

Comentário de Jurisprudência: responsabilidade administrativa dos notários e registradores - Processo 0054811-42.2016.8.26.0100 – Processo Administrativo

Bruno Miguel Costa Felisberto

Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS. Especialista em Direito Notarial e Registo Predial pelo Centro de Estudos Notariais e Registrais (CENoR) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade de Fortaleza-UNIFOR. Ex-Oficial de Registros Públicos no Rio Grande do Sul. Pesquisador da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário, Professor, autor de artigos e trabalhos nas áreas notarial e registral (no Brasil e em Portugal). Advogado, consultor e assessor jurídico nas áreas notarial e registral. Membro licenciado da Comissão de Defesa do Consumidor - Ordem dos Advogados do Brasil (Secção CE).
brunofelisberto@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O caso e a decisão 3. Primeiras impressões sobre a viragem de entendimento trazida pela decisão 4. A decisão vista sob o enfoque de tese inaugurada por Pontes de Miranda 5. As justificativas para aplicação da teoria defendida na decisão Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Poucas coisas na vida são tão gratificantes quanto receber a oportunidade de escrever um comentário acerca de uma decisão da lavra de um magistrado sobre o qual é nutrida profunda admiração pessoal, acadêmica e profissional.

Fugindo um pouco do protocolo e das normas e técnicas que pautam a padronização das produções científicas, dou-me a licença de chamar, pelo menos neste pequeno trecho, a interlocução para a primeira pessoa do singular, de forma que possa dar à comunidade científica a real dimensão que este trabalho tem.

Conheci Marcelo Benacchio na Faculdade de Direito de Coimbra, em 2016, na plateia do III Encontro de Direitos Reais, e com ele tive uma das mais interessantes e produtivas conversas técnicas e acadêmicas sobre tema afeito ao universo notarial e registral. Talvez ele não lembre, mas dado o peso e a propriedade com que discorria sobre o tema, ganhara naquele momento um admirador de seu trabalho.

No ano seguinte, naquela mesma faculdade, o Dr. Benacchio se fazia presente, mais uma vez, com valorosas e sempre atuais contribuições a temas afeitos às áreas notarial e registral. Sujeito gentil e de trato simples, está sempre disposto a discutir, com elevada propriedade, sobre o Extrajudicial. O que eu não imaginava é que um dia teria a tão especial honra de dialogar com o notável magistrado, nas folhas de uma produção científica, de forma a publicitar ao mundo jurídico minhas modestíssimas impressões e anotações sobre uma de suas mais interessantes decisões. Decisão esta que traz relevante inovação no olhar que se lança sobre a responsabilidade administrativa dos notários e registradores, frente ao que lhes prega a responsabilidade civil.

O *decisum*, por si só, já é uma aula à parte. Minha participação neste processo terá quase que o condão de uma espécie de palma acadêmica científica, onde, com

muita responsabilidade, farei o maior dos esforços, para apresentar opiniões e impressões que possam, mui humildemente, somar um pouco que seja ao muito que Benacchio já conseguiu produzir.

Ao trabalho, portanto!

2. O caso e a decisão

Processo 0054811-42.2016.8.26.0100 – Processo Administrativo – Registro Civil das Pessoas Naturais – C.G.J. e outro – M.A.S.L. e outro – VISTOS, Trata-se de processo administrativo disciplinar instaurado em face do Sr. S. R. W., Tabelião de Notas da Comarca da Capital, em cumprimento à determinação da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, em virtude da expedição de carta notarial relativa ao processo nº. 108270-16.2016.8.26.0008, em 15.08.2016, sem que houvesse a observância do disposto no item 216, incisos IV e V, do Capítulo XIV, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça (a fls. 01/143). O Sr. Tabelião foi interrogado (a fls. 166/167). Em defesa prévia, pugnou por sua responsabilidade pela ação do preposto, em decorrência de culpa in eligendo e in vigilando (a fls. 172/175). Encerrada a instrução (a fls. 176), o Sr. Tabelião, em alegações finais, reiterou suas proposições anteriores e referiu à presença de indícios de ilícito penal na carta notarial expedida (a fls. 181/271). É o breve relatório. Decido. Inicialmente, deve-se destacar ser incontroverso, bem como estar documentalmente provada, a expedição de carta de sentença notarial de forma absolutamente irregular, pois em desconformidade ao estabelecido no item 216, incisos IV e V, do Capítulo XIV, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça; destarte, patente o equívoco na realização do ato notarial em questão, porquanto ausentes documentos essenciais. No que pese o reconhecimento pelo Sr. Tabelião acerca da prática do ilícito administrativo, tenho pela não configuração da responsabilidade administrativadisciplinar, ante a ausência de culpa daquele relativamente ao equívoco praticado pelo preposto. O ato notarial foi praticado pelo Sr. Substituto do Tabelião à época, posteriormente demitido em razão do erro ora em exame neste processo administrativodisciplinar e outros que se sucederam. No expediente verificatório não foi apurado ausência de orientação e, tampouco fiscalização, da parte do Sr. Tabelião; pelo contrário, o quadro probatório é indicativo à existência de orientação e fiscalização. Todavia, é certo que o Sr. Substituto cometeu uma série de erros, entre estes o presente, culminando com sua exclusão do quadro de serventuários da unidade. Sabidamente, uma delegação extrajudicial, sobretudo na Capital, pratica diversos atos; sem a possibilidade do acompanhamento pessoal do Sr. Titular da Delegação relativamente a todos. Portanto, é exigido a orientação, controle e fiscalização da parte deste quanto aos prepostos que nomeia para realização dos deveres decorrentes da delegação. Tenho a compreensão da responsabilidade administrativa-disciplinar ter por fundamento a culpa; assim, ausente culpa, está excluída a possibilidade da imposição de sanção administrativa. A situação é desafiadora, posto que o exagero desse entendimento, de um lado, poderia redundar na impossibilidade de punição administrativa do Titular da Delegação quando o equívoco for praticado por preposto sem a participação daquele. De outro, poderia haver o entendimento que todo erro havido no serviço delegado decorreu da inadequada orientação e fiscalização, daí que sempre haveria responsabilização administrativadisciplinar do Titular. Esse é um falso conflito, em virtude da solução dessa questão desde a aplicação das teorias acerca da relação de causalidade para o fim de estabelecer a extensão da responsabilidade disciplinar. Os precedentes desta Corregedoria Permanente foram se formando a partir

do constante ir e vir entre o fato e a norma, na busca de um paradigma a ser aplicado a todos os Oficiais e Tabeliães, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, guiados pelo direito fundamental, também direito humano, do devido processo legal. Os precedentes fixaram a possibilidade da responsabilização disciplinar do Oficial ou Tabelião somente no caso da possibilidade de comportamento (culposos) com aptidão para impedir ato contrário ao ordenamento jurídico (erro praticado pelo Titular ou preposto). Assim, ocorrendo erro de preposto, que poderia ser evitado com a orientação e ou fiscalização do Titular da Delegação, ocorre sua responsabilização administrativa-disciplinar; a exemplo de equívocos repetidos, situações perceptíveis com um mínimo de diligência e erros crassos que denotem clara falta de orientação ou fiscalização. De outra parte, ocorrendo equívoco do preposto, o qual foi corretamente orientado e fiscalizado, ato doloso do serventuário ou ainda um erro isolado e sem maior repercussão, tenho aplicado o entendimento da insuficiência para configuração do ilícito administrativo do Registrador ou Tabelião em virtude da ausência de culpa e gravidade, respectivamente. No presente caso, havia a confiança do Sr. Tabelião que suas orientações seriam seguidas, bem como sistema de controle. Não obstante, houve o equívoco na expedição da carta de sentença notarial. Assim, o Sr. Tabelião adotou os comportamentos fixados no ordenamento jurídico numa esfera de previsibilidade; portanto, qual seria o fundamento para sua punição? O único paradigma de responsabilização do Sr. Tabelião é a compreensão da incidência da responsabilidade objetiva disciplinar dos Titulares de Delegação. E aqui, a questão recebe contornos interessantes, pois os precedentes da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, órgão hierarquicamente superior a esta Corregedoria Permanente, são no sentido da possibilidade da responsabilidade objetiva disciplinar e, por consequência, a aplicação de sanção administrativa ao Sr. Tabelião. Até 2012, os precedentes seguiam a responsabilidade disciplinar fundada na culpa. A partir do processo n. 14.970/2012, a Egrégia Corregedoria Geral da Justiça passou a aplicar a responsabilidade disciplinar objetiva. Depois disso, houve diversos precedentes que permanecem, a exemplo do recente Recurso Administrativo n. 0022088-39.2016.8.26.0562, j. 21.07.2017. No esteio do entendimento da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça (responsabilidade disciplinar objetiva), houve ainda o MS n.º 2207878-70.2014.8.26.0000, rel. Des. João Carlos Saletti, j. 27.5.2015, e o MS n.º 2225875-32.2015.8.26.0000, rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. 04.05.2016; julgados pelo Colendo Órgão Especial. Insta salientar a existência de precedente anterior diverso (de responsabilidade disciplinar subjetiva), também do Colendo Órgão Especial, no MS n.º 0002389-07.2013.8.26.0000, rel. Des. Enio Zuliani, j. 24.07.2013. As decisões da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, de forma difusa, mencionam a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CARTÓRIO. IRREGULARIDADE EM LAVRATURA DE PROCURAÇÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO REGULAR. ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. É ADMISSÍVEL A SINDICÂNCIA COM EFEITOS PUNITIVOS, DESDE QUE RESGUARDADOS OS DIREITOS DE DEFESA. ART. 22 DA LEI 8.935/94. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS NOTÁRIOS E OFICIAIS DE REGISTRO. MULTA DEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É legal a sindicância instaurada com caráter punitivo e não meramente investigatório ou preparatório de processo disciplinar. Precedente: MS 18.664/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 1S, julgado em 23.04.2014, DJe 30.04.2014. 2. Estando as condutas objeto da sindicância perfeitamente subsumidas às normas que serviram de alicerce à

imposição da pena de multa, não há ofensa ao princípio da legalidade.³ Agravo Regimental de MARCO ANTÔNIO PRATES a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29.243 RJ, Rel. Min. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 17.09.2015). Como pode ser constatado pelo exame do conteúdo do acórdão acima transcrito, a referência à responsabilidade objetiva, salvo melhor juízo, refere-se à responsabilidade civil perante terceiros e não à responsabilidade administrativa. Tanto isso é verdade que na ementa consta o artigo 22 da Lei 8.935/94, o qual, sabidamente, não se aplica à responsabilidade disciplinar e sim à responsabilidade civil. Em grande parte, respeitosamente, a fundamentação dos precedentes administrativos acima mencionados passa pela aproximação da responsabilidade civil com a disciplinar. Essa proposição, eventualmente, é passível de confrontação científica, porquanto a estrutura e função dos pressupostos da responsabilidade civil e da responsabilidade administrativa disciplinar são absolutamente diversos. Elucidativo a respeito é o estudo acadêmico do Desembargador e Professor Luís Paulo AliendeRibeiro: Disto resulta, como há muito sustento e pelas razões já expostas neste texto, que a responsabilidade civil ou contratual do titular da delegação, fundada no §6º do art. 37 da Constituição Federal, e que, a meu ver, não acolhe o que se buscou com a recente alteração da redação do art. 22 da Lei 8.935/1994, levada a efeito pela Lei 13.286/2016, se mostra presente sempre que terceiro, usuário do serviço, sofrer prejuízo imputável à falha do serviço público delegado, no âmbito de sua prestação material, sem que precise indicar em que ponto da organização técnica, da estrutura dos serviços, utilização de meios informatizados ou fiscalização dos trabalhos e do pessoal tenha se dado a causa do dano. De pouca relevância, a meu ver e pelas razões já expostas, rotular tal responsabilidade de objetiva ou subjetiva. O que importa é fixar que esta responsabilidade patrimonial, extracontratual ou civil não se transpõe para a esfera administrativa ou disciplinar. Aqui o que se busca, como antes referido, é a regularidade do serviço e não a retribuição de um ilícito. (grifos meus) (RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Responsabilidade administrativa do notário e do registrador, por ato próprio e por ato de preposto. In: Revista de Direito Imobiliário RDI, ano 39 volume 81 julho/dezembro 2016. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 414/415). Estabelecidas essas premissas, passo a expor as razões pelas quais, pela primeira oportunidade, respeitosamente, deixo de seguir os precedentes da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça; porquanto contrários à minha convicção pessoal. Essa situação, no esteio da aplicação analógica das disposições da Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Lei n. 9.784/99, cujo artigo 50, inciso VII, dispõe: Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; Implica-se, então, na necessidade de maior fundamentação ante a possibilidade de equívoco ao se afastar dos precedentes da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça; o que passo a realizar. Nas pesquisas doutrinárias que realizei, não localizei entendimentos acerca da possibilidade de imputação objetiva da responsabilidade administrativa disciplinar no âmbito do direito administrativo sancionador. Pelo contrário, os autores consultados defendem a necessidade da culpa para configuração da responsabilidade administrativa disciplinar. Fábio Medina Osório assevera: Para que alguém possa ser administrativamente sancionado ou punido, seja quando se trate de sanções aplicadas por autoridades judiciárias, seja quando se cogite de sanções impostas por autoridades administrativas, necessário que o agente se revele “culpável”. Essa assertiva não decorre de nenhum processo hermenêutico desprovido de suporte na Constituição. Ao contrário, como ocorre com todo o Direito Administrativo

Sancionador brasileiro, os princípios se reconduzem à Carta Magna, por meio de processos argumentativos reconhecedores das potencialidades de complexos dispositivos constitucionais. Essa mesma operação há de ser feita na exploração da culpabilidade vigente no campo do Direito Punitivo, em concreto no tocante ao Direito Administrativo Sancionador. (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010, p. 343). Rafael Munhoz de Mello refere: A culpabilidade exige que a sanção administrativa seja imposta unicamente a quem, devendo agir de outro modo, pratica a conduta típica. O sujeito que age de tal maneira é culpado pela ocorrência da infração administrativa. “Ser culpado” significa contribuir para a ocorrência da infração administrativa em situações em que era exigível comportamento diverso. De modo singelo, pode-se afirmar que “ser culpado” significa não ser inocente: “ensu sentido más amplio, el término ‘culpabilidad’ se contrapone al de ‘inocencia’”, no dizer de José Cerezo Mir. O princípio da culpabilidade veda a imposição de sanção administrativa retributiva a pessoas que não contribuíram de modo algum para a ocorrência da infração administrativa, ou o fizeram a despeito de terem agido licitamente e adotado a diligência exigida no caso concreto.(...) Tratando-se de princípio constitucional, como defendido no presente trabalho, o legislador infraconstitucional não pode afastar a culpabilidade do campo do direito administrativo sancionador, outorgando à Administração Pública competência para impor sanções administrativas retributivas independentemente da culpa do particular. (DE MELLO, Rafael Munhoz. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da constituição federal de 1988. Malheiros: São Paulo, 2007, p. 184 e 189). Marçal Justen Filho afirma: O Estado Democrático de Direito exclui o sancionamento punitivo dissociado da comprovação da culpabilidade. Não se pode admitir a punição apenas em virtude da concretização de uma ocorrência danosa material. Pune-se porque alguém agiu mal, de modo reprovável, em termos antissociais. A comprovação do elemento subjetivo é indispensável para a imposição de penalidade, ainda quando se possa pretender uma objetivação da culpabilidade em determinados casos. Franck Moderne ensina que “a repressão administrativa, como a repressão penal, obedece ao princípio da culpabilidade e que as sanções administrativas, como as sanções penais, não podem ser infligidas sem que o comportamento pessoal do autor da infração não tenha revelado uma culpa, intencional ou de negligência”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 596). O Desembargador e Professor Ricardo Dipensina: Em ambos os quadros (dolo e culpa em sentido estrito), a culpa é um mal, porque sempre implica uma desordenação voluntária relativa aos fins exigíveis da conduta humana. É exatamente porque se poderia e deveria agir de outro modo, para assim cumprir os fins a que se tinham por devidos, que alguém pode dizer-se culpado em dada situação concreta. Se, pois, a culpa pressupõe a possibilidade de ter agido de outra maneira, são seus pressupostos indispensáveis (i) a contingência da ação e (ii) a liberdade de agir ou não agir, bem como a liberdade de agir de um modo ou de outro. Assim sendo, não há culpabilidade possível quanto não haja contingência na conduta e liberdade no exercício (a de agir ou não agir) e de especificação (a de eleger os meios de agir) (DIP, Ricardo. Conceito e natureza da responsabilidade disciplinar dos registradores públicos. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 101). De outra parte, ainda que não seja minha compreensão, há autores que adotam a tese da mera voluntariedade para imposição de sanção administrativa, atenuando a compreensão supra exposta. Por todos, cito Daniel Ferreira: O que, então, poderia parecer significativo avanço e no mesmo sentido já defendido por Eduardo Rocha Dias, Marçal Justen Filho, Fábio Medina Osório, Heraldo Garcia Vitta, e, ainda mais recentemente, por José Roberto Pimenta Oliveira e Rafael

Munhoz de Mello soa um pouco estranho, porque ninguém menos que Celso Antônio Bandeira de Mello professor de todos, cidadão ímpar e indubitavelmente vanguardista na defesa dos direitos e garantias individuais sustenta tese contrária e a partir da 17ª edição (de 2004) também no seu Curso de direito administrativo. Ou seja, se algo é dito e porque dito por Celso Antônio Bandeira de Mello, então o cuidado no afirmar em contrário deve ser extremado. Apenas ele, José dos Santos Carvalho Filho, e nós mesmos admitimos a (geral) responsabilização administrativa estribada numa conduta simploriamente voluntária para a qual se prescindiria da culpa ou do dolo do infrator, salvo previsão legal em contrário, expressa ou implícita. (FERREIRA, Daniel. Teoria geral da infração administrativa: a partir da constituição federal de 1988. Fórum: Belo Horizonte, 2009, p. 266-267). Não obstante a isso, mesmo estes autores não aceitam a tese da responsabilidade administrativa disciplinar objetiva. A esse respeito são elucidativas as considerações de Daniel Ferreira: Responsabilidade sem culpa não equivale a responsabilidade objetiva. Exigir voluntariedade e evidentemente diferente de se reclamar, apenas, o nexos de causalidade entre a ação (omissiva ou comissiva) e o resultado (de dano ou de perigo) para o fim de se reconhecer como realizada a conduta típica. Isto configura engano, porque não está em jogo aproximar, e.g., a responsabilidade por infração administrativa da responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, por conta da qual se “prescinde da investigação de culpa ou dolo, bastando a demonstração do nexos de causalidade entre o dano sofrido pelo administrado e o comportamento danoso”, como centrada e precisamente afirmou a professora Dinorá Grotti, da PUC/SP. .Afastando a possibilidade da responsabilidade administrativa-disciplinar objetiva, foi a recente decisão da Câmara Especial do Tribunal de Justiça, no Recurso Administrativo nº 0048142-07.2015.8.26.0100, j. 07.08.2017, como se observa do seguinte extrato do voto do Desembargador Salles Abreu, Presidente da Seção de Direito Criminal, como segue: Há de se observar a concorrência de elementos objetivo e subjetivo para a caracterização da infração disciplinar do notário. Ou seja, a conduta havida por infração disciplinar ou funcional, deve-se observar uma conduta dolosa ou culposa do notário ou seu preposto, observando-se, neste último caso, uma falha no dever de cuidado na verificação da legalidade e legitimidade do ato. Mais que isto, a responsabilidade administrativa somente surge com a existência de uma conduta ilícita no aspecto dos deveres administrativos, sendo certo que tal qualificação da ilicitude não pode ser irrazoável ou mesmo fugir ao princípio da legalidade. Não se pode considerar ilícito administrativo a conduta que, em seu aspecto material e legal, não comporta nenhuma ilicitude conhecível de ofício, mas que tem seu regime de confronto vinculado à questão da eficácia ou ineficácia privada do ato, ou mesmo da aferição da divergência entre a vontade declarada e a vontade real do declarante. Embora a configuração do ilícito administrativo não se sujeite objetivamente ao princípio da tipicidade, não se pode esvaziar o conceito formal de culpa para se configurar a conduta culposa punível no âmbito administrativo. Ante ao exposto, julgo improcedente este processo administrativo disciplinar. Em razão do mencionado nos autos pelo Sr. Tabelião acerca dos supostos indícios da prática de ilícito penal, determino a remessa de cópia integral dos autos à Central de Inquéritos Policiais e Processos CIPP para conhecimento pelo Ministério Público, nos termos do artigo 40 do Código de Processo Penal, para a consideração que possa merecer. Encaminhe-se cópia desta decisão à Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, por e-mail, servindo a presente decisão como ofício.P.R.I.C

3. Primeiras impressões sobre a viragem de entendimento trazida pela decisão

Sem dúvida um dos principais pontos da decisão de Benacchio repousou no sentido de bem diferenciar a responsabilidade civil da responsabilização administrativo-disciplinar.

Explicou que “até 2012, os precedentes seguiam a responsabilidade disciplinar fundada na culpa. A partir do processo n. 14.970/2012, a Egrégia Corregedoria Geral da Justiça passou a aplicar a responsabilidade disciplinar objetiva. Depois disso, houve diversos precedentes que permanecem, a exemplo do recente Recurso Administrativo n. 0022088-39.2016.8.26.0562, j. 21.07.2017. No esteio do entendimento da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça (responsabilidade disciplinar objetiva), houve ainda o MS n° 2207878-70.2014.8.26.0000, rel. Des. João Carlos Saletti, j. 27.5.2015, e o MS n° 2225875-32.2015.8.26.0000, rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. 04.05.2016; julgados pelo Colendo Órgão Especial. Insta salientar a existência de precedente anterior diverso (de responsabilidade disciplinar subjetiva), também do Colendo Órgão Especial, no MS n° 0002389-07.2013.8.26.0000, rel. Des. Enio Zuliani, j. 24.07.2013”. (grifos nossos)

Somente neste trecho, já foi possível perceber que há dissonância de opiniões no que toca a responsabilidade administrativo-disciplinar ser ou não diferente da responsabilidade civil no que diz respeito a sua caracterização e a sua aplicação.

A questão, no entanto, foi muito bem dirimida por Benacchio, quando asseverou que “a referência à responsabilidade objetiva, salvo melhor juízo, refere-se à responsabilidade civil perante terceiros e não à responsabilidade administrativa. Tanto isso é verdade que na ementa consta o artigo 22 da Lei 8.935/94, o qual, sabidamente, não se aplica à responsabilidade disciplinar e sim à responsabilidade civil”.

É justamente nisto que reside a necessária e importante diferenciação entre responsabilidade civil e responsabilidade disciplinar, visto que enquanto a primeira tem o condão de reparar um prejuízo advindo de uma conduta do tabelião ou do registrador (seja praticada por eles ou por seus prepostos autorizados), sem precisar levar em conta em que nível da organização técnica houve a causa do dano, a segunda preocupa-se em operar sanção exclusivamente àquele que cometeu a falha administrativa. Nesta hipótese, a responsabilidade administrativa disciplinar pode nem sequer atingir o tabelião ou registrador, caso reste comprovado que ele agiu de maneira diligente, operando e orientando seus prepostos a agirem de forma correta, sendo eventual desvio de um destes últimos uma conduta que o delegatário não poderia prever¹.

¹ “Disto resulta, como há muito sustento e pelas razões já expostas neste texto, que a responsabilidade civil ou contratual do titular da delegação, fundada no §6º do art. 37 da Constituição Federal, e que, a meu ver, não acolhe o que se buscou com a recente alteração da redação do art. 22 da Lei 8.935/1994, levada a efeito pela Lei 13.286/2016, se mostra presente sempre que terceiro, usuário do serviço, sofrer prejuízo imputável à falha do serviço público delegado, no âmbito de sua prestação material, sem que precise indicar em que ponto da organização técnica, da estrutura dos serviços, utilização de meios informatizados ou fiscalização dos trabalhos e do pessoal tenha se dado a causa do dano. De pouca relevância, a meu ver e pelas razões já expostas, rotular tal responsabilidade de objetiva ou subjetiva. O que importa é fixar que esta responsabilidade patrimonial, extracontratual ou civil não se transpõe para a esfera administrativa ou disciplinar. Aqui o que se busca, como antes referido, é a regularidade do serviço e não a retribuição de um ilícito”. (RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Responsabilidade administrativa do

Afinal de contas, conforme leciona Luís Paulo Aliende Ribeiro, “como fundamento da culpabilidade e, por consequência, da responsabilidade, tem-se a inexigibilidade de conduta diversa. Quer dizer, a consciência do ilícito afeta a natureza antijurídica do comportamento. Nessa seara, tenho comigo que só se pode exigir conduta diversa de infrações que geram responsabilidade se o servidor tiver prévio conhecimento de sua disciplina”².

Portanto, uma vez que o tabelião, *in hoc casu*, adotou todos os comportamentos legais e normativos que dele se esperava, qual então seria o fundamento para sua função administrativa?

Note-se que a pergunta não quer fazer o tabelião imiscuir-se de sua responsabilidade civil para com aqueles que foram prejudicados pelo ato ilícito operado por um preposto seu. Não. A questão é deixar claro que esta responsabilização, que cabe ao tabelião suportar por ato de preposto seu, não deve automaticamente transplantar-se para a esfera administrativa. Isto porque - repise-se - o dano causado a terceiros será reparado normalmente pelo tabelião, por expressa previsão legal (com direito de regresso), pois trata-se tão somente de compensação patrimonial (ou extrapatrimonial) ao lesado; enquanto que a regra de abrangência de uma sanção disciplinar mais se assemelha a uma lógica criminalista, onde somente deve-se punir quem agiu com culpa ou dolo. A diferença essencial entre as duas situações é abissal, razão pela qual acertou Marcelo Benacchio ao não seguir a transplantação automática da responsabilidade civil para aquela que se opera no âmbito administrativo-disciplinar.

É necessário, portanto, termos em mente que tal ideia guarda correspondência com a de que o chamado Direito Penal Disciplinar (ou Direito Administrativo Sancionador) volta-se à regularidade do serviço e não à retribuição de um ilícito³.

O autor da decisão sob comento foi assertivo ao lecionar que “a estrutura e função dos pressupostos da responsabilidade civil e da responsabilidade administrativa disciplinar são absolutamente diversos”, e por isso, pedindo vênias, proferiu sua decisão discordando do posicionamento adotado nos precedentes da Egrégia Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo.

A decisão, como se deve imaginar, é vanguardista, e parece traçar uma linha de corte (fazendo uma espécie de “antes e depois”) no entendimento sobre a diferenciação entre a responsabilidade civil dos tabeliões e registradores e sua responsabilidade administrativo-disciplinar. Isto porque Benacchio deixou bem claro que ambas as responsabilidades não se confundem, o que evita, portanto, sua auto-transplantação, evitando, por via de consequência, erros de responsabilização e sanção⁴.

notário e do registrador, por ato próprio e por ato de preposto. In: Revista de Direito Imobiliário RDI, ano 39 volume 81 julho/dezembro 2016. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 414/415).

² RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Ob. cit. p. 410.

³ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Ob. cit. p. 411.

⁴ Neste mesmo sentido: “No âmbito destas atividades materiais defendo que se aplica aos notários e registradores, pessoas (físicas) de direito privado prestadoras de serviços públicos, assim definidas por comando expresso no art. 236 da Constituição Federal, a disposição do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Cabe, aqui, a advertência de que o que se defende para a responsabilidade civil ou extracontratual não se transporta, assim como não se dá para a responsabilização penal, para a atividade sancionatória administrativa ou disciplinar”. (RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Ob. cit. p. 413).

Logo no início de sua justificativa, onde motiva sua discordância com a jurisprudência dominante da CGJ-SP, Benacchio explica que “Nas pesquisas doutrinárias que realizei, não localizei entendimentos acerca da possibilidade de imputação objetiva da responsabilidade administrativa disciplinar no âmbito do direito administrativo sancionador. Pelo contrário, os autores consultados defendem a necessidade da culpa para configuração da responsabilidade administrativa disciplinar”.

Isto tem lógica, claro. É que para que seja possível a punição administrativa, é imprescindível que se esteja diante do elemento culpa (ou do elemento dolo). Corolário lógico, o sujeito que se deseja punir precisa ser “culpável”. A dedução de Benacchio é pautada no que prevê a própria Carta Magna, ao ter em conta que a punibilidade será advinda da prática de um ato ilícito, sendo este constatado em processo próprio e destinado à apuração deste assunto, com oportunidade de defesa e contraditório; e não por simples decorrência de uma responsabilização de outra natureza, de mera reparação, mais especificamente a civil.

O julgador em comento teve sensibilidade e afinidade suficientes à leitura do Ordenamento como um todo para perceber que tornar automática a responsabilização administrativo-disciplinadora, por decorrência da responsabilização civil, teria o grave condão de punir aquele que não seria culpável. Ou seja, punir-se-ia pessoa diversa do praticante do ilícito. Em suma, a confusão de conceitos acarretaria inevitável prejuízo aos delegatários envolvidos, além de malferir todo o sistema normativo que disciplina as regras procedimentais para apuração e aplicação sancionatórias.

É preciso entender que o caráter sancionatório tem o condão de punir um ato delituoso, de quem teve o *animus*, seja por culpa seja por dolo, de infringir uma regra. Nas palavras de Ricardo Dipensina, mencionado na decisão de Benacchio, “em ambos os quadros (dolo e culpa em sentido estrito), a culpa é um mal, porque sempre implica uma desordenação voluntária relativa aos fins exigíveis da conduta humana”⁵. Algo totalmente diferente da postura adotada pelo tabelião no caso sob exame.

O delegatário, conforme restou explicitado, tomou todas as atitudes, condutas e providências para realizar corretamente o ato. Seu preposto, contudo, mesmo orientado assertivamente, agiu de forma contrária, fazendo com que houvesse o ocasionamento de um dano. Todavia, ainda que o tabelião civilmente seja chamado à responsabilidade reparatória do prejuízo, não pode traduzir isto para uma punição como que tivesse delinqüido. Simplesmente não faria sentido algum.

Vejamos, o tabelião sabia exatamente como agir, que procedimento adotar e seguir; e orientou seu preposto a tal. Este último, entretanto, é que se desviou de sua conduta, vindo a praticar um ilícito. E sua culpabilidade decorre justamente daí, do fato de agir diferentemente da forma que deveria proceder.

Mais didaticamente, como Benacchio fez constar, “se, pois, a culpa pressupõe a possibilidade de ter agido de outra maneira, são seus pressupostos indispensáveis (i) a contingência da ação e (ii) a liberdade de agir ou não agir, bem como a liberdade de agir de um modo ou de outro. Assim sendo, não há culpabilidade possível quanto não haja

⁵ DIP, Ricardo. Conceito e natureza da responsabilidade disciplinar dos registradores públicos. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 101)

contingência na conduta e liberdade no exercício (a de agir ou não agir) e de especificação (a de eleger os meios de agir)⁶”.

Daí a dedução lógica do atento julgador em não transplantar automaticamente para o âmbito administrativo-disciplinar a regra da responsabilização civil. É, básica e logicamente, entender que se deve respeitar a aplicação de cada regramento e procedimentos para sua respectiva área de atuação. A separação e delimitação de atuação, com a certa delimitação de alcance de cada uma das responsabilidades, dá segurança, a todas as partes envolvidas, de que não se punirá nem a mais nem a menos; responsabilizar-se-á e punir-se-á correta e adequadamente, respeitando e preservando o Ordenamento Jurídico. Ao pautar sua decisão sob este âmbito, o julgador preservou fortemente a segurança jurídica.

Benacchio explica que até mesmo os autores que dele discordam, são igualmente assertivos em dizer que não se deve aceitar a tese da responsabilidade administrativa disciplinar, uma vez que “responsabilidade sem culpa não equivale a responsabilidade subjetiva”⁷.

Ora, não é possível imaginar ilícito administrativo numa conduta que não comporta, em nenhum aspecto, ilícito identificável. Ou seja, se ilícito não praticou pessoalmente o delegatário, esvaziada está a possibilidade punitiva e sancionatória, pelo simples fato de não haver materialidade ou formalidade que tipifique a conduta reprovável. É tal qual assevera Aliende: “em matéria de direito disciplinar, dada a unitariedade fundamental do direito sancionador, não cabe a responsabilização objetiva do registrador e do notário, menos ainda por ato de terceiro”⁸.

4. A decisão vista sob o enfoque de tese inaugurada por Pontes de Miranda

Ao ler a decisão ora objeto de minhas modestas anotações, e ao ver a qualidade e profundidade de sua fundamentação, remontei-me a anos atrás quando, ao defender minha dissertação de mestrado, vali-me muito de uma tese inaugurada por Pontes de Miranda para defender meu ponto de vista. Coincidentemente, naquela época, encontrava-me em situação similar à de Benacchio, ou seja, pedindo vênias a um entendimento já basicamente pacificado para, justificadamente, discordar e apresentar uma nova alternativa; alternativa esta, a meu sentir, mais adequada e correta.

Para chegar ao ponto que defendi à época, respeitadas as devidas proporções e ambientação de discussão para a atual discussão, voltarei um pouco no debate sobre a responsabilidade civil até finalmente chegar ao ponto em que vislumbrei a correlação da tese Pontiana com a decisão de Benacchio, quando abordou não só a responsabilidade civil, mas, principal e especialmente, a administrativo-disciplinar.

Inicialmente, sob este enfoque, deve-se ter em mente que responder pelos atos danosos dos prepostos não importa em concluir que não se deva fazer a averiguação de culpa dos notários e registradores, conforme consta do próprio artigo 22, da Lei

⁶ DIP, Ricardo. Ob. cit. p. 101.

⁷ FERREIRA, Daniel. Teoria geral da infração administrativa: a partir da constituição federal de 1988. Fórum: Belo Horizonte, 2009, p. 266-267.

⁸ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Ob. cit. p. 417.

8.935/94. Até porque o próprio artigo prevê a verificação da culpa ou do dolo na conduta. Para corroborar melhor com esta afirmação, faz-se oportuno lembrar que o sistema da responsabilidade civil se pauta em duas vertentes: a responsabilidade baseada na culpa e a responsabilidade baseada no risco.

Tomando-se por base o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, o qual prescreve a idéia de responsabilidade objetiva, tem-se o seguinte: *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.* (grifamos)

Para a corrente que defende que a responsabilidade aplicável aos notários e registradores é de natureza subjetiva, o artigo em questão já dita o tom para a análise aqui proposta. Através dele, é possível, por dedução excludente do próprio artigo, concluir que a responsabilidade dos notários e registradores não é de natureza objetiva, visto que não está especificada em lei como tal, tampouco representando uma atividade de risco.

Necessário frisar que, ainda que os notários e registradores respondam objetivamente pelos danos causados pelos seus prepostos, haverá de existir comprovada culpa no cometimento do ato. Isto porque o viés objetivo da responsabilidade está em relação à escolha do preposto. Em outras palavras, o notário e o registrador correm um risco de escolha, mas não um risco da atividade.

Toda pessoa, física ou jurídica, que delega atividades a terceiros corre um risco, pois pode não escolher bem, ou, ainda que escolha, pode estar sujeito a eventual erro, falha ou lapso de seu preposto. Nem por isso é possível traduzir este risco como sendo da atividade. Afinal de contas, fosse isto possível, todas as atividades onde alguma destas pessoas delegasse a terceiro funções de seu mister, estariam traduzidas como atividades de risco e nenhuma outra se fundaria na culpa. Em suma, basicamente todo o sistema de responsabilização civil estaria pautado na ideia do risco.

Diante da divergência de opiniões, na jurisprudência e na doutrina, em relação ao instituto da responsabilidade civil a que estão submetidos notários e registradores, algumas ponderações se fazem necessárias. Deve-se ressaltar sobre o caráter pessoal da responsabilidade civil dos notários e registradores, ou, mais especificamente, deve-se ter em mente que somente devem responder pelos atos praticados por eles próprios ou seus prepostos; isto para as hipóteses de responsabilidade civil. Para os casos de responsabilização administrativa, ainda que o preposto haja com culpa ou dolo, mas nenhum destes seja verificável e presente na conduta do tabelião ou registrador, responsabilidade não haverá.

5. As justificativas para aplicação da teoria defendida na decisão

O tabelião e o registrador, ao confiarem a execução dos serviços a seus contratados, devem manter a *cautela*⁹ de monitorar e conferir o que está sendo praticado, cabendo a eles a assunção da responsabilidade de suportar as consequências

⁹ **Cautela é pressuposto de CULPA**, o que implica dizer que a responsabilidade civil dos notários e registradores, por óbvio, não pode ser pautada na idéia de RISCO.

de assim não agir. Por óbvio que não se apresenta como tarefa fácil a de treinar, comandar e fiscalizar uma equipe que executa atos de que envolvem tamanha responsabilidade. Por isso mesmo que o delegatário tem completa liberdade¹⁰ de contratar seus prepostos, porquanto cargos de extrema e necessária confiança¹¹.

Por estas e outras razões é que o notário e o registrador devem, além de cuidadosamente selecionar seus prepostos, escolher entre eles aqueles que serão seus substitutos; cargo máximo de confiança na hierarquia interna de uma serventia, visto que o substituto detém, por designação do próprio notário ou registrador, o poder de praticar todos os atos próprios do titular do cartório extrajudicial¹². Isto, contudo, não quer dizer que o delegatário deva assumir uma utópica e quase divina posição de onisciência, sob pena de inevitavelmente restringir as atividades a uma prestação exclusivamente pessoal, o que inviabilizaria o próprio serviço¹³.

A preocupação com a responsabilização pode, certamente, ser minorada se o titular da serventia se preocupa em bem executar os serviços a ele confiados. Uma clara e realista noção da essência e importância das atividades notarial e registral, bem como a ciência das atribuições e princípios dos quais não se pode afastar, pode melhor conscientizar o delegatário sobre o tamanho da importância do serviço que presta e também sobre a responsabilidade envolvida neste tipo de atividade. Em suma, a conscientização sobre a seriedade e importância da atividade não é o único passo preventivo a ser dado para evitar eventual responsabilização por mau desempenho da função, mas, certamente, é um dos principais.

¹⁰ Art. 21 da Lei nº 8.935/1994. O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços.

¹¹ Trecho da decisão aqui analisada: “No expediente verificatório não foi apurado ausência de orientação e, tampouco fiscalização, da parte do Sr. Tabelião; pelo contrário, o quadro probatório é indicativo à existência de orientação e fiscalização. Todavia, é certo que o Sr. Substituto cometeu uma série de erros, entre estes o presente, culminando com sua exclusão do quadro de serventuários da unidade. Sabidamente, uma delegação extrajudicial, sobretudo na Capital, pratica diversos atos; sem a possibilidade do acompanhamento pessoal do Sr. Titular da Delegação relativamente a todos. Portanto, é exigido a orientação, controle e fiscalização da parte deste quanto aos prepostos que nomeia para realização dos deveres decorrentes da delegação. Tenho a compreensão da responsabilidade administrativa-disciplinar ter por fundamento a culpa; assim, ausente culpa, está excluída a possibilidade da imposição de sanção administrativa”.

¹² Lei 8.935/94 - Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.

§ 1º Em cada serviço notarial ou de registro haverá tantos substitutos, escreventes e auxiliares quantos forem necessários, a critério de cada notário ou oficial de registro.

§ 2º Os notários e os oficiais de registro encaminharão ao juízo competente os nomes dos substitutos.

§ 3º Os escreventes poderão praticar somente os atos que o notário ou o oficial de registro autorizar.

§ 4º Os substitutos poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos.

§ 5º Dentre os substitutos, um deles será designado pelo notário ou oficial de registro para responder pelo respectivo serviço nas ausências e nos impedimentos do titular. (Grifos nossos).

¹³ O dever de vigilância não significa dever de onisciência. Do contrário, o exercício de qualquer atividade por meio de uma estrutura hierárquica ficaria inviabilizado, e só restariam as atividades exercidas pessoalmente. (RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Ob. cit p. 423).

Feita esta breve explanação acerca da importância da escolha de prepostos por parte do titular e suas respectivas atribuições de competências laborais, pode-se passar a uma melhor discussão acerca da responsabilidade aplicável às atividades notarial e registral no Brasil. Isto porque, como já relatado, é importante que se perceba a delimitação de responsabilidade por diferentes prismas, a fim de se chegar a uma conclusão pela objetividade ou subjetividade da responsabilidade atribuída a notários e oficiais de registro, especialmente, para o caso que ora nos importa, nas hipóteses de responsabilização administrativo-disciplinar.

Diferentemente do que ocorre na esfera da responsabilidade civil, no âmbito administrativo é imprescindível que a ação do notário ou registrador tenha se enquadrado como conduta culposa para que a ele possa ser atribuída a culpa que se deseja punir. Esse conceito decorre de premissa comezinha constitucional, insculpida no inciso XLV do art. 5º, que diz que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, “não se justificando que, ao reconhecer expressamente a culpa de terceiro, diversa pessoa seja afligida pela pena. Trata-se aqui de direito penal disciplinar e não de direito civil”¹⁴.

Para este tipo de situação, os adeptos da corrente que preza pela aplicação da responsabilidade objetiva defendem que os notários e registradores estariam enquadrados nos ditos do art. 933, combinado com o art. 932, III, ambos do Código Civil¹⁵, e, portanto, estariam sim subordinados a um caso de responsabilidade objetiva, também servindo esta afirmação para a responsabilidade administrativa dos delegatários.

Não se trata, porém, de responsabilidade objetiva, pois, ainda que haja a obrigação direta do delegatário em responder, não está dispensada a comprovação da culpa. Deve-se sempre ter em mente que o preposto do notário ou registrador, quando age, age em nome deste. Via de conseqüência, é como que aquele ato reputado como danoso tivesse sido praticado pela própria pessoa do delegatário. Levando em consideração que a comprovação de culpa ou dolo é imprescindível para responsabilização desses agentes, não seria lógico imaginar outro cenário para os atos praticados, em seu nome, por preposto.

Neste sentido, Luís Paulo Aliende Ribeiro: “É esta orientação, que poderia ser classificada como responsabilidade objetiva do registrador e do notário por ato de preposto, que demanda, como antes expresso, a fixação de um parâmetro jurídico seguro para a compreensão do que o sistema da delegação admite atribuir como falta disciplinar, administrativa ou funcional, para efeitos sancionatórios à pessoa do notário ou registrador, titular da delegação, encarregado da organização de tais serviços, por falha resultante da estrutura a seu cargo, ou, ainda, por irregularidade cometida por preposto cuja conduta

¹⁴ Além de não haver, contudo, regra *legal* símile quanto à responsabilidade disciplinar, se ela houvera, maltrataria o princípio da *imputatio* moral das condutas na esfera penal: *nulla iniuria et nulla poena, sine actione culpaque propria*. Ainda uma vez é de invocar a vigente Constituição Federal, que, no inciso XLV de seu art. 5º, dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, não se justificando que, ao reconhecer expressamente a culpa de terceiro, diversa pessoa seja afligida pela pena. Trata-se aqui de direito penal disciplinar e não de direito civil.” (RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Ob. cit. p. 418)

¹⁵ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

possa ser identificada com precisão. E creio que esse parâmetro já fora definido pela Corregedoria Geral de Justiça, na decisão proferida pelo Des. Maurício Vidigal no Processo nº 2011/103282, em 3 de novembro 2011, fundada na verificação da inevitabilidade ou não do fato, nos seguintes termos: (...) Como é cediço, o direito administrativo sancionador exige a presença de culpabilidade do sujeito para caracterização da infração administrativa. No caso em julgamento, é fundamental a seguinte indagação: seria possível à processada evitar o equívoco havido? Haveria algum meio de evitar o erro praticado por eventual falta de concentração da serventuária que realizou o ato? Nada há nos autos indicativo da falta de qualificação da funcionária que efetuou o registro com erro ou ausência de orientação da parte da Titular da Delegação; pelo contrário, aquela foi alçada à condição de interventora em razão do afastamento da recorrente por força de outro processo administrativo disciplinar. Diante disso, é cabível concluir que o fato, apesar de não desejável, caracteriza-se como inevitável em relação à processada”¹⁶.

Não se afirma com isto que o delegatário está autorizado a argumentar sua excludente de responsabilidade porque um terceiro praticou o ato, sendo este terceiro o seu preposto. Obviamente que não. O que se está a aduzir é que esta responsabilidade continua a ser subjetiva (dependente da presença de culpa), mas com um traço de objetividade em relação aos atos praticados pelos prepostos.

Em suma, comprovado o dano, o nexo causal e a culpa de um preposto do agente delegado, este responderá diretamente por seu empregado - para fins de responsabilidade civil -, como que ele (notário ou registrador) tivesse praticado, *manu propria*, o ato. Mas seguindo adiante, veremos que os contornos da responsabilização administrativa, apesar de seguirem raciocínio similar, diferenciam-se no fato de que o tabelião ou o registrador somente responderá quando pessoalmente for “culpável”. Ou seja, eventual traço de objetividade na obrigação de responder por ato de preposto, aqui desaparece, vez que não se está, nesta seara, a discutir-se reparação, mas tão somente sanção.

Para este tipo de situação, especialmente sob o enfoque civil relatado linhas atrás, alguns doutrinadores, com autorizada voz no tema, como é o caso do desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décio Antônio Erpen, e o Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ricardo Henry Marques Dip, têm dado o nome de **responsabilidade subjetiva direta**.

João Pedro Lamana Paiva, oficial do registro de imóveis da 1ª zona de Porto Alegre-RS, em trabalho intitulado “Direito registral e registros públicos”, faz menção a esses dois importantes doutrinadores acima aludidos: “O Eminentíssimo Desembargador Décio Antonio Erpen (Aposentado pelo TJRS), entende que **a responsabilidade é SUBJETIVA DIRETA, com a inversão do ônus da prova**. Neste caso, caberá ao Notário ou ao Registrador provar que não é o responsável pelo dano, ou que o dano inexistiu, ou ainda que não agiu com culpa ou dolo”¹⁷.

Já para o Desembargador Ricardo Dip (TJSP), **a responsabilidade é SUBJETIVA DIRETA**, podendo a ação ser interposta contra o próprio Notário ou Registrador, devendo o autor provar a culpa ou dolo. Para o Desembargador Dip, não se aplica o §6º, do artigo 37, da CF, aos Notários e Registradores, porque este dispositivo

¹⁶ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Ob. cit p. 422.

¹⁷ PAIVA, João Pedro Lamana. *Direito registral e registros públicos*. Disponível em: <www.lamanapaiva.com.br>. Acesso em: 10 jan. 2018.

legal tem como sujeito responsável pelo dano “pessoas jurídicas”, quer se trata de pessoas de direito público, quer de direito privado¹⁸. (Grifos nossos).

Em valiosa contribuição a este tema, têm-se os ensinamentos de Pontes de Miranda, sob a ótica do Código Civil de 1916. Contudo, os fundamentos de sua teoria permanecem atuais, embora a modificação legislativa ocorrida no art. 932, § único do Código Civil atual, que adiante será explicada, figura assemelhada à responsabilidade subjetiva direta acima mencionada nas palavras de Ricardo Dip e Décio Antônio Erpen.

A teoria é a chamada responsabilidade civil transubjetiva, sendo aquela que ocorre independentemente de culpa do delegatário, conforme agora dispõe o art. 933 do Código Civil, modificando a regra antes existente no art. 1.523 do Código Civil de 1916, de culpa presumida.

Pontes de Miranda começa explicando o seguinte: “No suporte fático dos fatos ilícitos de que trata o Código Civil, art. 1.521, I-IV, há, sempre, ato humano: ou ato de pessoa entregue, “legalmente” à vigilância de outrem (Decreto número 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, arts. 68, § 4º, e 74), ou **ato de empregado, serviçal ou preposto, “no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele”** (artigo 1.521, III), ou de hóspedes, de moradores, ou de educandos (art. 1.521, IV). (...) **A responsabilidade dos que o art. 1.521, I-IV, tem por devedores de indenização é transubjetiva:** não há apurar-se se o (...) empregado, serviçal ou preposto (...) é delitualmente capaz ou não. A relação jurídica é entre o titular do direito e da pretensão à reparação e o que se aponta como culpado de não escolher, de não vigiar, ou de instruir e munir suficientemente. **Trata-se de responsabilidade por culpa própria, se bem que de outrem o ato – responsabilidade transubjetiva,** que se distingue das de que se cogita nos arts. 1.527-1.529”. (Grifo nosso)¹⁹

A teoria transubjetiva de Pontes de Miranda explica perfeitamente o fenômeno jurídico que ocorre em relação aos notários e registradores quando de sua responsabilização civil por atos praticados por seus prepostos. Isto porque os notários e registradores são diretamente responsáveis pelos atos de seus prepostos como se tivessem eles próprios (delegatários) praticado tais atos. A responsabilidade dos delegatários ocorrerá por meio de um viés transubjetivo, mais precisamente pelo fenômeno em que a culpa do preposto transfere-se ao notário ou registrador como se este último tivesse cometido o ato causador do dano.

Justamente por tal perspectiva do assunto é que Pontes de Miranda afirmou, ao comentar o art. 1.523 do Código Civil de 1916, que este tipo de responsabilidade não é objetiva, mas transubjetiva: “O art. 1.523 exclui a responsabilidade de se interpretar que há, aí, responsabilidade objetiva, a presunção *absoluta e irrefragável*. Também seria escusado: a responsabilidade do art. 1.521 funda-se na culpa do próprio responsável, e não na de outrem; não há, no art. 1.521, “responsabilidade sem culpa”, - há, como quer o art. 1.523, responsabilidade por culpa, ou *in vigilando*, ou *in elegendo*”.²⁰

¹⁸ PAIVA, João Pedro Lamana. *Direito registral e registros públicos*. Disponível em: <www.lamanapaiva.com.br>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, tomo LIII, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 127.

²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Ob. cit.* p. 150.

Visto que aqui defendemos a aplicação da teoria subjetiva direta da responsabilidade civil aos notários e registradores (para fins de responsabilização civil), impende ressaltar que dentro da ideia de culpa existe uma espécie de escala gradual, com diferentes níveis de diligência a serem cumpridas.

Ou seja, sobre algumas atividades se exigirá mais cautela, diligência e cuidado, enquanto que sobre outras a exigência será menor. Isto é claro porque numa sociedade é normal e previsível que haja uma escala de importância das atividades para os atos da vida civil, assim como a respectiva responsabilidade que lhes é pertinente. Neste sentir, quanto mais relevante a atividade, menor a tolerância de erros dela advindos. Ou seja, bastaria um levíssimo grau de culpa para que surgisse a responsabilidade.

Sobre o nivelamento dos graus de culpa, Sérgio Cavalieri Filho, leciona o seguinte: “Examinada pelo ângulo da gravidade, a culpa será **grave** se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão de resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal. Em ambos há previsão ou representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá. Haverá culpa **leve** se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um *bônus pater familias*. Já a culpa **levíssima** caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular. (...) **Ainda que levíssima, a culpa obriga a indenizar - in lege aquilea et levíssima culpa venit -, medindo-se a indenização não pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano**”²¹. (Grifos nossos).

Perceba-se que os graus de nivelamento de culpa, assim como o nível de tolerância aceitável para cada uma das atividades desenvolvidas em nossa sociedade não representa o afastamento de culpa, a fim de atribuir à atividade, *in casu*, notarial e registral. Pelo contrário, a responsabilidade para as atividades notarial e de registro pauta-se na culpa - implicando, assim, em responsabilidade subjetiva - e não no risco da atividade, como alguns autores afirmam.

O grau de cautela, cuidado e prudência que se espera dos delegatários, em face da relevante atividade que exercem pode fazer com que hermeneutas mais desavisados confundam esta tolerância a erros, consideravelmente diminuída, com uma atividade baseada no risco. Ao momento que se compreende não serem as atividades notarial e registral pautadas na ideia de risco, mas sim na ideia de culpa, parece incabível discutir acerca da aplicação da responsabilidade objetiva; ainda menos se esse viés objetivo estiver sendo perseguido para a seara administrativo-sancionatória.

Seguindo tal linha de raciocínio, e assentando o entendimento de responsabilidade pautada na culpa é que chegamos à dedução de Benacchio, ou seja, não há responsabilização sem culpa. Isto servirá não só para a responsabilidade civil, mas especialmente para a administrativa. E daí a importância de estarmos discorrendo sobre ambas, sob o entendimento da teoria Pontiana.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 62.

Ora, conforme já aludido, as funções desempenhadas por notários e registradores demandam, até mesmo por previsão legal, extrema cautela, segurança e cuidado na prática dos atos, sendo o dever de cautela pressuposto inafastável da culpa, e não do risco. Por via lógica de dedução, não fossem necessários todos os atos de cautela dos notários e registradores para a prática de seus atos, aí sim estaria caracterizada a responsabilidade objetiva, vez que os pressupostos característicos da culpa (entre eles, o dever de cautela) em nada importariam.

Em complemento ao raciocínio aqui travado: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Como já argumentado anteriormente, as atividades notarial e de registro não implicam, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Eventuais danos causados serão decorrentes de casos onde o notário ou registrador (ou prepostos seus) ajam com culpa para a prática de um ato danoso, seja ele evitado de imperícia, imprudência ou negligência. Ou seja, a natureza da atividade não é de risco; apenas prevê, como em qualquer outra que se submeta ao regime da responsabilidade subjetiva, a hipótese de seus agentes agirem com culpa para o ocasionamento de um dano.

Sobre este tema, tem-se valiosa explicação de Pontes de Miranda: “(...) a responsabilidade é transubjetiva – repara-se, pela culpa *in elegendo*, ou *in vigilando*, ou outra semelhante, o dano que outrem causou; culpa de outrem e sua, ação de outrem. (...) Não se exige que o ato seja do patrão, amo ou comitente; porque se o fôsse, bastaria o art. 159: exige-se a prova da culpa *in elegendo* ou *in vigilando*, ou outra culpa semelhante, pois que a ação foi de outrem. (...) Quanto à *relação jurídica de incumbência*, há dois pressupostos essenciais: a *escolha* e a *dependência*. Escolhe quem nomeia, ou contrata, ou quem se insere em negócio jurídico de que resultou a escolha (=fez sua a escolha por outrem). Pergunta-se: exime-se da responsabilidade o incumbente se prova que escolheu *bem*? Não; porque o ato ilícito prova que não houve perfeição, de jeito que não se há de considerar fundamento a culpa *in elegendo* (...) O dono é *culpado*, porque escolheu *mal*. A culpa do incumbido determina a responsabilidade sem culpa do incumbente, porque foi êle que escolheu (ou acolheu) o incumbido”.²²

A explicação de Pontes de Miranda é oportuna e pertinente porquanto deixa claro que não há que se falar em risco da atividade desenvolvida por notários e registradores, pois o único “risco” que haveria seria não da atividade, mas sim o de escolha de seus prepostos, o que é inerente a toda sorte de atividade onde haja relação de emprego. A importância conceitual dessa conclusão é a de que não há como automatizar a responsabilidade administrativa dos notários e registradores, por ato de preposto, como se isso fosse decorrência de um risco da atividade, vez que, como dito, não se trata de atividade de risco. Esta máxima vale não só para a responsabilidade civil destes delegados, mas, especialmente, para eventual responsabilização administrativa por ato de seus prepostos.

²² MIRANDA, Pontes de. *Ob. cit.* p. 146-153.

É importante lembrar que o fato de não se aplicar a notários e registradores a teoria da responsabilidade objetiva para casos de responsabilidade civil e administrativa em nada diminuirá ou afastará sua responsabilidade quando comprovada a ocorrência de dano e a respectiva culpa de preposto; para o caso da responsabilidade civil, a culpa do preposto importará na responsabilização do delegatário. Já na seara administrativa, somente a culpabilidade do próprio tabelião ou registrador é que será capaz de lhe aferir punibilidade. Neste sentido, Pontes de Miranda infere: “No tocante aos empregados, serviçais e prepostos, o que precipuamente importa é que o dano tenha sido causado quando a pessoa se achava no exercício do trabalho. Se o dano foi fora da incumbência, quanto ao lugar e ao tempo, não há responsabilidade. Cumpre, porém, notar-se que o ato não precisa estar incluído nos que o incumbente havia de prever, porque o que mais interessa é o contacto com terceiro, como *incumbido*”.²³

Fábio Medina Osório (Direito administrativo sancionador. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 353-354), em complemento a esta discussão e em perfeita explicação sobre o fundamento punitivo, explica que: “Se uma infração disciplinar é, in concreto, inevitável, qual o fundamento para a suposta atividade corretiva do Estado? Corrigir o quê? Se a ação ilícita era, por qualquer outro motivo, inevitável, como punir o infrator, se a ideia é reeducar no âmbito das sanções disciplinares? Se este raciocínio é aplicável até mesmo ao campo disciplinar, o mais rígido de todos, onde o Estado mantém vínculos de relação especial de sujeição com o infrator, o que se dirá de outros domínios? **Evitabilidade do fato é, portanto, o fundamento mais próximo da exigência de culpabilidade. O sujeito deve possuir a chance, a oportunidade de evitar o fato ilícito. A ameaça da pena quer evitar o fato. Por um princípio de justiça, se a ameaça é incapaz de gerar uma potencial evitabilidade do fato, não há culpabilidade, inexistente fundamento subjetivo para a punição do comportamento humano, direto ou indireto, materializado por pessoas físicas ou jurídicas**”.²⁴ (grifamos)

No caso sob exame, por exemplo, restou comprovado que o tabelião agiu de todas as formas a evitar o problema, escapando-lhe por completo o resultado danoso, que só ocorreu por culpa de seu preposto que, mesmo orientado corretamente, incorreu em ilícito. Ou seja, o fato era mesmo evitável e assim tentou, em todos os momentos, fazer o tabelião, ao contrário de seu preposto. Consequência disto foi afastar a responsabilidade administrativa do primeiro (porquanto inexistente a culpabilidade), e o reconhecimento de culpa do segundo (que em relação ao tabelião só terá reflexos civis, e não administrativo-punitivos)²⁵.

²³ MIRANDA, Pontes de. *Ob. cit.* p. 152.

²⁴ Ribeiro, Luís Paulo Aliende. Responsabilidade administrativa do notário e do registrador, por ato próprio e por ato de preposto. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 81. ano 39. p. 401-427. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2016. p. 422.

²⁵ Neste sentido: “A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, cogita-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva (...). Não há, pois, violação culposa dos princípios explicitados no art. 11. **Ninguém é desonesto, desleal ou parcial por negligência. Ou o agente público labora movido pelo dolo (e pratica ato de improbidade) ou não se aperfeiçoa a figura do art. 11. Seja in vigilando, seja in comitendo, seja in omittendo, seja in custodiendo, a culpa não cabe na consideração dos atos de improbidade alocados no art. 11, conforme orienta a doutrina**” (REsp 1530234/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho). Ribeiro, Luís Paulo Aliende. Responsabilidade administrativa do notário e do registrador, por ato próprio

Isto porque, como já dito, “Esse parâmetro pode ser definido a partir da análise e verificação da evitabilidade ou não do fato, solução útil para fixar exata medida para adequada aplicação de um Direito Penal Disciplinar (ou Direito Administrativo Sancionador)²⁶”.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 nov. 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005

DIP, Ricardo. Conceito e natureza da responsabilidade disciplinar dos registradores públicos. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 101)

ERPEN, Décio Antônio. Da responsabilidade civil e do limite de idade para aposentadoria compulsória dos notários e registradores. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, n. 47, jul./dez. 1999.

ERPEN, Décio Antônio *et al.* *Responsabilidade civil, penal e administrativa dos notários e registradores e o dano moral*. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ERPEN, Décio Antônio; PAIVA, João Pedro Lamana. Princípios do registro imobiliário formal. In: DIP, Ricardo (Org.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004.

FERREIRA, Daniel. Teoria geral da infração administrativa: a partir da constituição federal de 1988. Fórum: Belo Horizonte, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, tomo LIII, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PAIVA, João Pedro Lamana. *Direito registral e registros públicos*. Disponível em: <www.lamanapaiva.com.br>. Acesso em: 10 jan. 2018.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. Responsabilidade administrativa do notário e do registrador, por ato próprio e por ato de preposto. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 81. ano 39. p. 401-427. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2016.

e por ato de preposto. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 81. ano 39. p. 401-427. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2016. p. 425. (grifo nosso)

²⁶ (Ribeiro, Luís Paulo Aliende. Responsabilidade administrativa do notário e do registrador, por ato próprio e por ato de preposto. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 81. ano 39. p. 401-427. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2016. p. 426).