além disso, deve ser efetivo, isto é, não só relativo a alguns atos gratuitos praticados ou com quotas e ainda em valor a menor, sob pena de inviabilizar a própria delegação, com o desmanche do equilíbrio econômico-financeiro.

E, como afirmado na lição acima descrita, sendo do Estado a reponsabilidade pelos atos gratuitos, no caso, pelo próprio delegante do serviço público, é ele que deve empreender meios de viabilizar a indenização destes atos. Nesse sentido, não se faz correto subsidiar a compensação por meio de fundos custeados pelos próprios notários e registradores, por tratar de “duas faces da mesma moeda” e criar certa desarmonia no sistema, com titulares de uma especialidade tendo que bancar a outra. Mesmo que repasse ao usuário o custeio do fundo há o encarecimento do serviço, com a fuga do registro imobiliário, por exemplo, agravando o já grave problema fundiário, com toda sua insegurança jurídica, e, por consequência, prejudicando o tráfego jurídico e econômico, pois os imóveis são importantes meio de autofinanciamento da sociedade, na medida em que ao oferecê-lo em garantia, permite não só o crédito, como também taxas mais baixas, que só são possíveis quando regularizados. Com esse crédito, tem-se por fomentado o aumento dos negócios em geral e, conseqüentemente, a economia e tudo mais que dela decorre.

³²¹ DIP, Ricardo Henry Marques. *Direito administrativo registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90.

Nada obsta, por exemplo, que o Poder Judiciário repasse parte do valor arrecadado com custas judiciais para fazer frente a tais despesas. Ora, desjudicializando obrigatoriamente determinados procedimentos, não mais suportará os ônus das gratuidades, podendo, perfeitamente, proceder o ressarcimento dos atos gratuitos na órbita extrajudicial, mormente por ser o órgão fiscalizador e por todos tribunais de justiça, em maior ou menor escala, arrecadar parte das quantias pagas pela prática dos atos nas serventias extrajudiciais.

Nada impede também que o próprio Poder Executivo custeie a gratuidade, até porque a responsabilidade em custeá-la é do Estado, em sentido amplo, tal como ocorre com a remuneração dos peritos e advogados dativos³²² nomeados em demandas cuja parte litiga sob o pálio da assistência judiciária gratuita, os quais não são obrigados a laborar de forma gratuita.³²³

A propósito, o parágrafo 7º do artigo 98 do Código de Processo Civil permitiu que se aplique à hipótese de extensão ao âmbito extrajudicial do benefício concedido judicialmente, para efetivação de decisão ou continuidade do processo (artigo 98, parágrafo 1º, inciso IX³²⁴), o disposto nos parágrafos 3º e 5º do artigo 95, que tratam do pagamento, pelo ente público, de perícia cujo custeio for de responsabilidade do beneficiário de gratuidade da justiça.³²⁵

³²² Citem-se como exemplos: (i) Resolução nº 440, de 30/5/05, do Presidente do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o pagamento de honorários de advogados dativos, peritos, tradutores e intérpretes, em casos de assistência judiciária gratuita e disciplina os procedimentos relativos ao cadastramento de advogados voluntários no âmbito da Justiça Federal de 1º grau e dos Juizados Especiais Federais (DOU 10.6.05, sec. 1, p. 366); e (ii) Resolução nº 06/2012 do TJES, que disciplina o procedimento administrativo para o pagamento de perícias médicas no âmbito do Poder Judiciário Estadual nos casos de assistência judiciária gratuita, hipótese em que poderá haver o pagamento prévio pelo Estado dos honorários periciais, consoante convênio firmado entre o Tribunal e o Estado do Espírito Santo (publicado no DJ 23/07/2012), e Ato Normativo 88/2012 do TJES.

³²³ Nessa linha, veja-se aresto do Superior Tribunal de Justiça: [...]. 2. As despesas pessoais e materiais necessárias para a realização da perícia estão protegidas pela isenção legal de que goza o beneficiário da gratuidade de justiça. Assim, como não se pode exigir do perito a realização do serviço gratuitamente, essa obrigação deve ser do sucumbente ou, no caso de ser o beneficiário, do Estado, a quem é conferida a obrigação de prestação de assistência judiciária aos necessitados. Precedentes desta Corte Superior: REsp. 1170971/MG, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJE 03.03.2010 e AgRg no REsp 1.274.518/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 07.03.2012 [...] (AgRg no AREsp 352.498/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013).

³²⁴ Esse dispositivo trata apenas da hipótese em que a assistência jurídica deferida no bojo de processo judicial deve ser estendida aos atos extrajudiciais, o que enseja discussão quanto à sua constitucionalidade, dada a vedação as denominadas isenções heterônomas, à medida que o artigo 151, inciso III, da CF veda à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

³²⁵ Em sentido semelhante, confira-se: “Não havendo qualquer mecanismo de compensação, pode ser aplicado à hipótese, no que couber, o disposto nos §§ 3º e 5º do art. 95 (art. 98, § 7º). Esses parágrafos do art. 95 cuidam do custeio, pelo ente público, da perícia realizada a pedido do beneficiário da gratuidade” (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Extensão do benefício da justiça gratuita aos emolumentos devidos a notários e registradores. In: PAULINO, Roberto (coord.). *Direito notarial e registral* (Coleção repercussões do novo CPC, v. 11; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). Salvador: JusPodivm, 2016, p. 119).

Assim, possível sua readequação normativa para contemplar o acesso à justiça de forma ampla, a contemplar também aqueles hipossuficientes financeiramente que buscam diretamente as serventias extrajudiciais para consecução de seus diversos direitos fundamentais. Ressalte-se: somente àqueles desprovidos de recursos financeiros para fazer frente às despesas (artigo 98 do Código de Processo Civil).

Como se nota, o poder delegante pode modificar a equação financeira ajustada com o delegatário e é até salutar que o faça para adequar à dimensão social do serviço prestado, mas deve observar seus pactos, de forma a garantir a segurança jurídica essencial ao Estado de Direito Constitucional àqueles que com ele contrata quanto à imunidade da rentabilidade ajustada. Caso contrário, torna-se inviável qualquer descentralização administrativa, haja vista a insegurança do particular, abandonado ao arbítrio do poder público, ao mesmo tempo tendo que atender a requisitos de qualidade da prestação do serviço, vultosos investimentos financeiros e constante atualização dos meios materiais, sobretudo os tecnológicos.³²⁶

A preservação do ajuste se faz importante, ademais, porquanto a gratuidade compromete a própria imparcialidade dos notários e registradores ao fazerem a análise de outros casos lhe submetidos, na medida em que, como ensina Leonardo do Brandelli³²⁷, para haver garantia de independência, de forma a que faça o notário, por exemplo, uma adequada qualificação jurídica do ato e que não seja subserviente a seus clientes, deve haver adequados estímulos, dentre eles, emolumentos que garantam boa remuneração como modo de compensar todas as qualificações jurídicas negativas que inevitavelmente deverá se feita em certas ocasiões.

Nesse contexto, considerando que o acesso à justiça compreende a tutela jurisdicional e a extrajudicial e que para tornar obrigatória a via administrativa no âmbito notarial e registrário a determinados procedimentos e ao mesmo tempo atender ao mandamento constitucional é imprescindível a concessão da gratuidade àqueles necessitados, sob pena de tornar inviável o próprio acesso à justiça que visa potencializar, deve o poder delegante, titular do serviço público, viabilizar meios de ressarcir os delegatários quanto às benesses concedidas, de modo a preservar, por outro lado, o equilíbrio econômico-financeiro da delegação ajustada.

³²⁶ DIP, Ricardo Henry Marques. *Direito administrativo registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86-89.

³²⁷ BRANDELLI, Leonardo. A função notarial na atualidade. *In: Revista de direito imobiliário*, v. 80, janeiro-junho 2016.

5 CONCLUSÃO

De plano, respondendo ao questionamento acerca do problema principal a ser resolvido na presente pesquisa, pode-se afirmar que é perfeitamente possível tornar obrigatória a via administrativa notarial e registral para a desjudicialização de determinados procedimentos judiciais em que não haja insurgência ou litígio entre as partes.

Constatou-se que é preciso fazer uma releitura da exegese empregada na análise do acesso à justiça, da inafastabilidade da jurisdição e do interesse processual como forma de tentar atenuar a crise do Poder Judiciário, cujas medidas até então implementadas não têm surtido o efeito desejado.

Esta releitura é necessária sob pena de se inviabilizar o próprio acesso buscado pelo constituinte, almejando-se por meio dela o alcance a um acesso à ordem jurídica justa, sendo inevitável a busca por outros meios de resolução de conflito fora do processo como forma de alcançar ou pelo menos auxiliar na tão almejada pacificação social.

Isso porque o efetivo acesso à justiça é aquele que leva à pacificação social por meio de uma tutela adequada de direito que resolva o conflito, seja ela judicial ou extra, abarcando todo um sistema de justiça que deve ser colocado à disposição dos indivíduos e que vai muito além do exercício da atividade jurisdicional (a tutela de direitos pode ocorrer com ou sem a intervenção do Estado-juiz).

Conforme pôde ser observado, muito embora os tribunais superiores prestigiem o acesso à justiça previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, não o tem, por consectário lógico, como regra absoluta, admitindo-se condicionantes razoáveis diante do caso concreto analisado, desde que não constituído óbice sério e intransponível ao exercício do referido direito.

De todo modo, é diferente a questão do esgotamento da via administrativa (jurisdição condicionada) da obrigatoriedade de se utilizar dos ofícios extrajudiciais. Isso porque, aqui, para seu desfecho, sempre deve haver ausência de insurgência ou conflito, de modo que, não havendo litígio, a questão necessariamente será solucionada, se observados os requisitos legais, inclusive de modo mais célere e menos burocrático. Nesse passo, obviamente, minora

o tensionamento em face do postulado da inafastabilidade da jurisdição, já que é como se fosse o próprio Poder Judiciário atuando. É dizer: “não havendo litígio, não há ato jurisdicional necessário, de tal modo que a atuação do Estado-Juiz não é imprescindível.”³²⁸

Com efeito, viu-se que os notários e registradores "são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e registral" (artigo 3º da Lei 8.935/94) por meio de rigorosos concursos públicos - o que vem contribuindo para o crescimento intelectual e legitimador da função perante a sociedade, ou seja, trata-se do próprio Estado ali presente por meio de agente delegado em descentralização constitucional de serviço público (artigo 236 da CF), com fé pública e imparcialidade, a assegurar a segurança jurídica necessária. Dentre outros motivos, por isso se tem fomentado esse caminho menos custoso como forma de tentar combater parte das mazelas do Poder Judiciário. Ressalte-se, tudo isso sob a fiscalização do próprio Poder Judiciário, nos termos do parágrafo 1º do artigo 236 da Constituição e do artigo 37 da Lei nº 8.935/94.

Nesse ponto, à medida que possui assento na Constituição (artigo 236), necessário frisar que os atos de delegação aos serviços notariais e registrais é inclusive constitucional, tanto que o processo ampliativo da evolução legislativa da desjudicialização ocorrida junto ao respectivo sistema, conforme demonstrado neste trabalho, intensificou-se significativamente a partir da Constituição de 1988 com a constitucionalização dos atos de delegação.

Logo, interessante notar a possibilidade de as serventias do foro extrajudicial poder auxiliar no desatar do nó de forma efetiva, cuja fé pública notarial e registral ainda é pouco explorada, em seus diversos campos – jurídico, político e sociológico. Através de instituição alheia aos quadros do órgão judiciário, a função notarial também desempenha atividade estatal, em que não se cerca de todos os atributos da jurisdição, mas cujos atos produzem os mesmos efeitos e que da mesma forma proporciona segurança jurídica e oponibilidade contra terceiros, de sorte a também garantir o acesso à justiça, conforme sua releitura empreendida nesta pesquisa.

Apesar disso, poderia ser perguntado as razões de não se permitir que continue adotando o modelo de livre escolha das partes, a prestigiar a autonomia privada. É que nesta seara também incide razões políticas, e não somente razões eminentemente técnicas, haja vista o

³²⁸ BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p, 17.

enquadramento da distribuição de justiça pelo Estado como um serviço público, que deve ser tratado como uma política pública, logo, bem finito, que deve ser racionalizado.

Situações críticas como a ora vivenciada pelo Judiciário demandam igualmente medidas mais drásticas, sobretudo porque os paliativos só têm retroalimentado a demanda, por mais que a produtividade do referido Poder venha aumentando ano após ano. E essa intervenção mais enérgica se faz necessária justamente para tentar garantir o próprio justo acesso à ordem jurídica, na medida em que a tutela de direitos é resguardada por via mais adequada e sem qualquer prejuízo às partes nos casos desjudicializados obrigatoriamente, guardando caminho menos congestionado para as hipóteses de necessária intervenção judicial.

Já em relação à releitura do interesse processual, como verificado, tem-se que a garantia da inafastabilidade jurisdição pode sofrer limitações estabelecidas pelo processo, consoante já assentou o Supremo Tribunal Federal. Se assim o é e considerando que para ingressar em juízo, mesmo em demanda consensual, imprescindível se faz a presença do interesse de agir para que o mérito possa ser analisado, então, se a questão pode ser resolvida facilmente na esfera extrajudicial, como nos casos dos procedimentos consensuais realizados em cartório, não há interesse processual e, conseqüentemente, não há violação da aludida garantia, sobretudo porque mesmo na hipótese de haver a extinção do processo por ausência de quaisquer uma das condições da ação, invariavelmente terá havido o exercício da função jurisdicional e do respectivo direito constitucional de ação (direito abstrato e autônomo), embora sem a apreciação do mérito da demanda.

Nesse contexto, só há lesão ou ameaça a direito exigidos pelo texto constitucional aptos a permitir a análise do mérito da pretensão na via judicial caso a hipótese não puder ser resolvida na esfera extrajudicial seja por qual motivo for, sob pena de não configurados os requisitos exigidos pela própria Constituição, que nada mais são que limitações impostas ao acesso irrestrito ao Judiciário pelo constituinte originário. Logo, o interesse de agir é requisito natural da garantia de acesso à justiça, sem o qual não se tem qualquer lesão a direito e conseqüente pretensão à tutela jurídica.

Contudo, deve ser ressalvado, logicamente, que havendo pleito de urgência para resguardar eventual direito futuro ou óbice para exercício do direito na esfera extrajudicial, seja de que forma for, deve ser dispensada a via extrajudicial para se admitir desde logo socorrer-se ao

Poder Judiciário. Assim, deve haver uma cláusula aberta no sentido de que, demonstrado fundamentadamente a existência de impedimento à utilização da via administrativa, desde logo pode ser provocado o Órgão Judicial.

Ressalve-se ainda que, mesmo na utilização forçada da via administrativa, a jurisdição não está sendo afastada. A qualquer momento do procedimento ela pode ser provocada assim como ao seu final e, caso tenha incidido em algum vício, seja procedimental ou de vontade, ele será reparado. Nesse passo, haveria apenas um deslocamento do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir, na remota possibilidade de ser necessário, à medida que qualquer uma das partes poderá buscar reparação judicial se entender que teve seu direito lesado.

Sob esse panorama, demonstrou-se ser necessário remover os óbices, isto é, propiciar à esfera extrajudicial as mesmas condições ofertadas no âmbito judicial para que se possa tornar compulsório o procedimento extrajudicial, sob pena de não ser tão eficaz, na medida em que bastaria simples argumentação da parte em juízo para justificar o interesse de agir e respectivo acesso ao Poder Judiciário, com a fuga da via administrativa.

Não se olvida que há problemas e que é preciso aperfeiçoar os serviços prestados nas serventias extrajudiciais, o que vem sendo feito paulatinamente ao longo do tempo, mormente em razão das várias exigências realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, mediante a fiscalização das corregedorias locais.

Todavia, talvez o maior entrave quanto à compulsoriedade da via administrativa notarial e registral diz respeito ao obstáculo em franquear a gratuidade dos atos aos usuários realmente necessitados, haja vista que a prestação do serviço público é realizada mediante regime privado, necessitando ser equacionada a questão como forma de só assim permitir que possa ser imposta a via administrativa.

Nesse contexto, considerando que o acesso à justiça compreende a tutela jurisdicional e a extrajudicial e que para tornar obrigatória a via administrativa no âmbito notarial e registral a determinados procedimentos e ao mesmo tempo atender ao mandamento constitucional é imprescindível a concessão da gratuidade àqueles necessitados, sob pena de tornar inviável o próprio acesso à justiça que visa potencializar, deve o poder delegante, titular do serviço

público, viabilizar meios de ressarcir os delegatários quanto às benesses concedidas, de modo a preservar, por outro lado, o equilíbrio econômico-financeiro da delegação ajustada.

De seu turno, a inexistência de coisa julgada no procedimento administrativo, adotando como premissa a sua ocorrência no procedimento de jurisdição voluntária, não se trata de verdadeiro empecilho. É que, por não haver conflito, com as partes assistidas por advogados na maior parte dos atos, não há maiores irresignações e, em havendo, devem comprovar uma causa de nulidade ou anulabilidade, ficando ainda adstritas aos prazos decadenciais de dois ou quatro anos das ações anulatórias respectivas (nos casos de anulabilidade – artigos 178 e 179 do Código Civil), de modo a diminuir a importância da coisa julgada neste tocante e galgar o procedimento extrajudicial voluntário à mesma estatura.

Portanto, afastados os verdadeiros óbices, plenamente possível a desjudicialização compulsória perante as serventias extrajudiciais, a garantir um efetivo acesso à ordem jurídica justa, e não meramente formal.

6 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JR. Roberto Paulino. *O usucapião extrajudicial no novo código de processo civil*. Disponível em: <http://anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25028:artigo-o-usucapiao-extrajudicial-no-novo-codigo-de-processo-civil-roberto-paulino-de-albuquerque-junior&catid=32&Itemid=181>. Acesso em: 12 jul. 2018.

ALMEIDA, Guilherme Assis de apud SIVIERO, Karime Silva Siviero. Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do novo código de processo civil e da lei da mediação. In: *cadernos do programa de pós-graduação em direito UFRGS*, Edição Digital, Porto Alegre, v. X, nº 3, 2015.

ALVIM, Arruda. A usucapião extrajudicial e o novo código de processo civil. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 79/2015, p. 15 – 31, Jul - Dez/2015.

AMADEI, Vicente de Abreu. Serviço de protesto de títulos deve ser extinto? In: DIP, Ricardo Henry Marques (org.). *Registros públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

ARENHART, Sérgio Cruz. Acesso à justiça: relatório brasileiro. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 6/2017, p. 15 – 36, jul – dez 2017.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 – [Coleção Saberes do Direito, 53].

BERNADINA, Alexandre Dalla; MIGUEL, Paula Castello. Oficina de elaboração de escritura pública de divórcio: uma abordagem da solução de conflitos pela via extrajudicial. In: MIGUEL, Paula Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). *Estratégias participativas no ensino jurídico: uma formação voltada pra os direitos humanos*. Curitiba: CRV, 2015.

BITTENCOURT, Bruno Bittencourt. Gratuidade dos emolumentos e seus desdobramentos. In: *Revista de Direito Notarial e Registral do Espírito Santo*, ano III, nº 29, setembro/2017.

BORTZ, Marco Antonio Greco. A desjudicialização – um fenômeno histórico e global, In: *Revista de Direito Notarial*, ano1, nº 1, São Paulo, Quartier Latin, jul-set 2009.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A função notarial na atualidade. In: *Revista de direito imobiliário*, v. 80, janeiro-junho 2016.

_____. *Atuação notarial em uma economia de mercado – a tutela do hipossuficiente*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8993-8992-1-PB.pdf>>. Acesso em 05 jul. 2018.

_____. *Usucapião administrativa: de acordo com o novo código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília, 2017.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 23 jun. 2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 fev. 2018.

BRITO, Anne Lacerda de. *Repensando o inventário judicial: do quadro legal à realidade*. 2018. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Vitória, 2018.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 3.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo. Acesso (e descesso) à justiça e assédio processual. In: *Revista jurídica da escolha superior de advocacia da OAB-PR*, ano 2, número 1, abril 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPOS, Adriana Pereira; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio de. A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, vol. 59, núm. 1, enero-marzo, 2016, pp. 271-298, Universidade do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. Os meios alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista Forense*, v. 326, Rio de Janeiro, 1994.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição: noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 9-22, jul./set. 1980. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33310>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

CATALAN, Marcos. Um ensaio inacabado acerca dos divórcios extrajudiciais e do equívoco que informa uma das opções dogmáticas identificadas na codificação processual tupiniquim recém-aprovada. In: *Desvendando o novo cpc*. RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (orgs.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CERQUEIRA, Társis Silva. Acesso à justiça. Novíssima reflexão. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 10, nº 982, 19 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima>>. Acesso em 26 fev. 2018.

CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. *O tratamento adequado de conflitos no processo civil brasileiro*. 2017. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Vitória, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CUNHA, Anna Cecília Guedes de Farias; CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. As ações de divisão e demarcação de terras particulares no código de processo civil de 2015 e as influências recíprocas entre o direito processual civil e o direito notarial e registral. In: PAULINO, Roberto (coord.). *Direito notarial e registral* (Coleção repercussões do novo CPC, v. 11; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). Salvador: JusPodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Falta de interesse de agir - Cobrança sem o prévio requerimento - Seguro obrigatório DPVAT (Parecer). *Revista de Processo*, vol. 236/2014, p. 49 – 69, Out/2014.

CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel; *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. vol. 1.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DIP, Ricardo Henry Marques. *Direito administrativo registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Querem matar as notas? Registros públicos e segurança jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

DROMI, Roberto apud DIP, Ricardo Henry Marques. *Direito administrativo registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral*. São Paulo: Forense, 2015.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a fazenda pública. *Revista de Processo*, vol. 252/2016, p. 319-338, Fev/2016.

GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I.

_____. O acesso ao direito e à justiça. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, v. 14, p. 16, jul. 2007.

_____. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo Código de Processo Civil. In: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio (Org.). *PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1*. Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2015. p. 51-78. (Sistema de Educação Continuada a Distância, v. 1).

_____. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

IBDFAM. *Corregedoria Nacional avalia 10 anos de Divórcios e debate mediação em Cartórios*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/ibdfam-na-midia/15525/Corregedoria+Nacional+avalia+10+anos+de+Div%C3%B3rcios+e+debate+media%C3%A7%C3%A3o+em+Cart%C3%B3rios>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

IETSWAART, I. apud PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra*, v. 171, p.1-43, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual. In: MAZZEI, Rodrigo (Org.). *Questões processuais do novo código civil*. São Paulo: Manole, 2006.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, n. 18, 1996. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>, acesso 02 mar. 2018.

KOLLET, Ricardo Guimarães. *A Jurisdição Notarial e os Direitos Subjetivos da Normalidade*. Disponível em: <http://www.portalibest.com.br/img_sis/download/bd64869585011025ec09b79c5778539f.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2018.

_____. *A jurisdição notarial e as escrituras públicas de partilha, separação e divórcio*. Porto Alegre: K & K Editora, 2017.

Lôbo, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A administração pública e a ordem jurídica privada (jurisdição voluntária)*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares S. A., 1961.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos – teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

_____. *Registros públicos – teoria e prática*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da constituição federal. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 926/2012, p. 135 – 175, Dez/2012.

_____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 2.

_____. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 1.

_____. *A reforma do poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979, item 222, v. I.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflito. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, nº 19, p. 61-73, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MURRAY, Peter L.; STÜNER, Rolf. *The civil law notary – natural lawyer for the situation*. A comparative study preventative justice in modern societies. München: Verlag C.H., 2010 apud CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NALINI, José Renato. Implicações éticas nas alternativas de resolução de conflito. In: *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o conselho nacional de justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. A mais inteligente estratégia do constituinte de 1988. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 85/2018, p. 285-300, Jul - Dez 2018.

NEGREIROS, Danilo. *Notários e registradores na condição de intérpretes da constituição: contribuições oferecidas para a promoção de direitos fundamentais*. 2015. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2015.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodvm, 2017.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NUNES, Dierle; THEODORO Jr., Humberto; *et al.* *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PAULIN, Milson Fernandes. Da fé pública notarial e registral. In: *Revista de direito imobiliário*, v. 72, p. 189-198, 2012.

PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra*, v. 171, p.1-43, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____; DIAS, João Paulo. As crises e as reformas da administração da justiça. *Janusonline*, Coimbra, p.2-6, 2004. Disponível em: <http://www.janusonline.pt/arquivo/2004/2004_3_4_1.html>. Acesso em: 28 jul. 2018.

PEREIRA, Caleb Salomão; SANTOS, Ricardo Goretti. A fuga do processo: reflexões sobre modalidades metaprocessuais de intervenção socioconstitucional. In: MIGUEL, Paula Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). *Estratégias participativas no ensino jurídico: uma formação voltada pra os direitos humanos*. Curitiba: CRV, 2015.

PEREIRA, Jonas Patrezy Camargos. Ingresso em juízo e prévia postulação administrativa: releitura constitucional como meio de assegurar uma rápida solução de controvérsias. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v. 15, n. 30, Jul. - Dez. 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

_____. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

_____; PAUMGARTTEN, Michele. O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?artigo_id=10855&n_link=revista_artigos_leitura#_ftnref23>. Acesso em 15 nov. 2019.

_____; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. In: *Revista de Processo*. vol. 254/2016, p. 17 – 44, Abr/2016.

RANGEL, Rafael Calmon; STANGHERLIN, Camila. O conflito e a mediação nas relações de direito de família: uma nova perspectiva sob o viés da alteridade e do novo código de processo civil In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

REICHEL, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo cpc. In: *Revista de Processo*, vol. 258/2016, p. 41 – 58, Ago/2016.

RIBEIRO, Luis Paulo Aliende apud KÜMPEL, Vitor Frederico. *Evolução história da atividade notarial no brasil*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI178865,61044Evolucao+historica+da+atividade+notarial+no+Brasil>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Diálogos para a "desjudicialização". 2014. Disponível em:<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NDQ1OAA==>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). In: *Revista de Processo*, v. 244, p. 87-164, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. São Paulo: Atlas, 2014.

SALES, Paula Rodrigues Coimbra. O prévio requerimento administrativo nas lides previdenciárias como condição da ação e sua compatibilização com os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, repartição de poderes e eficiência. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, nº 34, p. 1-580, maio/jun. 2014.

SALLES, Carlos Alberto. *Nos braços do leviatã: os caminhos da consensualidade e o judiciário brasileiro*. Disponível em:<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185771/mod_resource/content/1/SALLES-CA-Nos%20bra%C3%A7os%20do%20Leviat%C3%A3.pdf>. Acesso em 28 de fev. 2019 (no prelo).

SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. Acesso à Justiça e meios alternativos de resolução de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. X.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Mandado de segurança e reclamação constitucional: necessidade de exaurimento da via administrativa, *Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado*, vol. 2 – nº 2 – Jul./Dez. de 2015.

SCHERER, Tiago. Função jurisdicional e atividade registral: da independência à mútua colaboração. In: *Revista de direito imobiliário*, v. 72, p. 379-420, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Tomada de decisão apoiada: o que é e qual sua utilidade?*. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

SILVA, Paula Costa e. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (orgs.). *Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. A constitucionalidade da execução hipotecária do decreto-lei 70, de 21 de novembro de 1966. *Revista de Processo*, vol. 284/2018, p. 185-209, Out/2018.

SILVEIRA, João José Custódio da. Desafio à nova ordem de soluções diferenciadas para acesso à justiça. In: AMORIM, José Roberto Neves; _____. In: *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o conselho nacional de justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUSA, José Augusto Garcia de. Comentários. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marimon. A crise da jurisdição e a necessidade de superação da cultura jurídica atual: uma análise necessária. In: _____. In: Brandão, Paulo de Tardo (orgs.). *Os (des)caminhos da jurisdição*. Florianópolis: Conceito, 2009.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de Processo*, vol. 152. São Paulo: RT, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses – utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: AMORIM, José Roberto Neves; SILVEIRA, João José Custódio da. In: *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o conselho nacional de justiça*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ZANETI Jr., Hermes. *Material de aula do Programa de Pós-Graduação (mestrado) em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, na disciplina “A Constitucionalização do Processo”*, cursada no semestre letivo 2017/02.

_____. *O novo processo civil brasileiro e a constituição*. O modelo constitucional da justiça brasileira e o código de processo civil de 2015. 3. ed., p. 8-9 (versão de trabalho).