

Honram-nos Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo – **SINOREG-SP**, Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo – **ANOREG-SP**, Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo – **CNB-SP**, Associação dos Registradores das Pessoas Naturais do Estado de São Paulo – **ARPEN-SP** e Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil – Seção São Paulo – **IEPTB-SP** com a seguinte consulta.

A Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, por meio de Provimento CG n° 17/2013, autorizou e implementou serviços de mediação e conciliação nas Serventias Extrajudiciais do Estado. Os propósitos e princípios observados pelo Provimento estão fixados na Resolução n° 125 do Colendo Conselho Nacional de Justiça.

A Ordem dos Advogados do Brasil apresentou Pedido de Providência junto ao Conselho Nacional de Justiça para o afastamento do Provimento n° 17/2013, sob o argumento de que:

- (i) a CGJ extrapolou suas funções e legislou sobre a matéria;
- (ii) sobrepondo-se ao legislador federal, permitiu aos Cartórios Extrajudiciais realizar mediação e conciliação, inclusive sem a presença obrigatória de advogados;
- (iii) o CNJ não delegou essas funções aos Cartórios Extrajudiciais.

No âmbito do CNJ, inicialmente, a liminar requerida no **Pedido de Providências** foi indeferida por não preencher os requisitos autorizadores da medida de urgência, por decisão do **Conselheiro Jorge Hélio Chaves de Oliveira**, em 17 de junho de 2013. Aproximadamente dois meses depois, por decisão da lavra da **Conselheira Gisela Gondin Ramos**, de 26 de agosto de 2013, o pedido cautelar foi deferido.

Paralelamente, a OAB-SP protocolou requerimento junto ao Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, alegando que o Provimento n° 17/2013 violaria o Regimento Interno do Tribunal, por conter regras de registros públicos, processo e procedimento, o que não seria da competência do Corregedor. Pede a intervenção do Órgão Especial, que concentra “os poderes maiores da Justiça de São Paulo” e teria competência para avaliar e determinar o cumprimento do Regimento Interno. O artigo 28 do Regimento do TJSP atribui ao Corregedor Geral da Justiça apenas as funções de fiscalizar, orientar, disciplinar e aprimorar as atividades notariais e de registro. Porém, o Corregedor teria criado, por Provimento, novo serviço, novas atribuições e novas competências aos Cartórios Extrajudiciais.

É o resumo dos fatos e argumentos.

Perguntam os Consulentes:

1. Qual a natureza e o regime jurídico das atividades de mediação e conciliação?
2. A função de mediador é compatível com as atividades notarial e registral?
3. O Provimento nº 17 da CGJ cria serviço ou atribuição nova para Notários e Registradores?
4. O Provimento nº 17 legisla sobre “registros públicos” e “processo”?

Respondo aos quesitos com este PARECER.

I – MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Mediação e conciliação são dois métodos destinados à eliminação dos litígios por autocomposição. São meios alternativos ao processo estatal de garantia de acesso à justiça. Apesar das diferenças jurídicas entre o processo estatal e os meios alternativos de resolução de conflitos – para os efeitos deste parecer, processo, de um lado, mediação e conciliação, de outro – ambos são equivalentes funcionais. Perseguem o mesmo objetivo: possibilitar o acesso à ordem jurídica justa e à pacificação social.

O sentido das expressões conciliação e mediação é variado. Costuma-se dizer que a conciliação pressupõe a inexistência de vínculo anterior entre as partes, enquanto a mediação compreende a existência desses vínculos. Esse nominalismo é secundário. Relevante é saber que conciliador e mediador não podem constranger ou intimidar as partes. Devem sugerir composições, facilitar acordos, auxiliar os interessados a compreender os conflitos e, com isso, viabilizar a **solução** e **prevenção consensual** de litígios.

Acordo ou cláusula contratual que estabeleçam conciliação ou mediação prévias – meios alternativos que repudiam soluções coercitivas e só admitem soluções consensuais – são de inquestionável constitucionalidade. Vale insistir nesse aspecto central: o resultado da conciliação ou da mediação dependerá exclusivamente da vontade e do consenso entre as partes. O acordo sempre será facultativo. Assim, conciliação e mediação são vias alternativas, inclusive de caráter pré-processual, já criadas, estabelecidas e perfeitamente admissíveis pelo sistema jurídico nacional.

Errôneo imaginar que a Resolução n° 125 do CNJ tenha instituído a conciliação e a mediação entre nós. Nada impedia, antes dessa Resolução, solução e prevenção de litígios – sempre **consensual e facultativa** –, por **livre e espontânea vontade de partes capazes** e tendo por objeto, obviamente, “direitos patrimoniais disponíveis”, ou seja, **direitos que possam ser exercidos livremente pelos titulares**. A Resolução n° 125 do CNJ apenas impulsionou, em corajoso e decisivo passo, a utilização desses meios alternativos de autocomposição de conflitos, de origem milenar. Conciliação e mediação são tão antigas quanto os conflitos que previnem ou solucionam.

O Conselho Nacional de Justiça preocupou-se, com a Resolução n° 125, especialmente com o tratamento de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Porém, deixou bastante claro, nos “Considerando” e nos vários artigos da Resolução n° 125, (i) que o direito de acesso à ordem jurídica justa vai muito além da vertente formal perante os órgãos judiciários, (ii) que mecanismos de solução consensual de conflitos foram objeto de programas implementados muito antes da Resolução, (iii) que seu objetivo era apenas organizar – e não criar! – mecanismos de solução consensual de conflitos e (iv) que o programa do CNJ pode contar com a parceria de entidades públicas e privadas. Dito de outro modo: a Resolução n° 125 reconheceu – e nem poderia ser de outra forma – que, paralelamente às técnicas públicas de mediação e conciliação (relacionadas aos processos judiciais e à Justiça tradicional), as fórmulas mistas ou mesmo privadas, isto é, realizadas fora do sistema judicial, até em escritórios privados, são perfeitamente admissíveis¹. O que dizer, então, da conciliação e da mediação promovidas por Serventias Extrajudiciais que gozam de fé pública? Estariam maculadas por qual pecado? Serviriam aos interesses de qual corporação? Atenderiam aos anseios de quais mercados?

Para que se encerre este tópico e se passe imediatamente ao exame da mediação e da conciliação notariais, há que se fixar aspectos absolutamente cruciais para o correto enquadramento jurídico da matéria. Mediação e conciliação pressupõem, como qualquer outro negócio jurídico válido, além de agente capaz e objeto lícito:

- (a) Facultatividade da sua adoção e da aceitação do resultado;
- (b) Manifestação livre e espontânea de vontade;
- (c) Consenso entre as partes;
- (d) Direitos patrimoniais de livre disposição.

Mediação e conciliação desembocam em declarações consensuais de vontade. A natureza jurídica dessas duas formas alternativas de resolução de conflitos é a de negócio jurídico que implica prestação de um **consentimento das partes**, facilitado pela intervenção do mediador ou do conciliador. Sem o consentimento dos “outorgantes” o

¹ Cf. Caetano Lagrasta Neto. *Mediação, Conciliação e suas Aplicações pelo Tribunal de Justiça de São Paulo*, in Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto organizadores, *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo, Atlas, 2008, p. 12.

papel do mediador é nulo. O fato final – contrato, escritura ou termo de mediação – ganha unidade e definição pelo **consentimento** das partes. O consenso emprestado à mediação gravita em torno de um direito substantivo disponível. Ganha exteriorização e expressão no mundo jurídico por meio de uma **forma**. Mediação e conciliação estão, desse modo, vinculadas a dois elementos nucleares: o **consenso** e a sua **forma** de expressão. Ambos gozam de ampla **liberdade**. Só é válido o consenso querido **livremente** pelas partes (liberdade de consentimento). Essa liberdade acompanha a forma: toda e qualquer forma reconhecida e admitida de negócio jurídico pode ser a forma da mediação e da conciliação (liberdade das formas).

O direito é instrumento de garantia de liberdades. Como dizia Isaiah Berlin em memorável ensaio²: “cada coisa é o que é: liberdade é liberdade, e não igualdade, ...”. Nem se diga que o dirigismo e o intervencionismo do direito moderno tornaram obsoleta ou ultrapassada essa visão da ordem jurídica. Se o direito não for também mecanismo de tutela das liberdades individuais e coletivas, para que, então, servirão direitos fundamentais e toda a evolução do constitucionalismo democrático e social? Mediar e conciliar não são meros clichês de salvação desesperada de uma Justiça falida. São muito mais. Visam o escopo social de pacificação e o objetivo político de participação na construção do direito. Pressupõem o espaço de liberdade que apenas o direito garante ao cidadão: liberdade para a discussão e aceitação do acordo; liberdade para a formação e manifestação da vontade; liberdade para o atingimento do consenso; liberdade para a disposição sobre direitos; liberdade para a eleição da forma.

Mediação e conciliação não são, evidentemente, os únicos nem os mais importantes instrumentos de garantia e manifestação da liberdade. Concorrem, cooperam e convivem com muitos outros. Porém, não podem ser sacrificados nem esvaziados no altar de interesses menores, corporativos e de reserva de mercado de trabalho de qualquer setor profissional. Impingir fórmulas obrigatórias – seja o instrumento público; seja a imposição da decisão; seja a presença compulsória do advogado – significa subtrair da mediação e da conciliação o que elas têm de mais preciosos: a facultatividade do exercício das liberdades.

O acesso à ordem jurídica justa vai além do Judiciário – como afirma o próprio Conselho Nacional de Justiça. Mas a pacificação social e a participação do indivíduo na afirmação dos seus direitos também vão muito além do exercício privado da Advocacia. Por mais importantes, centrais e indispensáveis que sejam à Administração da Justiça – e, por certo, o são – os monopólios da Jurisdição e da representação judicial de interesses não se confundem nem podem limitar as amplas possibilidades de acesso à ordem jurídica justa. Os juízes já se deram conta dessa realidade insofismável; os advogados, ainda não.

² Ver Isaiah Berlin, Quatro Ensaios sobre a Liberdade, Brasília, UnB, 1981, p. 138.

II – FUNÇÃO NOTARIAL E MEDIAÇÃO

A Lei dos Notários e Registradores – Lei n° 8.935/94 – dispõe:

Art. 6°. Aos notários compete:

- I – formalizar juridicamente a vontade das partes;
- II – intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;
- III – autenticar fatos. (grifos nossos)

Salta aos olhos que nesse elenco de competências não há nada exposto sobre mediação e conciliação. “In claris cessat interpretatio”, afirma vetusto brocardo! Logo, como no direito brasileiro competência decorre, sempre e necessariamente, de lei, o Provimento n° 17/2013 da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo estaria extrapolando os limites das atribuições que lhe conferem o artigo 28, especialmente incisos XVIII, XIX, XXXI e XXXIII do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo? O Corregedor teria ido além da definição das “normas técnicas” que lhe compete estabelecer (artigo 30, inciso XIV, da Lei n° 8.935/94) e “legislado” sobre “registros públicos” e “processo”?

O primeiro passo para resposta a essas perguntas pressupõe o entendimento da função que a Lei atribui ao notário. Feito isso, o passo sucessivo é saber em que medida as atividades de mediação e conciliação são compatíveis com o papel do notariado e, de forma mais ampla, com as Serventias Extrajudiciais.

O notariado brasileiro filia-se à tradição do “Notariado Latino”. As origens romanas de suas práticas chegaram ao presente em razão da eficiência econômica e jurídica do modelo. Vários dos mais expressivos países do mundo – dentre eles Alemanha, França, Itália, Japão, Canadá, Espanha, Argentina, México, Brasil e mais de 80 outras nações – adotam sistema notarial bastante similar ao nacional. Em que consiste o “Notariado Latino”? Basicamente, em técnica de tutela “ex ante”, ou seja, pré-processual ou anti-processual de documentação, certificação, arquivamento e, de modo especial, atribuição de fé pública ao instrumento que brote da vontade das partes. Procura-se, dessa maneira, evitar a formação de conflitos, processos ou litígios decorrentes do cumprimento, registro e execução dos contratos e declarações de vontade lavradas em escrituras públicas.

Nos últimos anos, em razão da globalização econômica e, mais recentemente, da crise do “subprime”, é dizer, da falência do sistema hipotecário norte-americano, vozes como a de Robert Shiller, um dos mais importantes economistas

americanos contemporâneos, chamaram a atenção para a ausência, na tradição jurídica da “Common Law”, de instituição típica da “Civil Law” – exatamente o Notariado Latino – que poderia, na visão desses especialistas, ter chamado a atenção, regulado ou mitigado os efeitos de um mercado hipotecário e imobiliário desregulado e desacompanhado das ferramentas de garantia e segurança jurídica próprias dos sistemas notarial e registral latinos. Longe de ser “velharia inútil” e “ineficiente burocracia”, o que a mais moderna literatura jurídico-econômica discute sobre o “Notariado Latino” aponta exatamente na direção inversa: destaca sua relevância para a segurança jurídica e a eficiência econômica³.

Dentre as poucas vantagens ou lições extraídas das persistentes crises globais de 2008 e 2011 está o resgate do debate sobre a relevância da regulação jurídica da vida econômica. Passada a euforia neoliberal e o entusiasmo com o livre funcionamento dos mercados – que, em boa parte, desembocaram nessas crises, mas também condensam o sentido do ambiente jurídico para o sistema econômico – começaram a aflorar estudos que se questionam se, particularmente para o “Common Law”, não seria o caso de se prestar mais atenção, com relação ao mercado imobiliário e ao sistema hipotecário, no notariado latino. Robert J. Shiller, professor de Economia de Yale e autor de obras como “Espírito Animal” (com George Akerlof) e “Exuberância Irracional”, registrou, na obra “Solução para o Subprime”, o seguinte:

³ Robert J. Shiller, *The Subprime Solution. How today's global financial crisis happened and what to do about it*, Princeton, Princeton University Press, 2008. Ver, ainda, Juan Berchman Vallet de Goytisolo, *La seguridad jurídica en los negocios dispositivos de bienes inmuebles*, in *Revista de Derecho Notarial*, n. CVIII, 1980; Antonio Rodríguez Adrados, *Jurisdicción civil y notario*, in *Revista de Derecho Notarial*, n. 51, 2004; Juan Berchman Vallet de Goytisolo, *La función notarial de tipo latino*, in *Revista de Derecho Notarial*, n. C, 1978; Cándido Paz-Ares, *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, Colegios Notariales de España, 1995; José Luiz Mezquita Del Cacho, *Introducción al notariado y al sistema notarial español (la función notarial y el instrumento, en el contexto de la seguridad jurídica privada)*, Barcelona, Seminario Notarial y Registral de Cataluña, 1983; Vittorio Olgiati, *Autoregolazione e sviluppo delle professioni giuridiche*, Milão, Giuffrè, 1991; Vittorio Olgiati, *Saggi sull'avvocatura. L'avvocato italiano tra diritto, potere e società*, Milão, Giuffrè, 1990; Patrizia Ioppa e Vittorio Olgiati, *Le scuole di notariato: un modello di educazione giuridica e di formazioni professionale*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 2, 1992; Patrizia Ioppa e Vittorio Olgiati, *Le credenziali professionali del notariato italiano*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 1992; Marie-Anne Frison-Roche, *L'“utilità” economica del notariato nella logica de mercato*, in *Notariato*, n. 3, 2011; Antonio Nicita, *Il notaio e l'ordine istituzionale del mercato*, in *Notariato*, n. 5, 2011; Antonio Nicita, *Le ragioni economiche poste a fondamento della inderogabilità della tariffa notarile*, Siena, mimeo, 2010; Antonio Nicita, *L'Analise Economica delle Funzione Regolatorie del Notariato Latino. Rilevi Critici al Raporto ZERP*, Università di Siena, Dipartimento di Economia Politica, Center for Law & Economics and the Economics of Institutions, 2007; Giancarlo Laurini, *Le sfide del notariato: il notaio fra cittadino e istituzioni*, Milão, Giuffrè, 2002; Ugo Mattei, *Regole sicure: Analisi Economico Comparata per il Notariato*, Milão, Giuffrè, 2006; Ugo Mattei, *La legge del più forte*, Roma, Manifestolibri, 2010; Ugo Mattei, *Beni Comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2012; Ugo Mattei, *Liberalizzazioni, Mercati e legalità*, in *Notariato* n. 1, 2012; Rolf Knieper, *Eine Ökonomische Analyse des Notariats*, München, C.H. Beck, 2010; Peter L. Murray e Rolf Stürner, *The Civil Law Notary. Neutral Lawyer for the Situation. A Comparative Study on Preventative Justice in Modern Societies*, München, Verlag-C.H. Beck, 2010.

”Another possible default option would be a requirement that every mortgage borrower have the assistance of a Professional akin to a **civil law notary**. Such notaries practice in many countries, although not in the United States. In Germany, for example, the civil law notary is a trained legal professional who reads aloud and interprets the contract and provides legal advice to both parties before witnessing their signatures. This approach particularly benefits those who fail to obtain competent and objective legal advice. The participation of such a government-appointed figure in the mortgage lending process would make it more difficult for unscrupulous mortgage lenders to steer their clients toward sympathetic lawyers, who would not adequately warn the clients of the dangers they could be facing”.⁴

Em direção análoga, com consistente defesa da função preventiva do notariado latino e deliberada opção técnica por suas vantagens relativas, se contraposto ao sistema de transferência da propriedade imobiliária do “Common Law”, é essencial a consulta à obra de Peter L. Murray e Rolf Stürmer⁵, para os quais

“if public government is going to require that residential real estate transactions be advised, documented, and completed, by a limited group of licensed professionals with public responsibilities, it also has a responsibility to see to it that this group of official service providers does not take undue advantage of its special status. The evidence to date is that, in the main, governments of the Civil law world have maintained effective regulation over **civil law notaries** and their practices and have protected their public from potential abuses. At the same time, it is also clear that there is always professionals, even those charged with public responsibilities, will give greater weight to their own economic interests than the public function with which they are charged”.

Assim, o notariado latino não apenas funciona como pilastra de estabilização de relações jurídicas, redução de custos de transação e fonte de produção de direitos, como

⁴ Robert J. Shiller, *The Subprime Solution. How today's global financial crisis happened and what to do about it*, op. cit., grifos nossos.

⁵ Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürmer, *The Civil Law Notary. Neutral Lawyer for the Situation. A Comparative Study on Preventative Justice in Modern Societies*, op. cit. Ver no mesmo sentido, Ugo Mattei, *La Legge del Più Forte*, op.cit., grifos nossos.

revela automática – e, na verdade, antiga e tradicional – capacidade adaptativa para tratar das formas alternativas de resolução de conflitos, especialmente a mediação e a conciliação.

III – A DOCTRINA DO DIREITO NOTARIAL

Existe reconhecimento internacional de que uma das mais completas, sofisticadas e atualizadas escolas de direito notarial e registral é a espanhola. A Ciência do Direito Registral e Notarial ganhou, na Espanha, “status” teórico e acadêmico que remonta a estudiosos que, desde o século XIX, construíram invejável edifício científico⁶. Esta sólida tradição científica é unânime e uniforme em reconhecer que o desempenho da função notarial envolve, natural e automaticamente, muito antes que os “meios alternativos de solução de conflitos” se tornassem quase inevitável modismo, a atividade de mediação.

Algumas referências paradigmáticas da literatura especializada são suficientes para que o jurista logo se aperceba do quanto a função notarial é inerente, própria e impregnada da atividade de mediação e conciliação.

Candido Paz-Ares, catedrático de Direito Mercantil da Universidade Autónoma de Madrid, ensina:

(o Notário)... desempenha serviços de **mediação** institucional. A ideia de **mediação** tem, efetivamente, um sentido muito mais amplo, que inclui o trabalho fundamental de conferir visibilidade ao espaço legal da transação e de auditar o “*status quo*” de que se parte⁷.

Na mesma direção, no direito brasileiro, confira-se:

As fontes de incerteza localizam-se nas distintas fases do contrato e, partindo-se da visão sequencial desse instrumento, podemos dividi-lo em:

- fase pré-contratual: que trata da identificação das obrigações conjuntas;
- fase contratual: que trata da divisão das obrigações;
- fase pós-contratual: que trata do cumprimento das obrigações.

⁶ Confira-se parte dessa literatura na nota 3. Os próximos parágrafos farão apanhado parcial dessas contribuições.

⁷ Ver Candido Paz-Ares, *Seguridad Jurídica y Sistema Notarial (Una aproximación económica)*, in *La fe pública*. Madrid, Colegios Notariales de España, 1994, p. 91, grifos nossos.

O notário atua em todas essas fases: na pré-contratual como **mediador**; na contratual como árbitro; na pós-contratual como executor. Deverá agir como eficaz guardião da legalidade e, desse modo, contribuir decisivamente pela realização do direito. Diante de todas essas etapas, podemos afirmar:

Por primeiro, o notário cumpre e de maneira muito destacada, a **função transacional de um conselheiro-executor legal**. Quando as partes a ele recorrem, fazem-no porque estão interessadas na segurança do cumprimento das obrigações assumidas e ele corresponde à expectativa, imprimindo fé pública ao contrato. Certamente, o notário nada executa em termos financeiros em paralelo à atividade das partes, mas, à medida que se investe na fé pública, os documentos adquirem uma especial eficácia probatória, antecipação quanto ao cumprimento de obrigações motivo de execução. Portanto o notário, em sua condição de autenticador e conservador de documentos, produz informação juridicamente relevante e a qualidade da informação por ele fornecida permite reduzir drasticamente a opinião das partes a respeito de determinados assuntos comerciais – juridicamente possíveis – e alta probabilidade de comportamentos estratégicos extrajudiciais, de forma que muitos indivíduos venham desistir de medidas perante o tribunal.⁸

Outra autoridade em Direito Notarial é Rodríguez Adrados, para quem a função de conciliação e composição entre as partes está longe de ser secundária ou marginal para a atividade do notariado. Adrados sublinha que as partes, quando chegam ao Cartório de Notas, frequentemente têm aspectos a negociar e, em geral, descobrem, pela assistência, dever de informação e conselhos do notário, qual a melhor solução possível para os envolvidos no negócio jurídico. Em suas palavras:

Todas estas actividades notariales, dirigidas a indagar, interpretar y formar la voluntad de las partes, a conocer "la verdad del querer" de que habló SATTÁ (131), no constituyen una función pública, sino que forman evidentemente parte de un ejercicio profesional. El Notario, como "*Profesor de Derecho*" según la antigua terminología española, explica a los comparecientes la normativa aplicable, y deshace sus errores y sus equívocos, de manera que su consentimiento pueda surgir de un conocimiento pleno; contribuye a la *integración* de la voluntad incompleta de las partes y, para ello, desarrolla funciones de clarificación de las distintas posiciones, de indicación de lagunas, de señalamiento de convergencias y de

⁸ Carlos Fernando Brasil Chaves e Afonso Celso F. Rezende, *Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito*, Campinas, 2011, pp. 163-164, grifos nossos.

divergencias, actuales o posibles en lo futuro; funciones de sugerencia, de propuesta o de mera exposición de posibilidades para el logro de aquella integración y del perfecto consenso de las partes; funciones también de *conciliador*, e incluso de *árbitro*, cuyos pareceres suelen ser aceptados precisamente porque vienen de persona que no ha sido impuesta – como es impuesto el funcionario "competente" –, sino que ha sido libremente elegida, y que ha hecho hábito de sus deberes de imparcialidad, de equidad, de ecuanimidad; *previene* de los peligros que pueden presentarse y de los acontecimientos que pueden interferirse, y señala los medios jurídicos de obviarlos en la medida de lo posible (132): siempre hombre de experiencia; de buena fe, jurista práctico; no portador de ninguna función pública.”⁹

Um “clássico” do direito notarial é “Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho”, de Jose Castan Tobeñas. Em 1946, Castan Tobeñas já lecionava:

“El Notario, en nuestro Derecho, tiene como uno de sus oficios, el de ser consejero, asesor jurídico y avenidor de quines requieren su asistencia. Es, en efecto, misión suya la de instruir, con su autoridad de jurisconsulto, a los interesados, sobre las posibilidades legales, requisitos y consecuencias de la relación que quieren establecer, no menos que la de *conciliar* y coordinar, con la autoridad moral que le es propia, las pretensiones de las partes, en el ritmo del Derecho y de la Ética. Y así, como escribe Lavandera, “presencia los preliminares, dirige la discusión, reduce las diferencias, soluciona las dificultades, calma las pasiones, contrapesa los intereses opuestos y propone diferentes bases de arreglo, exhorta y persuade hasta **conseguir el acuerdo**.”¹⁰

Por fim, mas não menos importante, confira-se a posição de dois outros tratadistas do Direito Notarial: Juan Vallet de Goytistolo e o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo Ricardo Dip.

Vallet de Goytistolo leciona:

Para desempeñar esta función el notario debe actuar como consejero previsor y asesor, no como un mero contestador escueto y frío; y, en

⁹ Antonio Rodríguez Adrados, *El Notario: Función privada y función pública. Su inescindibilidad*, in *Revista de Derecho Notarial*, n. CVII, 1980, p. 285, grifos no original.

¹⁰ Jose Castan Tobeñas, *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho*, Madrid, Reus, 1946, p. 49, grifos nossos.

caso de que hayan de concurrir en el negocio voluntades de varas personas también le compete actuar a veces como **componedor** de los respectivos intereses y deseos de unos y otros consultantes.¹¹

Ricardo Dip, em recente obra do direito notarial pátrio¹², ensina, com clareza filosófica e precisão jurídica:

Encontrar o **meio** das demais virtudes – entre ela, a justiça – é tarefa de outra virtude, à que toca o nome “prudência” (pp. 20-21, grifos nossos).

O que é isso? Não seria mediação? E continua:

A reiteração, em Roma, dos atos de descoberta do direito ali solidou esse hábito, o da prudência, que, por dirigir-se à invenção do jurídico, bem mereceu a designação *iuris prudentia* ou prudência jurídica e de seus actantes – os *iuris prudentes* – exigia-se que dessem conselhos jurídicos (*cavere*), assistissem aos litigantes nos processos (*agere*) e emitissem sentenças ou pareceres sobre questões de direito (*respondere*). Esses conselhos e pareceres não eram apenas destinados à órbita do processo, e é certo, de maneira específica, que ao largo do tempo se exigiu uma profissão que, na esfera **não processual** (ou, talvez melhor, *ut in pluribus não conflitiva*), pudesse atuar com a bagagem de “imprescindíveis conhecimentos jurídicos, teóricos, práticos e técnicos”: a profissão dos notários, daqueles que eram chamados a especializar-se para proferir uma prévia resposta quanto a juridicidade de algo ainda a determinar-se na **via negocial**, ao lado de aconselhar e de exercer, inclusive quanto à redação documentária, uma relevante função preventiva, o *cavere* notarial – forma de evitar un riesgo, un daño, un peligro –, que é o mesmo *provideo* (providência), parte (ou quase parte mais importante) do hábito da prudência (pp. 22-23, grifos nossos).

Evidente que essa via não conflitiva, não processual e negocial confunde-se com as atividades de conciliação e mediação. E isso desde os romanos! Prossegue o Desembargador paulista:

¹¹ Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, *Manuales de Metodología Jurídica III. De la Determinación del Derecho*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2004, p. 236, grifos nossos.

¹² Ricardo Dip, *Prudência Notarial*. São Paulo, Quinta Editorial, 2012. As várias transcrições que se seguem, com grifos nossos e acrescidas de pequenos comentários, mostram como e porque a função notarial se confunde com as atividades de conciliação e mediação.

Essa **determinação notarial do direito** é uma das várias espécies de determinação jurídica, gênero que abrange, além, da determinação notarial, também a que se adota, de modo autônomo, pelos próprios interessados (assim, os inúmeros e rotineiros ajustes particulares)... (p. 40).

A determinação notarial do direito – essência da atividade – pressupõe, inequivocamente, mediação em sentido próprio.

...a prudência apreende a verdade operável – é dizer: esse mesmo bem, enquanto aferido, pelo **entendimento** (p. 71).

Qual o “entendimento” da prudência notarial? Ora, o entendimento da mediação promovida pelo notário. Prossegue:

Tudo isso corresponde à *inventio* da situação singular, que não pode circunscrever-se à mera tarefa amanuense de recolha de alguma vontade dos interessados, senão que ao revés, é a missão de um *iurisprudens* **fiduciário** que, aferindo o **escopo desses interessados** – interessados (repita-se) cuja identidade e capacidade ele verifica –, atua como seu **conselheiro** e **custódio** de segredos, investigando, a estudiosidade e a solércia que cada irrepetível caso recomenda, a consonância dessa vontade com os princípios da justiça e as disposições legais (pp. 93-94).

Quem é o fiduciário, conselheiro e custódio de segredos se não o notário mediador? Qual o “escopo dos interessados”? A mediação notarial!

Mesmo estudiosos do sistema da “Common Law” destacam a atualidade do notariado de origem romana:

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 transactions¹³

Mais não é preciso dizer, em termos técnico-jurídicos e com o suporte de Paz-Ares, Carlos Fernando Brasil Chaves, Afonso Celso F. Rezende, Rodríguez Adrados, Vallet de Goytisolo, Ricardo Dip, Peter L. Murray e Rolf Stürner a respeito da típica função de mediação exercida pelo notário. Por isso, com toda a razão e alinhado à melhor doutrina,

¹³ Peter L. Murray e Rolf Stürner, *The Civil Law Notary - Neutral Lawyer for the Situation. A Comparative Study on Preventative Justice in Modern Societies*, München, Verlag C.H., 2010, p. 212, grifos nossos.

de maneira concisa, escorreita e lapidar, em sua manifestação ao Conselho Nacional de Justiça, no Pedido de Providências apresentado pela OAB-SP contra o Provimento nº 17/2013, o Corregedor Geral da Justiça de São Paulo explicou porque regulamentou as atividades de conciliação e mediação de notários e registradores:

... ao editar o Provimento CG nº 17/2013, regulei atribuição que, a par de ínsita, inerente, inata aos notários e registradores, conta com previsão legal e Constitucional (fls. 3 da manifestação do Corregedor Geral da Justiça, Desembargador José Renato Nalini, grifos nossos).

O notário desenvolve função facilitadora das transações, sejam elas relativas a uma escritura de venda e compra ou a uma escritura de mediação e conciliação. Por isso, mediar e conciliar são atribuições ínsitas, inerentes e inatas aos notários e registradores. O notário é verdadeiro “engenheiro” das soluções consensuais, exatamente como o faz o melhor dos mediadores!

IV – FUNÇÃO REGISTRAL E MEDIAÇÃO

Tudo o que acima se disse sobre a atuação do notário e a doutrina notarial aplica-se, em larga porção, também aos registradores. No direito brasileiro, promover mediação e conciliação não é monopólio de nenhuma profissão ou corporação. Em português claro: ninguém está proibido de atuar como mediador. No caso dos notários, como se viu, participar da “formação da forma”, ou seja, dos fatos que antecedem a lavratura da escritura, automaticamente alinha a função notarial àquela de mediação. Registradores, aparentemente, são depositários dos documentos que as partes elaboram e, num primeiro momento, parecem menos ativos na “formação da forma”. Há que se afastar esse equívoco. Os mesmos pressupostos identificados na legitimação do notário para o papel de conciliador e mediador justificam também a legitimação dos registradores.

Notários e registradores, não por acaso, têm suas delegações reguladas por diploma legal comum. Do ponto de vista institucional, ambos oferecem a infraestrutura necessária ao intercâmbio interpessoal de direitos. Formam, conjuntamente, o *locus* necessário para a formalização, documentação, arquivamento e registro de tudo o que for necessário para assegurar, “ex ante”, o cumprimento do acordado e, nessa linha, evitar ou mitigar a instauração de processos judiciais. São espaços de afirmação e segurança de direitos que ajudam a desafogar o Judiciário. Aqui reside a base unitária e a teleologia uniforme que faz de notários e registradores não só instâncias legitimadas para a conciliação e a mediação extrajudicial, mas as tornam centros privilegiados para esse mister.

Notários e registradores gozam de fé pública, são investidos nos respectivos postos por concursos, gozam de elevadas garantias de imparcialidade e neutralidade, são fiscalizados e regulados – sem ingerências que desnaturem suas independências – pelo Poder Judiciário, possuem formação jurídica atestada por exames rigorosos, têm deveres comuns relativos à confidencialidade, sigilo e publicidade de seus atos, procuram eliminar e reduzir incertezas quanto aos direitos das partes, possuem familiaridade e experiência no tratamento de conflitos de direitos e procedimentos para sua resolução, gozam da confiança das partes e estão submetidos a rígidos controles de responsabilidade. É dessa base comum a notários e registradores que nascem os fundamentos institucionais e normativos que os qualificam e os recomendam aos papéis reconhecidos pelo Provimento CG 17.

Além disso, os registros de direitos – em especial aqueles dos registradores elencados na Lei de Notários e Registradores – possuem vocação redobrada e atrativa para situações em que versarem sobre “direitos patrimoniais disponíveis”, em suas respectivas áreas de especialização (imóveis, protestos, registros mercantis, capacidade, estado civil etc). Ninguém melhor do que o registrador para conferir segurança, liquidez, transparência e redução de assimetria de informações (inclusive para subministrar elementos à parte menos informada)¹⁴ em sua área de especialização.

A atribuição de competências aos diferentes registros decorre de sua natureza: registro de imóveis, títulos e documentos, pessoas naturais e jurídicas, protestos, além de outros consagrados em leis específicas. Isso não exclui e nem afasta peculiaridades. Embora singular e especialíssima, não sendo de forma alguma vedada, interpretação extensiva e compatível com a atividade notarial alberga, tranquilamente, o registrador como outra relevante instância legitimada para a mediação. O acesso à ordem jurídica justa está na base das delegações notarial e registral. A plenitude desse acesso recomenda e exige esforço e participação de todas as Serventias Extrajudiciais. Vale para os registradores o que foi dito para os notários.

V – NOTÁRIOS, REGISTRADORES E MEDIAÇÃO NO DIREITO POSITIVO NACIONAL

A mediação é “ínsita, inerente, inata aos notários e registradores”. Qual o supedâneo legal da afirmação forte do Corregedor Geral da Justiça paulista? Seu núcleo dogmático reside no artigo 6º da Lei nº 8.935/94, mais precisamente em dois pontos:

- (a) ao notário – “sem exclusividade”, sublinha o Corregedor – compete “formalizar juridicamente a vontade das partes”, e, ainda,

¹⁴ Confira-se Fernando P. Méndez González, em dois trabalhos seminiais: *De la publicidad contractual e la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*. Navarra, Aranzadi, 2008, e *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio personal*. Navarra, Aranzadi, 2011.

- (b) intervir nos negócios jurídicos a que “as partes queiram dar forma legal”.

Formalizar a vontade das partes e a ela dar “forma legal”, em qualquer tipo de negócio jurídico, significa aconselhar, orientar, facilitar a formalização da vontade e dar forma legal ao ato. Que ato? Qualquer negócio jurídico, desde que tenha:

- (i) objeto lícito;
- (ii) agente capaz;
- (iii) facultatividade da realização do negócio;
- (iv) igualmente, facultatividade da aceitação do resultado;
- (v) livre e espontânea manifestação da vontade das partes;
- (vi) adesão consensual dos outorgantes;
- (vii) por escopo direitos patrimoniais disponíveis.

Esses são exatamente os mesmos elementos presentes em toda e qualquer mediação ou conciliação realizada, autorizada e estimulada pela ordem jurídica no Brasil, judicial ou extrajudicialmente, pública ou privadamente, por notário ou registrador, por instrumento particular ou escritura pública, com ou sem a presença de advogado (ainda que essa presença seja sempre recomendável).

O Provimento CG n° 17/2013 – assim como a Resolução n° 125 do CNJ – em nada inovaram a ordem jurídica. Mediação e conciliação estavam presentes no direito brasileiro, em geral, e no direito notarial, em particular, muito antes desses Diplomas. Escrituras públicas de conciliação e mediação ou atas notariais de igual teor – que formalizavam a “vontade das partes” e a ela davam “forma legal”, na exata dicção dos incisos I e II, do artigo 6°, da Lei n° 8.935/94 –, como é público e notório, são lavradas, até com frequência, há tempos.

Daí, mais uma vez com total razão, a manifestação do Desembargador Nalini dirigida ao CNJ:

“a autorização concedida pelo Provimento apenas veio a formalizar o que de fato já vinha ocorrendo nas Serventias Extrajudiciais, com a diferença de que, agora, o acordo poderá ser reduzido a termo a fim de conferir maior segurança aos usuários, evitando a propositura de ação judicial” (fls. 6 da manifestação).

Novamente, é essa a finalidade precípua quer da mediação quer da atuação notarial: promover o acesso à ordem jurídica justa “evitando-se a propositura de ação judicial”.

O que o Provimento CG n° 17/2013 fez foi simplesmente baixar normas técnicas que devem ser observadas por notários e oficiais de registro, nos termos do que dispõe o artigo 30, inciso XIV, da Lei dos Notários e Registradores.

Outra não é a determinação do § 1° do art. 236 da Constituição Federal. O Provimento cuida apenas de “Normas de Serviço” e nada modifica ou acrescenta às competências clássicas de notários e registradores.

A função notarial satisfaz exigências do interesse geral. Por isso, é função de Estado. Isso não se confunde com função ou atividade administrativa exercida por servidor público e submetida a regime típico do Direito Administrativo. Existem serviços públicos excluídos do Direito Administrativo. É o caso dos serviços de Justiça. É o caso, igualmente, dos serviços notariais e registrais. Os primeiros pertencem ao campo do Direito Processual. Os outros – que envolvem a “fé pública” –, sujeitam-se à legislação notarial e registral. O “ato notarial”, em que pese sua natureza de Direito Administrativo, não é “ato administrativo”. Além disso, não está sujeito à disciplina hierárquica nem ao recurso administrativo.

O regime jurídico da atividade notarial diz respeito à “**formação da forma**”¹⁵. Afirma a lei: compete aos notários “formalizar” a “vontade” das partes (art. 6°, I), ou seja, organizar a formação da forma. Que “vontade”? Qualquer vontade admitida pela ordem jurídica. Muito especialmente a vontade formalizada por mediação. Lograr a paz social e prevenir conflitos são objetivos de interesse geral. Estão entre as finalidades do Estado. Se a vontade das partes obtida mediante “intervenção” – conselho, orientação, sugestão, facilitação – notarial é o resultado da mediação do notário, resta claro que a “formação da forma” está na essência tanto da atividade notarial quanto das práticas de mediação e conciliação.

Determina, ainda, a mesma lei – a vigente Lei dos Notários e Registradores – que compete ao notário intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar “forma legal” (art. 6°, II). Novamente, cuida-se da “formação da forma”. A formalização da “vontade das partes” vem aclarada: dar “forma legal” à vontade das partes em “atos e negócios jurídicos”. Quais atos e negócios? Quaisquer atos e negócios jurídicos. Impossível elencá-los.

A “formação da forma”, traduzida na unidade documental da escritura, confere fé pública a tantas quantas forem as relações de direito privado que tratem de

¹⁵ Confira-se Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, *Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notario*, in Revista de Derecho Notarial, 1993, n. 12, p. 24. A “teoria da forma” é de grande importância para o Direito Notarial. Rafael Nuñez Lagos esclarece que “En una acepción amplia, a esa exteriorización o expresión del hecho se le puede llamar forma. Es la figura, contorno o perfil con que el hecho se hace perceptible en el mundo jurídico.” In *Hechos y derechos en el documento publico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1950, p. 17.

“formalizar a vontade das partes” e “dar forma legal a atos e negócios jurídicos”. Insista-se: qualquer vontade e qualquer negócio, desde que lícito e amparado pelas liberdades garantidas pela lei. Mediação e conciliação estariam de fora do âmbito das escrituras públicas? Por que? Não integrariam as competências confiadas ao notário pela Lei 8.935/94 para “formar a forma” da “vontade das partes” nos “atos e negócios jurídicos”? Aberrante e desprovido de racionalidade jurídica pensar que a mediação e a conciliação extrapolariam as competências de notários e registradores. O Corregedor Geral da Justiça de São Paulo – reconhecido especialista em direito registral e notarial – estava bem informado e seguro de que as atividades de mediação e conciliação eram e continuam a ser inerentes e típicas (ainda que não exclusivas) das Serventias Extrajudiciais. Por isso, ao baixar o Provimento nº 17/2013, não criou nem cometeu competências novas aos notários e registradores. Muito menos legislou sobre registros públicos ou processo.

O notário recolhe e registra na escritura a “realidade”. Qual “realidade”? Aquela das partes que recorrem a ele e conclamam sua “intervenção” para dar forma legal aos instrumentos adequados e documentar a vontade dos outorgantes, nos precisos termos da Lei dos Notários e Registradores. Desse modo, o notário forma ou contribui para a formação da vontade das partes. Promove mediação e conciliação. Insere-se no *iter* negocial. Atua na zona dos fatos. Ajuda a construir a “realidade” que depois formaliza. Participa dos fatos antes que eles se transformem no “instrumento”. É exatamente aqui que desempenha papel decisivo. Não para se substituir a vontade das partes (como faz o juiz na sentença), mas para consolidar essa vontade preventiva, cautelar e que evita o processo judicial. Em poucas palavras, para conciliar e mediar a “formação da forma” (pela escritura pública de mediação lavrada pelo notário). Bem compreendida sua real e legal competência, notário e registrador são conciliadores e mediadores por definição e antonomásia, é dizer, no mais alto grau e por excelência.

Vale registrar a síntese unificadora da função notarial com sua intrínseca missão conciliadora na opinião de Mario Fernández Herrera¹⁶:

... dentro de la prestación del servicio este funcionario privado tiene una “misión”, a saber, la de ser asesor y consejero de “todos los otorgantes en actitud **conciliadora**”, con lo cual se establece su papel de **mediador no solo técnico**, y en relación con el conflicto económico del negocio que comienza a solemnizarse ante el, *sino también jurídico*, como tercero que, sin ser juez, tiene una investidura como **depositario de la fe pública, fiel de la balanza** entre los intereses de las partes y **consejero** conocedor de la disciplina legal específica del contrato escogido por él y los usuarios, a fin de que no realicen declaraciones inválidas o ineficaces y con mayor razón de

¹⁶ Mario Fernández Herrera, *De la heterocomposición a la autocomposición de los conflictos. Los equivalentes jurisdiccionales y la conciliación notarial*, in Revista de Derecho Notarial, 1996, nº 19, p. 278, negritos nossos, itálico no original.

pronto lesivas de derechos de terceros a quienes determinadas normas especiales protegen. Encuéntrase aquí, entonces, la función notarial con la misión de la *conciliación intracontractual*, con ostensible manifestación de sus bondades preventiva y antiséptica del negocio. Por eso se lee tan frecuentemente em los escritos sobre Notariado y La Teoría General de los Contratos que el notário realiza la asepcia de los mismos, em función preventiva y se dice con acierto que la función notarial es una especie de “justicia preventiva”.

Como se viu, a natureza jurídica da mediação e da conciliação é a de forma alternativa de resolução de conflitos que envolve a prestação de um consentimento dos outorgantes, facilitado pela atuação de terceiro, resultante da liberdade das partes e traduzido pela liberdade das formas. Se a esses elementos se agregar o disposto nos incisos I e II do artigo 6º da Lei nº 8.935/94 – formalizar a vontade das partes, intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes queiram dar forma legal, isto é, facilitar a formação da forma –, constata-se logo, sem espaço para dúvida, que entre a função notarial e os papéis de mediadores e conciliadores existe, mais do que compatibilidade, perfeitas adequação e complementaridade. O mesmo vale para os registradores.

VI – O PROVIMENTO CG 17/2013 LEGISLOU SOBRE PROCESSO E REGISTROS PÚBLICOS?

Compete privativamente à União legislar sobre direito processual e registros públicos (artigo 22, incisos I e XXV, da Constituição Federal). O Provimento CG 17/2012 teria usurpado essas competências? É evidente que não. Os próximos parágrafos demonstram a razão.

Mencionado Provimento trata da mediação e da conciliação levadas a efeito pelas Serventias Extrajudiciais, com relação a direitos patrimoniais disponíveis, no sentido de incentivar meios alternativos de solução de conflitos. Vê-se logo que o Provimento cuida de modalidade específica de direito material – “direitos patrimoniais disponíveis” – e não de direito processual. Não fosse isso o suficiente, o Provimento ainda regula exatamente alternativas ao processo. Pode-se afirmar que é anti-processual, no sentido de que busca alternativas ao processo. Justamente em razão da relação substancial versar sobre direitos disponíveis, as partes podem, por consenso, evitar – cautelar e preventivamente – a instauração do processo ou, configurada a lide judicial, transacionar, renunciar ou reconhecer o pedido, ou, então, dar causa à extinção do processo. Assim, o Provimento CG 17/2013 tem por objeto evitar ou extinguir o processo judicial, jamais legislar sobre processo e procedimento, e, menos ainda, criar, limitar ou modificar garantias processuais ou meios específicos de tutela de direitos.

Celso Fernandes Campilongo

*Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito
Faculdade de Direito da USP*

A Resolução n. 125 do CNJ e o Provimento CG 17 apontam para a Administração da Justiça num sentido novo e exterior tanto à jurisdição tradicional quanto ao processo judicial. “Dizer o direito”, dessa perspectiva, passa a ser competência também das partes, de vários funcionários da administração e, de modo particular, dos serviços notariais e de registros. “Direitos patrimoniais disponíveis” envolvem situações e relações jurídicas qualificadas em lei como suscetíveis de serem estabilizadas e solucionadas por meio de acordos e negócios jurídicos de transação. Nada disso envolve matéria processual. Antes o inverso: o processo judicial pressupõe o cumprimento de ritos e fórmulas obrigatórias, imperativas e inderrogáveis; mediação e conciliação são o oposto – o campo da liberdade das formas.

Notário e registrador não dirigem nenhum processo. Simplesmente conduzem os trâmites tendentes à “formação da forma” – escritura pública – no espaço autorizado pela lei para os atos e negócios orientados pela liberdade dos particulares. Processo e sentença têm função heterocompositiva. Trâmites notariais e mediação, por sua vez, têm função de autocomposição. O processo trata de “**res litigiosa**” que constitui a relação jurídico-substancial controvertida sobre a qual o juiz deve se pronunciar. Transação, conciliação e mediação tratam de “**res dubia**”, orientada pela autonomia privada e pela faculdade dispositiva das partes¹⁷. Resta claríssimo que, ao tratar de mediação e conciliação, o Provimento CG 17 em momento algum “legislou” sobre direito processual.

Apenas à União compete legislar sobre registros públicos (artigo 22, inciso XXV, da Constituição Federal). A questão é: o Provimento CG 17 “legislou” sobre a matéria? Há que se verificar, para o correto enquadramento dogmático do tema, o fundamento de validade regimental, legal e constitucional da atividade regulatória e fiscalizatória das Corregedorias da Justiça, com relação aos serviços notariais e registrais.

De início, averbe-se que, sendo a mediação e a conciliação inerentes às atividades registral e notarial, não haveria sequer necessidade de ato regulamentar – seja do CNJ, no plano nacional; seja das Corregedorias Gerais da Justiça, na esfera dos Estados – que disciplinasse essas atividades. Contudo, Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, no caso do Estado de São Paulo, têm regulamentado e uniformizado as práticas dos Cartórios Extrajudiciais há décadas. O Provimento CG 17 não faz nada mais do que baixar “Normas Gerais” para regular a atividade de mediação e conciliação nos serviços extrajudiciais. Trata-se de exercício regular de atribuições e prerrogativas do Poder Judiciário. Sem essas diretrizes – que apenas harmonizam e uniformizam a oferta de serviços, mas não “criam” e nem “inventam” competências estranhas às funções de notários e registradores – os próprios controles e fiscalização das atividades e serviços seriam impossíveis. Fiscalização e regulação são dois lados da mesma moeda.

¹⁷ Ver, para uma comparação completa entre hetero e autocomposição, com cuidadosa análise da conciliação notarial, Mario Fernández Herrera. *De la heterocomposición a la autocomposición de los conflictos. Los equivalentes jurisdiccionales y la conciliación notarial*. Op. Cit., p. 255-285.

A Constituição Federal atribui ao Poder Judiciário a fiscalização dos atos dos serviços notariais e de registro (artigo 256, § 1º). No âmbito do Judiciário paulista, o artigo 28 do Regimento Interno do TJSP – especialmente incisos XVIII, XIX, XXXI e XXXIII –, comete ao Corregedor Geral da Justiça:

XVIII – propor as medidas convenientes ao **aprimoramento dos serviços** das delegações notariais e de registro;

XIX – **fiscalizar**, em caráter geral e permanente, as atividades das delegações notariais e de registro;

XXXI – **estabelecer as normas de serviços** das delegações notariais e de registro;

XXXIII – **adotar outras providências** que visem aprimorar a atividade delegada.

O Provimento CG 17 cingiu-se ao exercício dessas competências: propôs medidas de **aprimoramento de serviços** que já existiam; viabilizou, assim, sua atividade **fiscalizatória**; **estabeleceu normas de serviços** reconhecidos por lei e inerentes às funções registral e notarial; **adotou meras providências** de aprimoramento de atividade já prestada. Em resumo: regulou para melhor fiscalizar algo que já existia.

Não é demais lembrar que, no exercício dessa competência derivada diretamente da Constituição, as Corregedorias de todo o país regulam as atividades dos serviços notariais e de registros há décadas. No caso do Estado de São Paulo, haveria usurpação de competência se outros órgãos ou instâncias do Tribunal de Justiça assumissem essa tarefa.

No plano federal, cabe ao CNJ, nos termos do art. 103-B, § 4º, inciso I, “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência”. Assim também pode ser interpretado o fundamento de validade constitucional da Resolução 125 do CNJ. É certo que essa Resolução sequer menciona os serviços notariais e de registro. Porém, nem precisava. Primeiramente, porque a Lei de Notários e Registradores e a essência funcional dessas atividades as vinculam à mediação e à conciliação. Em segundo lugar, mas não menos importante, em razão de que a Resolução n. 125 destaca e reconhece a legalidade de serviços de conciliação e mediação prestados por outros mecanismos – que não os processos judiciais – de resolução inclusive privada de conflitos. Ora, não existe nada mais afinado com a prática das atividades de notários e registradores do que a vocação antiprocessual, consensual e eletiva das serventias extrajudiciais.

É certo que a Corregedoria Nacional de Justiça, órgão do CNJ, também tem competência para expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos serviços notariais e de registro (artigo 7º, inciso X, do Regimento Interno do CNJ). Com relação à mediação e à conciliação notarial e registral, não se tem notícia, por enquanto, de atos normativos da

Corregedoria. Novamente, nem haveria necessidade, dado que essas atividades decorrem da lei. Além disso, em razão da absoluta sintonia desses serviços com o que dispõe a Resolução n° 125 do CNJ, de “lege ferenda”, previsível e auspicioso que tais atos sejam baixados brevemente. Por fim, as competências do CNJ e dos Corregedores dos Estados, “in casu”, são concorrentes, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal quando julgou constitucional a Resolução n° 7 do CNJ (ADC 12-DF, j. 20.0.08, Rel. Min. Carlos Ayres Brito).

Por isso mesmo, o Provimento CG 17/2013 ou quaisquer atos normativos do CNJ e, particularmente, de sua Corregedoria, que recomendassem, orientassem, instruísem, fiscalizassem, organizassem, autorizassem, implementassem ou, de qualquer forma, regulassem concreta e especificamente os serviços extrajudiciais de mediação e conciliação, em nada “legislariam” sobre registros públicos, não invadiriam âmbito de atuação do Legislativo, nem violariam o princípio federativo. A base legal que identifica os serviços notariais e registrais – de forma geral e abstrata, como é próprio da lei – com as inerentes funções de mediação e conciliação afasta qualquer dúvida quanto à regularidade formal e material do Provimento 17/2013. Não há nada “*contra legem*” na medida, tampouco qualquer abuso de competência regulamentar. Tudo o que fez o Corregedor Geral da Justiça de São Paulo está rigorosamente “no âmbito de sua competência”.

Como informa Nataly Angelica da Cruz Teixeira¹⁸, a atuação normativa e regulamentar da Corregedoria Geral da Justiça do TJSP é tradicional e volumosa. Em 1973, as normas regulamentadoras da CG foram consolidadas e editadas em obra com mais de 1.000 artigos. Desde então, essas normas foram atualizadas e, com sucessivas alterações, continuam em vigor e são baixadas rotineiramente. O Provimento 17/2012 integra essa cadeia normativa e extrai fundamento de validade da mesma base regimental, legal e constitucional que – no âmbito das competências do TJSP – reconhece a legitimidade da atividade regulatória do Corregedor Geral da Justiça.

Mas não é apenas a Lei dos Notários e Registradores (Lei 8.935/94) que oferece supedâneo normativo geral e abstrato para a mediação e a conciliação. Outros importantes diplomas também o fazem. É o que se extrai do § 9º, do artigo 213, da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73):

§ 9º. Independentemente de retificação, dois ou mais
confrontantes poderão, por meio de **escritura pública**, alterar ou
estabelecer divisas entre si...” (grifos nossos).

O mesmo se diga do artigo 38, da Lei 9.532/97 (Sistema Financeiro Imobiliário):

¹⁸ Ver Nataly Angelica da Cruz Teixeira. *Registro de Imóveis Eletrônico. Competência regulamentar do Poder Judiciário*. São Paulo, Monografia apresentada à Escola Paulista da Magistratura, 2013, p. 84.

Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes de sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por **escritura pública...** (grifos nossos).

Na mesma linha, dispondo sobre o papel de conciliador do registrador de imóveis, dispõe o § 9º, do artigo 57, da Lei 11.977/09 (Programa Minha Casa, Minha Vida):

§ 9º. O oficial de registro de imóveis deverá promover tentativa de **acordo** entre o impugnante e o poder público (grifo nosso).

Assim, é do ordenamento jurídico em sua totalidade e unidade sistemática que se retira a sólida base jurídico-dogmática da perfeita combinação, adequação e complementaridade entre os serviços notariais e de registros e as atividades de mediação e conciliação.

VII – CONCLUSÃO

O direito brasileiro vive “revolução silenciosa”¹⁹. Pequenos mecanismos – com atraso, mas vigorosamente – introduzem mudanças que representarão eficiência inédita na Justiça. A economia exige avanços do direito. Primeiro, foi a surpreendente aceitação da arbitragem. Agora, parece ser a vez de outras formas de soluções consensuais: mediação e conciliação. O Conselho Nacional de Justiça-CNJ, pela Resolução nº 125/2010, e, em São Paulo, o Provimento nº 17/2013, da Corregedoria Geral da Justiça-CGJ, como visto, são passos dessa marcha.

Mediação e conciliação são práticas antigas – entre nós, pouco exploradas – de ordenação pública. Incentivar o notariado a exercer essas funções é boa escolha. Registros Públicos são voltados ao aprimoramento do direito. Controle da legalidade e cumprimento das leis são objetivos perseguidos pelo sistema jurídico. O Judiciário é caminho de satisfação desses anseios. Organizações que contribuam para a concretização do direito – especialmente seguimentos consolidados, capilarizados no território, reconhecidos pela população e experimentados na produção de segurança jurídica, como Serventias Extrajudiciais –, também são bem vindas à batalha pelo acesso à ordem jurídica justa.

¹⁹ Versão resumida desta conclusão foi publicada no jornal Valor Econômico, em 26 de agosto de 2013, no caderno Legislação e Tributos.

Nossa cultura jurídica promove excessiva e custosa judicialização dos conflitos. Pensamos em termos de proibições precisas, técnicas de controle e no direito como “regra do jogo”. O resultado é que, muitas vezes, as pessoas se sentem maltratadas pela Justiça, como num conto de Kafka. Na mediação, o importante não é proibir: é favorecer o acordo. Mediador não resolve e não reprime. Escuta e informa sobre as possibilidades da lei. Deixa a decisão de criar a regra para as partes. Na mediação, o conflito é utilizado para melhorar a qualidade de vida das pessoas, não para submetê-las à decisão de terceiros²⁰. Mediador não sentencia. Facilita a solução consensual. Essa vocação é inerente à função notarial. A imparcialidade do notário deita raízes em fundamentos diversos daquela do juiz: o mediador é imparcial para permitir que as partes construam a decisão; o juiz é imparcial como condição de legalidade da própria decisão.

Mediação e conciliação são feitas de diversas formas. Nada proíbe o instrumento particular e o auxílio de leigos. Não há formalidades de processamento. Evidentemente, nada impede – antes, tudo aconselha – a presença do advogado. Porém, ela não é obrigatória. Na presença do tabelião a situação não muda. Qualquer instrumento que possa ser elaborado por particulares, com ou sem mediadores, poderá ser lavrado em cartório, por instrumento público. Diga-se o mesmo da mediação ou da conciliação facilitadas pelo notário. Diferenças importantes estão no fato de que a solução notarial gozará de fé pública, primará pelo respeito às leis vigentes e terá confidencialidade. Mas, apesar de altamente recomendável, a presença do advogado não é obrigatória, assim como não o é para a maioria de escrituras. Exceção feita a inventário, partilha, separação consensual e divórcio – admitidas escrituras públicas, essas escrituras exigirão assinatura dos advogados – na mediação e na conciliação ela não será obrigatória.

O Provimento nº 17/2013, que apenas implementa a mediação extrajudicial, amplamente autorizada pelo direito brasileiro, é questionado junto ao CNJ. Alega a OAB-SP que essas funções só poderiam ser criadas por lei e que a participação do advogado seria obrigatória. Há evidente exagero na posição, como demonstrado. Quando da elaboração da escritura pública, o notário sempre atua como mediador. Orienta, aconselha, mostra o que o direito autoriza, mas nada decide. Limita-se a controlar a legalidade e facilitar o acordo. Na mediação e na conciliação são as partes que, informadas de seus direitos pelo mediador, decidem.

A lei de arbitragem – tribunal arbitral, diferentemente da mediação, decide – faculta às partes eleição de árbitro, representação por advogado e limita o objeto às causas que digam respeito a “direitos patrimoniais disponíveis”, isto é, que possam ser exercidos livremente pelo titular. As mesmas características acompanham o Provimento da CGJ: facultatividade da eleição do terceiro (notário mediador), possibilidade (não obrigatoriedade) de representação por advogado e limitação da atividade a questões que envolvam “direitos patrimoniais disponíveis”. Mediação, conciliação e arbitragem são

²⁰ Ver Luis Alberto Warat, *Em nome do acordo*. Florianópolis, Almed, 1998. Ver, ainda, José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Spengler, *Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

técnicas de solução de conflitos que valorizam a vontade das partes. Não faria o menor sentido imaginar que o legislador não obrigasse as partes a nomear advogados na arbitragem – causas geralmente mais complexas – e o fizesse na mediação notarial (que se pode intuir seja, em geral, menos complexa). Assim como nas arbitragens é rara a dispensa do advogado, nas mediações e conciliações ocorrerá o mesmo. Assim como arbitragens ampliaram o mercado de advogados, mediações alargarão horizontes da advocacia.

Com relação à Lei de Arbitragem, Carlos Alberto Carmona²¹ esclarece:

As partes não estão obrigadas, em sede de arbitragem, a nomear advogados. Assim, pode qualquer delas optar em não nomear profissional que a represente nos atos que praticará durante o processo arbitral, valendo-se apenas de uma assessoria para sanar dúvidas e estabelecer estratégias... Ninguém nega a importância que o advogado poderá ter no desenrolar de um procedimento arbitral, especialmente considerando que este meio de solucionar controvérsias atingirá ordinariamente causas de certa complexidade... Será difícil, efetivamente, imaginar uma arbitragem, de porte médio que seja, sem a presença direta e constante do advogado. Entretanto, considerando a força que o legislador emprestou à vontade das partes, não seria razoável impor aos litigantes a presença do profissional do direito.

Se assim é na arbitragem – que, uma vez pactuada, pode resultar em decisão heterônoma, mesmo sem a presença de advogado – o que dizer, então, da mediação e da conciliação, que exponenciam a vontade das partes e a solução de consenso: impor a obrigatoriedade dos advogados, nesses casos, seria ainda menos razoável.

Para preocupação de que o ambiente das Serventias Extrajudiciais não seja propício à mediação. Duas seriam as razões: (i) notários são delegados de serviço público submetido ao controle das Corregedorias e (ii) as Serventias seriam orientadas burocraticamente. Essas duas feições seriam incompatíveis com a flexibilidade da mediação. Quanto à primeira crítica, há que se sublinhar que, desde a Constituição de 1988, serviços notariais são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. Não há vinculação pessoal ou submissão hierárquica ao Judiciário na gestão dos serviços. A qualificação dos títulos submete-se exclusivamente à lei. E, caso o serventuário tenha dúvidas, judicializa a questão, com as garantias do contraditório. Tudo reforça enorme independência. Quanto aos vícios burocráticos, preconceitos à parte, ainda não nos demos conta de como o ingresso por concurso público e os avanços tecnológicos rejuvenesceram as práticas notariais e registrais. Quem poderia fazer melhor do que a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados, CENSEC – recentemente criada pelo Colégio Notarial do Brasil e pelo CNJ – o acompanhamento estatístico específico da atividade de

²¹ Cf. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96*, São Paulo, Atlas, 2009, p. 300.

mediação previsto na Resolução n.º 125? Em tudo e por tudo, não há motivo lógico, econômico ou jurídico para a exclusão das Serventias Extrajudiciais dos serviços de mediação e conciliação.

Nenhuma instituição sobreviveria se fosse ineficiente. O sistema de “Notariado Latino” demonstra versatilidade milenar. Está presente em mais de 80 países, dentre eles, como se disse, Alemanha, França e Japão. Há tendência mundial para sua adoção, como mostram Ásia e a ex-União Soviética. Em muitos lugares, notários são mediadores²². O grande jurista Joaquín Costa dizia, no início do século XX: “O número de sentenças deve observar razão inversa ao número de escrituras: teoricamente” – concluiu com frase famosa – “*Notaría abierta, Juzgado cerrado*”²³. Em meados do século XX, o não menos extraordinário Carnelutti lembrava: “Quanto mais notário, menos juiz”²⁴. Com um século de atraso, o direito brasileiro começa a se movimentar no sentido dessa “revolução silenciosa”. Para o bem de juízes, notários, registradores, advogados e, principalmente, do cidadão!

VIII – RESPOSTAS AOS QUESITOS

1. Qual a natureza e o regime jurídico das atividades de mediação e conciliação?

Mediação e conciliação são formas alternativas de resolução de conflitos que implicam prestação de consentimento dos outorgantes, facilitado por terceiro, resultante da liberdade das partes e das formas.

²² Confira-se, para levantamento completo, a *Revista Internacional do Notariado*, 2012, v. 118, com encarte especial a respeito da mediação notarial, pp. 148-174.

²³ Joaquín Costa, Reorganización del notariado, del registro de la propiedad y de la administración de justicia. Madrid, Biblioteca Costa, 1917, p. 205.

²⁴ Nesse famoso texto, Carnelutti destacava o caráter “antiprocessual” do notário: “quanto mais notário, menos juiz”. Antes da doença, a higiene profilática. Evitar que negócios celebrados com intervenção notarial cheguem ao Judiciário. Confiar na solução “ex ante”, suportada na “**tutela inibitória**” ou preventiva que evite ou iniba a violação do direito. Prevenção de danos, não reparação. Isso exige regramento detalhado e minucioso do direito de propriedade e das formas de proteção e transferência de bens. Trata-se de modelo que cobra papel ativo do Poder Público, que delega, responsabiliza e fiscaliza os particulares no exercício do ofício. Não se cuida de ampla liberdade “ex ante” das partes, mas de equilíbrio, equidistância e mediação da legalidade por terceiro imparcial, é dizer, o notário. Francesco Carnelutti, *La figura giuridica del notaro*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano IV, 1950, pp. 927 e 928.

2. A função de mediador é compatível com a atividade notarial e registral?

Notários e registradores formalizam a vontade das partes e dão forma legal aos atos e negócios jurídicos. A função da mediação é inerente a essas atividades, à luz do direito brasileiro, do modelo de notariado latino e da fé pública registral.

3. O Provimento n° 17 da CGJ cria serviço ou atribuição nova para Notários e Registradores?

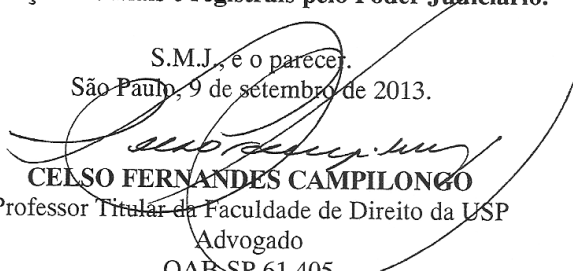
Não. A atribuição de funções mediadoras e conciliadoras aos serviços notariais e registrais decorre de vários diplomas legais: Lei 8.935/94; Lei 6.015/73; Lei 9.532/97; Lei 11.977/09 e da própria determinação constitucional de garantia de acesso à ordem jurídica justa, ao lado da competência regulamentar da atuação das serventias judiciais atribuída, diretamente, ao CNJ e, indiretamente, aos Tribunais estaduais, “no âmbito de sua competência” (103-B, § 4º) e, de modo especial, pelo artigo 236, § 1º, da Constituição Federal.

4. O Provimento n° 17 legisla sobre “registros públicos” e “processo”?

Não. Mediação e conciliação são fórmulas que procuram evitar o processo judicial. São formas alternativas – ao processo – de resolução de conflitos. Possuem índole “antiprocessual”. O Provimento 17/2013 não inova o direito material no campo dos registros públicos. Apenas disciplina a mediação e a conciliação, tudo no âmbito de suas competências de regulação e fiscalização dos serviços notariais e registrais pelo Poder Judiciário.

S.M.J., e o parecer.

São Paulo, 9 de setembro de 2013.


CELSON FERNANDES CAMPILONGO
Professor Titular da Faculdade de Direito da USP
Advogado
OAB-SP 61.405