

Responsabilidade Civil do Delegatário Notarial e de Registros Públicos

"...Corresponde às leis bem dispostas determinar por si, o quanto seja possível, tudo, e deixar aos que julgam o menos possível."

Aristóteles, Retórica

Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo
Juiz de Direito aposentado. Professor de Direito Civil da EMERJ. Delegatário Titular do 4º Ofício de RTD, Comarca da Capital/RJ. Presidente do IRTDP/RJ.

I. CONSTITUIÇÃO E CARTÓRIOS: O NOVO MODELO E SEU REGIME JURÍDICO

De início, uma advertência: a responsabilidade civil de notários e registradores fundamenta-se *primeiramente* na legalidade constitucional. Com efeito, o novo modelo inscrito no artigo 236 e parágrafos é conquista da sociedade, acrescido dos artigos 31 e 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), vindo a regulamentá-los a Lei 8.935/94, tudo a repercutir fundo no tema da *atual* responsabilidade civil de notários e registradores.

Por coerência aos princípios da moralidade, eficiência e impessoalidade, o artigo 236 estatui que *"os serviços notariais e de registros são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público"*, explicitando o seu § 3º a exigência de concurso público para ingresso na atividade.

Consagra-se, nesse arquétipo, a prerrogativa de ampla *autonomia* de organização e execução dos serviços, donde a expressão

- em *caráter privado* -, com claro abrandamento dos poderes do Judiciário, encarregado da fiscalização, já agora fundada em função correcional mais *pedagógica* ou *orientadora* do que o vezo das verticalidades punitivas.

Essas considerações, abreviadas embora, indicam que o delegatário notarial e de registros públicos assume *pessoalmente* as atribuições afeitas à sua profissão. O ato notarial, como o registrário, aperfeiçoam-se *independentemente* de revisão ou referendo da fiscalização judiciária.

Se assim se compreender, nenhuma *antinomia* haverá entre o artigo 37, § 6º, da Constituição, e o artigo 22 da Lei 8.935/94, sendo inconstitucional, por retrocesso à *culpa*¹, o artigo 38 da Lei 9.492/97, que regulamenta os tabelionatos de protesto. Para ser exato, ocorre justo o inverso: o artigo 22 ajusta-se à matriz constitucional, e não contraria, a bem ver, o sistema geral do artigo 927 do Código Civil, harmonizando-se, no dado específico, ao artigo 14, c/c o 22, parágrafo único, do Código do Consumidor.

Não se pode ignorar a exegese de quem defende a responsabilidade direta e objetiva do Estado, com direito de regresso contra o delegatário e deste contra seus empregados e substitutos².

O equívoco, porém, é por demais evidente. Vamos avançar.

II. NATUREZA *DELEGADA* DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTROS PÚBLICOS

A Constituição de 1988, refletindo a longa trajetória anterior, desde o Brasil-Colônia, fez uma opção política: os cartórios extrajudiciais, desligando-se da oficialidade, evoluíram para serviço público *delegado*, em caráter *privado*, sob a *fiscalização* do Poder Judiciário.

¹ Lei 9.492/97: "Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso". Visto o art. 22 da Lei 8.935/94, confirma-se, sem razão, a quebra intra-sistemática. Diz o art. 22: "Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos". Sergio Cavalieri afirma que o referido art. 38 é "flagrantemente inconstitucional" (cfr. Programa de Responsabilidade Civil, 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 271).

² Cfr. Rui Stoco, "Responsabilidade civil dos notários e dos registradores", RT, 714-44; Nalini e Ricardo Dip, Registro de imóveis e notas: responsabilidade civil e disciplinar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 78 e ss. A posição final de Nalini é pela responsabilidade objetiva e não subjetiva.

A alternativa de adotar a técnica da delegação, mas em caráter *privado*, sedimenta na tendência universal de reduzir a Administração estatal. Por enquanto, notários e registradores, aprovados em concurso público e investidos na delegação, seguem titulares de função pública, todavia em *nome próprio* e a *risco* deles, não integrando quaisquer dos organismos da hierarquia estatal.

Entre o delegatário e o Estado constrói-se uma relação complexa, cujos aspectos centrais são a investidura, a fiscalização técnica e a disciplina. O serviço delegado não deixa de ser uma função pública de efeitos jurídicos; só que o *modo* da sua execução, com liberdade de organização e gestão administrativa, fica confiado à *discricionariedade* do delegatário. A fiscalização judiciária, técnica ou disciplinar, não envolve *subordinação hierárquica*, suscitando, ao revés, um certo regime especial de coordenação e colaboração³.

Isto explica o princípio da *independência* positivado nos artigos 3º, 20, 21, 28 e 41 da Lei 8.935/94, sem olvidar-se o preceito do artigo 50, que confirma a abrangência do modelo privado, ao ordenar que, na vacância de ofício estatizado, este passaria automaticamente ao sistema da referida lei, que impõe o Regime Geral da Previdência Social. Já o estatuto dos empregados remete à Consolidação das Leis do Trabalho.

Para além, no Direito pátrio, alinham-se outros profissionais titulares de serviços públicos que não são funcionários, servidores ou agentes públicos, como é o caso de *leiloeiros, intérpretes, tradutores, peritos, permissionários e concessionários*. Se integrassem *órgão* da Administração Pública direta, ou a qualquer outro título, notários e registradores *não* precisariam receber a *outorga* da delegação.

Afastese, pois, toda polêmica ou controvérsia: o delegatário notarial e de registros executa atividade profissional privada de função pública geradora de efeitos jurídicos. Todo o *risco* é dele somente; *risco profissional*. Por todos, Eduardo Pondé⁴ reúne a opinião de

³ O art. 28 da Lei 8.935/94, enfático, usa o termo *independência* para marcar a ampla autonomia, enquanto o art. 41, no tocante à prática dos atos necessários à organização e execução dos serviços, insere o aposto "independentemente de autorização". Hely Lopes Meirelles sempre pontuou que os agentes delegados "... não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público" (cfr. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª ed., p. 80-81).

⁴ *Tríplice Notarial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977, p. 245. No Direito pátrio, pela atualidade da obra e prestígio do seu autor, consulte-se Sergio Cavalieri, ob. cit., p. 268-271.

dezenas de autores, afirmando o aparato genuinamente *privado* do ofício notarial e registrário, não discrepando do nosso atual sistema.

Não convencem os argumentos contrários. Realmente, a via do *concurso público*, para obter a delegação, não desnatura o seu caráter privado, sendo um novo meio tão idôneo quanto a licitação, máxime por sua origem constitucional. Nem conta a proibição do artigo 25, da Lei 8.935/94: o que se previne, aí, é a *incompatibilidade* da ocupação de cargo ou função pública com o exercício personalíssimo e exclusivo da função notarial e de registros. Mencione-se, para encerrar, os aspectos da remuneração e da fé pública. Ora, os delegatários não se elevam a agentes públicos por perceberem emolumentos fixados em lei. Estes, de rigor, refogem ao conceito de receita pública típica; são, evidentemente, tarifa ou preço público, conquanto possam incluir parcelas obrigatórias, como os acréscimos devidos à receita dos Estados ou a fundos especiais de natureza variada⁵. Quem lhes paga são os interessados, e não o erário. A fé pública, a seu turno, não transforma o delegatário em *autoridade* estatal típica: melhor se diria que é um *atributo* da função notarial e registrária, que a lei chancela como garantia de segurança jurídica.

Essa compreensão, em tema de responsabilidade civil, elucida e é pacificadora. Afinal de contas, se o Estado responde pelos danos dos seus órgãos de atuação, também há de responder o delegatário privado de serviços públicos. A outorga é do serviço público com seus *ônus*, e não apenas outorga da *execução com emolumentos*. Se o fosse, o privilégio seria injustificável, aviltando o princípio constitucional da *igualdade substantiva*.

Na verdade, o delegatário notarial e de registros públicos insere-se na Administração Pública, em *substituição* ao Estado, mas à sua conta e risco profissional, cumprindo-lhe ressarcir, pessoal e objetivamente, os prejuízos infligidos aos usuários e a terceiros. Reitere-se o que antes foi dito: o ato notarial e registrário completa-se sob a regência e discricionariedade do trabalho profissional do

⁵ No Estado do Rio de Janeiro, o usuário paga vinte por cento, calculado sobre os emolumentos legais, para o Fundo Especial do Tribunal de Justiça, além de contribuir para diversas entidades, desde a Mútua dos Magistrados até a ANOREG/RJ.

delegatário, isto é, sem depender da fiscalização judiciária. A fiscalização técnica ou disciplinar não lhe retira a *independência funcional e profissional* para instrumentar notas públicas e qualificar títulos, documentos e papéis trazidos a registro⁶.

III. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

1. Introdução

À primeira vista, o artigo 22 da Lei 8.935/94, integrado ao artigo 37, § 6º, da Constituição, consolida a responsabilidade *objetiva* de notários e registradores. Muitos objetam, contudo, que deveria esclarecer às expressas sobre a necessidade de provar-se ou não a culpa do delegatário, como fazia do artigo 28 da Lei 6.015/73, agora revogado⁷. Em realidade, toda a discussão anima na dúvida acerca da *natureza jurídica* do vínculo existente entre o Estado e os notários e registradores.

A doutrina dominante, recusando aquela que os quer agentes públicos, na titularidade de um serviço subordinado ou hierarquizado, nega-lhes essa qualidade, confiantes de que o delegatário incorpora o risco profissional inerente à sua atividade, devendo indenizar, com suas rendas, independente de dolo ou culpa, os danos experimentados pelos usuários e terceiros⁸.

Ao fluir das idéias, e para melhor ordená-las, ressalte-se que o artigo 22 da Lei 8.935/94 emprega o termo "*terceiros*", a sugerir pessoas alheias ao serviço notarial ou registrário, embora atingidas por fato ligado ao seu funcionamento. Significa, no rigor técnico-jurídico, todos aqueles que não mantiveram contato prévio com a estrutura cartorial. Segue-se, à míngua de vínculo preexistente, que a referida norma só se aplica à responsabilidade *extracontratual* ou *aquiliana*, não incidindo nos casos de fatos danosos do serviço fornecido, porque aí haverá relação *contratual* e o usuário que o

⁶ Confira-se, no tópico, a norma dos arts. 37 e 38 que regulam os limites da fiscalização pelo Poder Judiciário.

⁷ O art. 28, afinado à Constituição de 1969, e ao Código Civil de 1916, apegava-se à noção de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Considero-o revogado pelo art. 22 da Lei 8.935/95.

⁸ Consulte-se, por todos, Nalini, ob. cit., p. 85 e ss.

requerido não é “terceiro”, mas *parte* diretamente interessada no *resultado* do serviço⁹.

Afaste-se o simplismo de não medir diferenças entre responsabilidade *contratual* e *extracontratual*. Como pondera Ruy Rosado, a inexecução do contrato é fato ilícito de natureza diversa do ilícito extracontratual definido no artigo 186 do Código Civil¹⁰. O ilícito contratual, distinguindo-se do ilícito extracontratual, invoca a disciplina dos artigos 389 e ss. e 395 e ss. do Código Civil. A reparação do dano, nesta, deve ser vista como o prolongamento da execução da obrigação prometida, espécie de execução pelo *equivalente*. De sua parte, o ilícito extracontratual é que constitui a relação jurídica de caráter indenizatório, subsumida ao comando do artigo 927 e ss. do Código Civil.

Na atualidade, porém, e no que atina ao tema versado, o alcance da distinção é mais zelo didático-pedagógico do que um efeito jurídico necessário. Antunes Varela, lembrado por Cavalieri, diz que uma e outra atuam como “vasos comunicantes”¹¹. O Código do Consumidor, superando a aparente dicotomia, *unificou* a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, atribuindo ao terceiro a qualidade de consumidor *equiparado* (cfr. art. 17). Como explica Cavalieri, o tratamento unitário tem por fundamento o respeito ao dever de *segurança*, o qual, se violado por algum defeito do produto ou serviço, dêis que enredado numa relação de consumo, na ordem contratual ou não, dá ensejo à obrigação de indenizar¹².

Mais idéias virão a seguir, todas em reforço do convencimento que de plano antecipo: a responsabilidade objetiva do delegatário de notas e registros públicos, derivando do artigo 37, § 6º, da Constituição, positiva-se no artigo 22 da Lei 8.935/94, que não discrepa, antes, ao reverso, harmoniza-se e é enriquecido pelo parágrafo único do artigo 22, do Código do Consumidor, que o subsidia como lei

⁹ A doutrina, sem divergência, ensina que o notário-registrador assume com o usuário obrigação de resultado. Neste sentido, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil, v. 7 – Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 258 e ss.

¹⁰ Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal - CEJ, nº. 28, março/2005, p. 10.

¹¹ Ob. cit., nº 135, p. 519.

¹² Cavalieri, ob. cit., nº 135, p. 519.

geral, assim como o Código Civil, nomeadamente os seus artigos 927, parágrafo único, e 933.

2. Responsabilidade Objetiva e Não Subjetiva do Delegatário

Para definir a responsabilidade civil do delegatário urge primeiro discernir qual a sua posição jurídica nas relações estabelecidas com o Estado, buscando flagrar, nesse contexto, se ele pode ou não ser considerado um tipo singular de agente público. José Afonso da Silva ensina que agente público, em sentido lato, abrange os agentes políticos e os agentes administrativos, nestes os que ocupam cargos, empregos ou funções públicas, mantendo com o Poder Público relação de trabalho não eventual, sob vínculo de dependência, profissionalidade e subordinação hierárquica¹³. Assim não se passa com o delegatário notarial e registrário. É ele um profissional do Direito, aprovado em concurso público, desempenhando suas funções com liberdade e independência¹⁴, forro de subordinação hierárquica. Curioso é que Ceneviva, arauto da responsabilidade direta e objetiva do Estado, alinha nesse ponto: a qualidade de delegatário nasce da *outorga* da delegação e se destaca do servidor público de que cogita o artigo 39 da Constituição, "...posto que estranho à Administração Pública direta, às autarquias e fundações"¹⁵.

Nos planos da responsabilidade civil, diferente da responsabilidade penal e administrativa, o delegatário submete-se aos cânones da responsabilidade *contratual* e *aquiliana*, ainda que, a fins práticos, pouco ou nada signifique. Nas duas modalidades, provado o dano e o nexos causal, exsurge a obrigação de reparar os prejuízos comprovados. Já os danos dos agentes públicos atraem o regime da responsabilidade objetiva do Estado, restando-lhes, mitigada, a responsabilidade *subjetiva*, em regresso, se se provar dolo ou culpa.

Não se devem equiparar situações díspares ou heterogêneas. De um lado, o delegatário que auferi *emolumentos*, pagos diretamente pelos usuários; de outro, os agentes públicos com seus venci-

¹³ *In Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 578.

¹⁴ Cfr. Arts. 3º, 20, 21, 28 e 41 da Lei 8.935/94.

¹⁵ Observação de Nalini, ob. cit., p. 87.

mentos às custas da Fazenda Pública. O artigo 37, § 6º, da Constituição, sensível à dupla realidade, atualiza o óbvio: o regime da responsabilidade objetiva submete o Estado e os prestadores de serviços públicos, quais os concessionários, permissionários e delegatários de notas e registros públicos, os últimos mercê de interpretação sistemática e finalista. O artigo 22 da Lei 8.935/94 tão-somente o reforça, em obediência ao mandamento constitucional do artigo 236, § 1º, da Constituição, que a previra como indispensável para regular as atividades e disciplinar "... a *responsabilidade civil* e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos...". Nem vale o argumento de que o termo "*agente*" indica todo aquele que é incumbido de realizar algum serviço público, em caráter permanente ou transitório¹⁶. Sob tal moldura, em sentido amplo, o delegatário notarial e de registros, haveria de qualificar-se um agente público, suscitando a responsabilidade direta e objetiva do Estado, nos termos do artigo 37, § 6º, referido.

A opção constitucional de impor um regime genuinamente *privado* à prestação dos serviços de notas e registros públicos é destacada na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷ e Ovídio Baptista¹⁸. Também o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a pertinência do regime privado, e o fez num crescendo, como se encontra posto no julgado que entendeu que esse novo modelo repercutia, sim, sobre os titulares da delegação, impedindo que se aplicasse a eles a *aposentadoria compulsória*¹⁹ por implemento da idade prevista constitucionalmente aos servidores públicos (cfr. art. 40, II).

¹⁶ As explicações de Cavaliere, *ob. cit.*, p. 269, resolvem a controvérsia ao entendimento de que notários e registradores submetem-se ao igual regime dos prestadores de serviços públicos, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, inexistindo razão para excluí-los. Tenho que o art. 37, § 6º, referido, importa no *nivelamento* dos prestadores de serviços públicos, a qualquer título, aos deveres do próprio Estado. Cada um, independentemente do outro, responde pelos danos causados a terceiros por seus órgãos de atuação ou estrutura administrativa.

¹⁷ Cfr. "A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registro e para delegação para provimento desses serviços", in *Revista de Direito Imobiliário*, nº 47, p. 197 e 198. Depois de analisar o art. 236 e seus parágrafos, destaca em conclusão uma que alude à responsabilidade do notário-registrador. Afirma que "... a disciplina e a responsabilidade dos exercentes de tal delegação será fixada em lei...". Ora, a lei existe: é a Lei 8.935/94, art. 22.

¹⁸ Cfr. "O notariado brasileiro perante a Constituição Federal", in *Revista de Direito Imobiliário*, nº 48. O caráter privado do serviço é realçado à p. 81. O raciocínio, por óbvio, é extensível também ao serviço de registros, haja vista que ambos recebem igual tratamento constitucional.

¹⁹ ADIN 2.602-0-MG, julgamento em 24.11.2005. Relator designado para o acórdão: Min. Eros Grau.

Com o advento do Código Civil de 2002 ainda mais se fecha o ideal de objetivar a reparação por danos civis. Todo o sistema infraconstitucional vai ao encontro do artigo 37, § 6º, da Constituição. A noção de culpa agoniza nas exceções, a favor dos profissionais liberais, no Código do Consumidor²⁰, chegando ao Código Civil como elemento meramente accidental²¹, porquanto, neste, prevaleceu a ética do risco, assim o artigo 927, parágrafo único e outros.

Na síntese de Cahali, ao influxo dessa nova realidade normativa, os delegatários notariais e de registros respondem objetivamente pelos danos comprovados de usuários e terceiros²².

3. Extremos da Distinção: Responsabilidade do Estado por Danos de Cartórios Oficializados, Vagos ou em Regime de Intervenção

O regime constitucional de delegação do serviço de notas e registros públicos convive com *três* situações *especiais*: a) *uma*, excepciona o direito adquirido de notários-registradores com investidura anterior à Constituição de 1988, nos termos como define o artigo 47 da Lei 8.935/94; b) *outra*, a dos cartórios oficializados e, pois, não privatizados, estes em consonância ao artigo 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²³; c) a *terceira* cuida das serventias vagas, na ausência de substituto nomeado pelo antigo titular, ou sob intervenção disciplinar do Poder Judiciário, até que venham a ser providas por um delegatário.

Nesses três casos, urge bem discernir o *momento* de impor-se a responsabilidade objetiva do Estado com supedâneo no artigo 37, § 6º, da Constituição.

Os delegatários do grupo *a*), mantidos na titularidade dos cartórios, sob o manto do direito adquirido, sujeitam-se ao novo regime privado instituído pela Constituição de 1988. Respondem, destarte,

²⁰ Cfr. Art. 14, § 4º.

²¹ Gagliano, Pablo Stolze, *Novo curso de direito civil*, 3ª ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28.

²² *Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 348. Para Cahali concorrem duas responsabilidades objetivas: a do Estado e a do notário-registrador. Por isso defende a responsabilidade solidária.

²³ "Art. 32. O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público, respeitando-se o direito de seus servidores."

direta e objetivamente, pelos danos causados aos usuários ou a terceiros, com direito regressivo no caso de dolo ou culpa dos empregados e substitutos. Nada justifica diferenciá-los do notário-registrador concursado; estão em pé de igualdade; *equiparam-se*. Convém não ignorar, neste tópico, a inovação do Código Civil de 2002, sujeitando o empresário ao dogma da responsabilidade objetiva por ato de seus empregados e prepostos (cfr. arts. 932 e 933).

Para as demais situações - letras *b*) e *c*) -, a solução é responsabilizar o Estado-membro da territorialidade do cartório, que poderá cobrar dos serventuários ou empregados culpados, em regresso, a quantia que tiver pago.

4. Inexistência de Responsabilidade Subsidiária ou Solidária do Estado

A responsabilidade objetiva do Estado, por exceção, apresenta-se perante danos oriundos de *fato da fiscalização*, provado o nexo causal²⁴. Ou então, nos casos de cartório *vago*, a que falte substituto deixado pelo antigo titular, ou no período de *intervenção disciplinar*²⁵. O Estado, à evidência, *nada* responde pelos atos e fatos do notário-registrador, no desempenho regular de sua atividade, nem direta nem indiretamente. Repila-se a tendência dos que a defendem *ao menos subsidiária* - ou supletiva -, como faz Nalini²⁶. Nem sequer à vista da *insolvência* do delegatário. Já anteriormente, juristas da estatura de Hely Lopes Meirelles²⁷ e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello se alinhavam na tese da subsidiariedade. Constitui-se, todavia, num grave equívoco. Há que se considerar a nova realidade normativa do artigo 37, § 6º, da Constituição, que não sufraga esse entendimento, e que se impõe, não apenas como um sistema em si - com sua ordem, unidade e harmonia -, mas também com um modo específico de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Por isso se diz, muito apropriadamente, que este fenômeno implica num

²⁴ Cfr. *Infra*, n. IV.

²⁵ Cfr. *Supra*, n. 3.

²⁶ Cfr. *Ob. cit.*, p. 92.

²⁷ Hely Lopes Meirelles, *ob. cit.*, p. 81.

processo de *filtragem constitucional*, pelo qual toda a ordem jurídica deve ser lida e compreendida, à luz da Constituição²⁸.

Nenhuma responsabilidade, portanto, deve suportar o Estado pelos fatos danosos do serviço delegado, pois o usuário, ao contratá-lo, verga-se ao regime privado, sem qualquer vinculação com o Poder delegante. Nesta matéria, bem cabe invocar-se a doutrina estrangeira, à frente Eduardo Bautista Pondé, festejado autor argentino, que afirma convincentemente: "... O Estado responde pelos atos e fatos dos funcionários públicos, seja direta ou indiretamente; o Estado não responde pelos atos e pelos fatos do notário, nem direta nem indiretamente"²⁹.

A posição de Cahali, correta quando proclama a responsabilidade objetiva de notários e registradores, desvia-se, contudo, ao sustentar, sem explicações plausíveis, a responsabilidade *solidária* do Estado por fato do serviço delegado. Nem solidária, nem subsidiária; a hipótese é de responsabilidade direta e objetiva do delegatário, que assume, sozinho, o risco profissional de sua atividade. O preceito do artigo 37, § 6º, da Constituição, explicitado no artigo 22 da Lei 8.935/94, *intensifica* a idéia-força da responsabilidade objetiva do notário-registrador, inexistindo lugar à responsabilização direta e concomitante do Estado, exceto se sobrevier fato lesivo ligado à fiscalização judiciária, como, *v. g.*, a aplicação de um certo tipo de *selo* de autenticidade, obrigatório no Estado do Rio de Janeiro, vindo a fraudá-lo algum falsário, com tal *perfeição*, a ponto de engendrar notas ou registros públicos³⁰. Cavalieri admite a subsidiariedade no caso de insolvência³¹.

Na verdade, já desde a Lei 8.078/90, que instituiu o Código do Consumidor, aprofundou-se, entre nós, a *legalidade constitucional* tocante à responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços pú-

²⁸ Não se trata de incluir na Constituição normas de outros domínios, mas, na verdade, a releitura ou reinterpretação do Direito Civil sob a influência da matriz constitucional. Com esse sentido é que se deve assimilar o fenômeno da denominada *constitucionalização* do Direito Civil. Sobre o tema, v. Gustavo Tepedino, "O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa", *in* Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, 2001.

²⁹ Cfr. *Tríplico Notarial*, p.315, citação de Nalini, *ob. cit.* p. 92.

³⁰ Cfr. *Infra*, n. IV.

³¹ Programa..., *ob. cit.*, p. 269.

blicos. Realmente, quanto aos notários e registradores, se acaso faltasse a norma do artigo 22, citado, atuaria o artigo 22, *parágrafo único*, do Código do Consumidor, indubitado acerca da responsabilidade do Estado e das pessoas prestadoras de serviços públicos por fatos próprios desses serviços. A *supremacia constitucional* confirma-se, outra vez mais, na Lei 8.987/95, que rege as concessões de serviços públicos, como se extrai do seu artigo 25, *textuais*: “Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade”.

5. Delegatário não é Agente Público; é Colaborador: O Equívoco Conceitual da Doutrina e da Jurisprudência

Até a Constituição de 1988 justificava-se o entendimento de que os titulares de cartórios, quer do foro judicial, quer do foro extrajudicial, eram agentes ou servidores públicos, e por seus atos, nessa qualidade, respondia o respectivo Estado da Federação pelos danos causados aos usuários e a terceiros. Como se acha em acórdão paradigmático, concebido à margem do artigo 107, da Constituição de 1969, na relatoria do Ministro Moreira Alves, a responsabilidade do Estado, fundada no risco administrativo, é indiscutível, embora possa o lesado, a seu arbítrio, acionar também ao funcionário, autor do dano. Ressalta, a certa altura do seu voto, que nesse tipo de questão há uma única dívida e duas responsabilidades: “a da Administração perante o lesado, baseada na teoria do risco administrativo, e a do autor do dano, com fundamento na teoria da culpa. Quem deve ao lesado, em princípio, é aquela; mas este também é responsável pela dívida, desde que tenha agido com culpa ou dolo”³². Já na vigência da Constituição de 1988, apesar da norma do artigo 236, com o apêndice exegético dos artigos 31 e 32, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, manteve-se o Supremo Tribunal afeiço-

³² Eis a ementa do precedente referido: “RESPONSABILIDADE CIVIL. EXEGESE DO ARTIGO 107 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ação direta contra servidor público com base no artigo 159 do Código Civil. O artigo 107 da Constituição Federal não impede que a vítima de dano decorrente de ato do servidor público – como o é o serventário de justiça, ainda que de serventia não oficializada – proponha contra este ação direta, com fundamento no artigo 159 do Código Civil”.

ado à *ordem pretérita*. O voto-condutor, agora, é do Ministro Carlos Velloso, irreduzível quanto à responsabilidade objetiva do Estado, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa, tudo ao influxo do artigo 37, § 6º³³.

Descendo ao Superior Tribunal de Justiça, vamos encontrar as amarras da Magna Corte. Para agravar o equívoco, os votos de regência são do labor de dois eméritos. Um deles, o Ministro Teori Zavascki, traz à memória os acórdãos dos Ministros Moreira Alves e Carlos Velloso, para enfatizar a responsabilidade objetiva do Estado, na vigência da Constituição de 1969 e também da *atual*, estando legitimado a figurar no polo passivo da ação indenizatória "... por danos causados por titular de serventia extrajudicial não-oficializada"³⁴. Outra voz, a da Ministra Eliana Calmon, contrariando votos dos Ministros Ruy Rosado e Romildo Bueno, no sentido da legitimidade passiva dos cartórios, como pessoas formais (cfr. REsp 476.532/SP e 21.176/RJ), asseverou com o brado dos fortes: "... não se pode ter dúvida quanto à legitimidade do Estado em responder pelos atos causadores de danos, se praticados por um dos seus agentes, sendo certo que, independentemente de ser ou não oficializadas as serventias, exercem elas atividade estatal privativa, sob a fiscalização da Justiça". Esclarece, a mais, que a expressão "agente", usada pela Constituição de 1988, no artigo 37, § 6º, enquadra a figura do tabelião ou notário, donde a impossibilidade legal de excluir-se o Estado dos cânones da responsabilidade civil³⁵.

O equívoco dessas manifestações é *conceitual*. Tanto o jurisprudente, como parte da doutrina, insistem no paroxismo de atribuir aos notários e registradores, mesmo depois da Constituição de 1988, a qualidade de *agentes públicos*, alcançados, de conseguinte, pela norma do seu artigo 37, § 6º. Rui Stoco, confrontado pelo artigo 22 da Lei 8.935/94, chega a propor interpretação *teleológica*, sob a compreensão de que este apenas prevê uma cadeia de direitos de regresso, "... de modo que, condenado o Estado, exsurge a obrigação

³³ Cfr. Ag. Rg nº RE 209.354/PR, Segunda Turma, DJ de 16.4.1999.

³⁴ Cfr. REsp 481.939-CO (2002/0166408-4).

³⁵ Cfr. REsp 489.511/SP (2002/0148025-0), julgado em 22.6.2004.

de exigir do titular da serventia aquilo que pagou, e como, ao contrário do titular, os demais funcionários ou prepostos do cartório submetem-se ao regime privado, assegurou-se àquele o direito de regresso contra o funcionário causador direto do dano a terceiro, e nada mais”³⁶.

Tenho enorme dificuldade em aceitar a lição de que o Direito, como a natureza, não opera por saltos e nem se faz num instante. Penso que ao intróito de nova ordem constitucional é imperioso decair do *misonéismo* intelectual, apegado ao anteriormente estabelecido, como se nada de relevante houvesse mudado. Delegatários notariais e de registros públicos poderiam ter sido considerados agentes, funcionários ou servidores sob a realidade constitucional revogada, mas não ao jugo da nova, que lhes reserva o regime privado contido no artigo 236, com os parâmetros criteriológicos dos artigos 31 e 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Como atrás anunciei, nem todo serviço público é prestado por servidor ou agente público, assim os leiloeiros, tradutores, peritos, intérpretes, permissionários e concessionários. Bem disse o Ministro Sepúlveda Pertence, no Recurso Extraordinário 178.236/RJ, sobre a aposentação compulsória dos titulares de cartórios, ele, naquele momento, vencido com os Ministros Marco Aurélio e Francisco Rezek, que a bela resenha feita no voto do Ministro Celso de Mello, reportando doutrina e jurisprudência cristalizadas ao manto do ancião regime constitucional, mais o convenciam do quanto “... a douta maioria se entregou ao exercício do que se tem chamado de ‘*interpretação retrospectiva*’, recusando-se a *ver* que a Constituição *mudou*” (grifos do original e meus).

Diferenciam-se, com efeito, o enunciado no artigo 236 e o contido nos artigos 175, 21, XI e XII, 25, § 2º, e 30, V, todos da Constituição. Examinados esses dispositivos – o artigo 175 acerca dos princípios gerais em matéria de prestação de serviços públicos e os demais ao relacionarem os serviços de competência da União, dos Estados e dos Municípios – colhe-se que todos facultam à Administração Pública o poder de prestar *diretamente* ou *mediante delegação* os serviços indicados. No que tange à saúde, previdência e edu-

³⁶ Cfr. “Responsabilidade civil dos notários e registradores: comentários à Lei 8.935, de 18.11.1994”, in *Revista dos Tribunais*, nº 714/44, p. 51, abr. 1995.

cação, a Constituição reserva ao Estado a decisão de igualmente atuar em concurso com a iniciativa privada (cfr. arts. 199, 202 e 209). Já o artigo 236, *insular e fechado*, não cede espaço à Administração estatal, antes pelo contrário, circunscreve-se e, categórico, delimita: "*os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público*".

Sabe-se que a Constituição não contém palavras supérfluas³⁷. Nem cabe imaginar-se que o legislador incidiu em contradição ou erronia técnica. O que se ministra em boa doutrina é precisamente o inverso: não se deve considerar que a utilização ou não de determinado conjunto de palavras não produza, afinal, qualquer diferença no sentido das normas examinadas³⁸. Destarte, se o constituinte previu a alternativa da "prestação direta pelo Poder Público" todas as vezes em que cogitou da execução de serviços públicos por particulares, a *omissão* verificada só no artigo 236 deve convencer o intérprete-aplicador, *nessa hipótese*, de que não se quis franquear ao Poder Público a opção de fazê-lo diretamente. Trata-se, no caso, do fenômeno que a doutrina designa de *silêncio eloqüente*, e que tem, na atual legalidade constitucional, o significado óbvio de indicar que o próprio legislador constituinte decidiu que os serviços notariais e de registros devem ser fornecidos *exclusivamente* por particulares, sob *regime privado*. Essa conclusão mais se reforça à vista dos artigos 31 e 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O artigo 31, destacando os cartórios judiciais, encaminha-os à disciplina da *estatização*, respeitado o direito adquirido; noutro rumo, o artigo 32 afasta da incidência do artigo 236 apenas os serviços notariais e de registros definitivamente *oficializados* pelo Poder Público.

Ao império dessas premissas, e acolhendo a opção político-valorativa do constituinte sobre o regime inteiramente privado das notas e dos registros públicos, é dado concluir, com larguíssima margem de segurança, que os atuais delegatários, profissionais do Direito, não mais ostentam a qualidade de agentes ou servidores públicos, respondendo cada um deles, independentemente de culpa, com o

³⁷ Francesco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, 1987, p. 140.

³⁸ Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2002, p. 130-131.

seu patrimônio, pelos danos causados aos usuários e a terceiros, devendo ser revista a jurisprudência que teima em admitir os Estados da Federação como legitimados passivos nas ações de indenização³⁹.

6. A Pedra de Tropeço de Juízes e Tribunais: Interpretação Retrospectiva e a Visão do Futuro

Pesquisando as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se, sem esforço, que o nó górdio está na *qualificação* do delegatário notarial e registrário. Quem nele vislumbra um “agente” público, enquadra-o na amplitude do § 6º do artigo 37 da Constituição. Estamos com aqueles que entendem que o artigo 236 da Constituição estabeleceu um *especial* regime privado de prestação dos serviços notariais e de registros. É consabido que nem todo serviço público é prestado por agente ou servidor público. O exemplo do notário-registrador é típico: ele exerce um ofício público sem ser órgão estatal⁴⁰. Não integra, em suma, a Administração Pública de qualquer nível. Nem vale confundir a fiscalização judiciária, nos aspectos técnico e disciplinar, com subordinação ou dependência hierárquica.

Superada essa questão *conceitual*, como sugere a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 24.11.2005, que retirou os delegatários notariais e de registros da aposentadoria compulsória prevista no artigo 40, II, da Constituição, sobra a crença de que isso repercutirá no sistema geral de responsabilidade civil. Há de preponderar, enfim, a norma do artigo 22 da Lei 8.935/94, que não fere e sim reverencia o artigo 37, § 6º, da Constituição, com abertura à aplicação *subsidiária* do Código do Consumidor e do Código Civil.

À guisa de exercício, e para agitar o debate, retorne-se ao v. acórdão proferido no REsp 489.511-SP, em 22.6.2004, com voto da excelente Ministra Eliana Calmon. O caso era de alienação de imóvel mediante falsa procuração pública. Consta do item 2 da ementa,

³⁹ Legitimados passivos são os delegatários titulares do serviço notarial e de registros públicos. Os cartórios, enquanto pessoas formais, dotados de personalidade judiciária, também são legitimados passivos *ad causam* para responder, isolada ou solidariamente, com o respectivo titular, nas ações de indenização por danos oriundos da atividade. Sobre isto, consulte-se Cavalieri, *ob. cit.*, p. 270.

⁴⁰ Órgão, ensinam os mestres, só existe na Administração direta.

surpreendentemente, que “os tabelionatos são serventias *judiciais* e estão imbricados na máquina estatal...” (grifei). Vai ao clímax de designar o titular do ofício de “preposto estatal”, donde a responsabilidade objetiva do Estado. O equívoco só não é mais grave porque o fato ilícito data de 29.11.1983, época em que, à conta do artigo 107 da Constituição de 1969, dominava o entendimento viável de que os tabeliães eram servidores públicos. Sucede que o v. acórdão nenhuma ressalva fez, apesar de mencionar o artigo 236 da atual Constituição. Para piorar, refuta duas decisões contrárias da jurisprudência do STJ, ao argumento de que o notário-registrador é “agente” do Estado, “... independentemente de serem ou não oficializadas as serventias...”.

Nessa toada caminham muitos juízes e tribunais estaduais, completamente alheios se defraudam a Constituição, a prejuízo injustificável das finanças públicas e da sociedade. Um desses exemplos remete à sentença da 40ª Vara Cível da Comarca da Capital, no Estado do Rio de Janeiro, que declarou extinto o processo, por ilegitimidade passiva do cartório e seu titular, convencido o seu prolator da responsabilidade do Estado. O caso em exame descreve uma procuração falsa que serviu de móvel à formalização da escritura de compra e venda, instando sublinhar-se que o cartório imobiliário sustou o registro – informa a sentença – em razão das *irregularidades* do título aquisitivo. Por derradeiro, um acórdão da 11ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 170.183-5-9, sob a relatoria do erudito Des. Ricardo Dip, após enfrentar a normativa constitucional e o artigo 22 da Lei 8.935/94, confirma a responsabilidade objetiva do Estado, deixando ao delegatário o leito plácido da culpa provada. Outra vez, aqui, o dano proviera de negócio imobiliário apoiado na ilicitude de ato notarial⁴¹.

Concluo na esperança de que, muito em breve, o saudosismo da chamada “interpretação retrospectiva” decairá, substituído por novo e seguro olhar daqueles que, devotados à boa causa da Justiça, queiram *ver* o que a Constituição *mudou*.

⁴¹ Cfr. “Colégio Notarial do Brasil”, www.colnotrs.org.br/noticias.

7. Perspectivas Éticas do Delegatário Ante a Tendência Objetivista da Responsabilidade Civil

Aceitar a responsabilidade civil objetiva do delegatário notarial e de registros públicos é atualizar a tábua axiológica dessa atividade profissional, uma das mais importantes para as relações humanas, exatamente por ser o notário-registrador depositário preferencial da *fé pública*. Fé pública não significa verdade absoluta, a salvo de erro, engano ou malícia; mas se haure na *verdade*. Como disse Zeballos, "...o dever ético da verdade alcança sua máxima energia na profissão notarial"⁴². O artigo 22 da Lei 8.935/94 presta justa reverência ao princípio constitucional da responsabilidade objetiva do Estado e das pessoas prestadoras de serviços públicos. Inexiste contradição ou conflito de conteúdo entre os dois modelos normativos. Em melhor exegese, preferível dizer-se: a norma infraconstitucional apenas *densifica* e *explicita* o princípio reitor do artigo 37, § 6º, amiúde referido.

Insistir na responsabilidade *subjetiva* do delegatário notarial e de registros públicos é ceder à tentação patrimonialista que reduz o Estado a meio servil de conveniências, posto à satisfação de anelos pessoais. Ora, o tempo é agora de caminhar com a concepção republicana de poder, repensando a prática antiga de transferir à Administração Pública o que é obrigação essencialmente privada. Para o delegatário de cartório extrajudicial, remunerado à base de emolumentos legais, profissional do Direito, não se aplica, sob nenhum aspecto ou critério, a teoria do risco administrativo. Aplicável, sim, e com total pertinência, o fundamento ético do risco profissional, que aconselha à formação de um certo fundo pecuniário vinculado à eventualidade de responsabilização civil, com ou sem a cobertura de *seguro*.

A profissão é uma *atividade*, atividade *pessoal*. A idéia de atividade designa a soma de ações, diligências, empenho, *ônus*, enfim, uma gama variada de serviços ou encargos atribuídos à pessoa compromissada em realizá-la. Para o saber jurídico, *atividade profissional* refere-se aos atos praticados por certa pessoa, em decor-

⁴²Cfr. Nalini, ob. cit., p. 97.

rência de um ofício humano, podendo ser profissão autônoma ou subordinada⁴³.

Nenhuma dúvida sobre o *profissionalismo* da atividade *tabelioa*, como define o artigo 3º da Lei 8.935/94. O traço que a distingue é sua origem pública. Daí a confusão de tantos, como afirma Bielsa, na apuração da natureza legal de quem a exerce, como sucede com notários e registradores, que não são, "... naturalmente, um funcionário público"⁴⁴. É marca do Estado moderno recorrer aos particulares para bem cumprir funções que lhe competem, mas que ele, diretamente, não faria com o mesmo grau de eficiência. Um desses particulares é o delegatário de função notarial e registrária, que não se transmuda, inevitavelmente, em agente ou funcionário público. Nos quadros da Administração Pública, e acima de tudo, ele é um *profissional qualificado* pelo concurso público a que se submeteu, assumindo, desde a investidura, o *risco* da função estatal. Em razão disso, diz-se que o notário-registrador substitui inteiramente o Estado, tal um sucessor, sub-rogado, desse modo responsável por seus atos, consoante à lei, até que seja extinta a delegação. Repita-se com Ceneviva, nesse ponto correto: o notário-registrador é pessoa distinta do servidor civil de que trata o artigo 39 da Constituição, sendo "...estranho à Administração Pública Direta, às autarquias e fundações públicas"⁴⁵. Nem se sujeita à aposentadoria compulsória do artigo 40, II, da Constituição.

Estabelecido que o delegatário de notas e registros públicos desempenha atividade profissional, a conseqüência é avançar à seara da responsabilidade civil contratual, completamente alheia aos agentes públicos, e nesta distinguir as obrigações de *meio* e de *resultado*, porquanto, em doutrina, assenta-se que o notário-registrador promete ao usuário *obrigação de resultado*. Isso não exclui, a bem ver, os casos de responsabilidade extracontratual ou aquiliana, perante aqueles que nada contrataram, mas vêm a suportar danos, vulnerados pela fé pública.

⁴³Gagliano, *ob. cit.*, p. 226.

⁴⁴Cfr. *Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1955, tomo III, p. 4.

⁴⁵Cfr. *Lei Comentada*, *ob. cit.*, p. 122.

Última observação: notários e registradores gravitam na órbita da responsabilidade civil *profissional*. Devem enfrentá-la com *destemor*, tal a advertência de *Larraud* ao notariado argentino, lembrado por Nalini⁴⁶. Longe de ser um problema, convenço-me de que a imediata reparação dos prejuízos dos usuários ou terceiros, com ou sem *seguro*, revelaria a nobreza da profissão, a sua nota de orgulho santo, fazendo calar a voz atônita ou iracunda de quem repudia, nas democracias republicanas, a torpe miopia dos *pactos de irresponsabilidade*, tudo às custas do Estado, feito refém de patriotas dissimulados ou recalitrantes.

IV. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR FATO DA FISCALIZAÇÃO

No cenário da responsabilidade do delegatário de notas e registros públicos, um tema desafiador – e de contornos certamente dramáticos – para a aferição da responsabilidade do Estado é quando esta decorre de *fato da fiscalização judiciária*, segundo um juízo de causalidade necessária entre a causa e o efeito danoso. Imagine-se, por exemplo, os danos perpetrados pela utilização fraudulenta do selo de segurança, ou aqueles que se ligam à observância de norma regulamentar da fiscalização.

Relativamente ao selo de segurança, obrigatório no Estado do Rio de Janeiro, logrando o falsário dele apropriar-se ou mesmo reproduzi-lo à perfeição, a ponto de circular como autêntico nos instrumentos negociais, públicos ou particulares, a solução haveria de ser a responsabilização objetiva do Estado, e não a do delegatário, a menos que ele, por si ou por prepostos, esteja ligado ao ilícito por outra causa que, unida à principal, concorra para o resultado lesivo.

A grande questão, no trato das *concausalidades*, diz respeito à interrupção ou não do nexos causal originário, hipótese em que apenas cabe responsabilizar o agente da segunda causa, provado que esta é *absoluta ou relativamente independente* em relação àquela⁴⁷. No caso do notariado, seria exemplo o ato de lavrar escritura

⁴⁶ Cfr. Ob. cit., p. 94.

⁴⁷ Cfr. Gagliano, ob. cit., p. 107-8.

pública, embora *sabendo* ser falsa a procuração do mandatário dos vendedores, apesar do selo de segurança. Já o Registro Imobiliário poderia admitir escritura pública falsificada, mas sob chancela de selo autêntico furtado da fiscalização judiciária. Se perfeita essa falsificação, tendo o oficial e seus prepostos agido com diligência regular, a melhor solução sugere responsabilizar o Estado. Neste caso, o selo de segurança poderá ser visto como a *causa necessária*, por inexistir outra que explique a consumação do dano.

As normas regulamentares, ditando orientações compulsórias, podem gerar danos aos usuários ou a terceiros. Para ilustrar, considere-se a ordem de não fazer o registro das escrituras de promessa de venda se a escritura definitiva fosse outorgada entre as mesmas partes. De futuro, vindo a provar-se o prejuízo do cônjuge de uma das partes, omitido no contrato-promessa, porque ela ou ele eram solteiros à época, ou por fraude, ou por entender-se irrelevante a intervenção, parece-me inevitável a responsabilidade objetiva do Estado. Como quer que seja a *independência* funcional e técnica do delegatário registrador, recomenda exigir-se, em casos tais, a exibição da escritura ou do contrato-promessa, para melhor qualificação do título aquisitivo. Demais disso, é sempre prudente recorrer ao incidente da *dúvida*, sob jurisdição voluntária ou contenciosa.

Posto isto, sou levado a admitir, nestes casos, a hipótese de responsabilidade *solidária* entre o Estado e o delegatário. O fundamento legal, na espécie, desloca-se ao Código do Consumidor, forte nos artigos 7º, parágrafo único, 22, parágrafo único, e 25, § 1º.

V. APLICAÇÃO SUPLETIVA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR E DO CÓDIGO CIVIL

Tenho por pacífico que o delegatário de cartório extrajudicial é um fornecedor de serviços notariais e de registros públicos. Sujeita-se, portanto, à incidência do Código do Consumidor, que é *multidisciplinar*⁴⁸ e, pois, aplicável a todas as relações de consumo. Em defesa da assertiva, basta o comando do artigo 22 e parágrafo único, direcionado aos serviços públicos, que não apenas ratifica o

⁴⁸ Cfr. Programa..., ob. cit., p. 359.

artigo 37, § 6º, da Constituição, como também lhe aprimora o conteúdo normativo, a partir de uma melhor sistematização da responsabilidade civil por *fato do serviço*, que é a sua pedra de toque.

A noção de *fato do serviço*, inspirada no artigo 14 e § 1º, do Código do Consumidor, abre-nos a compreensão: fato do serviço é todo evento danoso causado por um *serviço defeituoso*, assim entendido aquele que frustra a *segurança* dele esperada, segundo uma ordem variada de *circunstâncias* a apurar, com base no *modo* de execução, o *resultado* e o *risco* da atividade, a *época* do fornecimento⁴⁹. Esclarece-se, a mais, na parte conclusiva do artigo 14, que a *insuficiência* ou *inadequação* das informações sobre a fruição e riscos do serviço também podem impor a obrigação de indenizar.

Relativamente ao serviço notarial e de registros públicos, em que pese o norte constitucional dos artigos 37, § 6º, e 236, a importância do Código do Consumidor assenta na *clareza* e *especificidade* dos critérios normativos que delimitam a responsabilidade objetiva dos fornecedores de bens e serviços. Até o Código Civil ganha em sentido e alcance. É o caso do parágrafo único do artigo 927. A responsabilidade fundada no *risco da atividade*, examinada sob a influência do artigo 14, § 1º, referido, abrange todos os serviços potencialmente perigosos. Todavia, o dever de indenizar somente se justifica, ensina Cavalieri⁵⁰, quando houver *defeito do serviço*, isto é, aquele serviço que fragilizar a segurança dele legitimamente esperada.

Em matéria de notas e registros públicos, tanto os usuários como a sociedade em geral, todos confiam que os serviços serão executados com *segurança* e *informações adequadas* sobre os riscos jurídicos inerentes ao tipo comercial visado. No comércio imobiliário, por exemplo, o comprador não pode ser surpreendido com a falsidade da procuração outorgada pelos vendedores; ou com a falta de uma determinada certidão negativa – de ônus reais; de débito fiscal; de ações distribuídas; de protesto. Por ocasião de um testamento público ou cerrado, o testador tem a justa expectativa, absolutamente legítima, de que o tabelião será rigoroso na observância das forma-

⁴⁹Cfr. Art. 14, § 1º, I, II e III.

⁵⁰Cfr. Programa..., ob. cit., p. 509.

lidades legais, instruindo-o, suficiente e corretamente, quanto ao acerto jurídico das disposições testamentárias. Se o testamento vier a ser anulado, por vício formal ou de conteúdo, os herdeiros e legatários prejudicados, se os houver, terão direito à reparação dos danos experimentados, provado o nexo causal, que se consubstanciará, no caso, pela quebra do dever de segurança jurídica ou pela erronia das informações prestadas.

Pondere-se, por último, que notários e registradores não se favorecem da responsabilidade *subjetiva* reconhecida aos profissionais *liberais*, por força do artigo 14, § 4º, do Código do Consumidor, tendo sido acolhida pelo Código Civil, como se infere da ressalva feita no artigo 951⁵¹. Notários e registradores, a teor do artigo 3º da Lei 8.935/94, são *profissionais do Direito*, dotados de *fé pública*; logo, não são profissionais *liberais*, beneficiários da exceção do § 4º do artigo 14, referido. Para eles, profissionais do Direito, aprovados em concurso público e fiscalizados pelo Poder Judiciário, nos aspectos técnico e disciplinar, domina o sistema da responsabilidade *objetiva*, consoante dispõe o artigo 22 da Lei 8.935/94, em tudo ajustado ao artigo 37, § 6º, da Constituição. O risco que assumem é o *risco administrativo* do Estado que substituem, *alargado* pelo risco profissional e pelo risco empresarial da atividade notarial e registrária. Por sua *especialidade*, primeiramente incide a norma do artigo 22 da Lei 8.935/94, c/c o 37, § 6º, da Constituição; ao depois, *supletivamente*, vêm o Código do Consumidor e o Código Civil, máxime, respectivamente, os artigos 3º e § 2º; 14, §§ 1º, 2º e 3º, c/c o 22, parágrafo único; e 927, parágrafo único, e 933.

VI. CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No estudo da responsabilidade objetiva, é curial analisarem as causas excludentes do nexo causal, que muitos denominam de exclusão da responsabilidade. No Código do Consumidor, o § 3º do artigo 14 refere-se às hipóteses de inexistência de serviço defeituoso e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. A doutrina tradicional

⁵¹ Cfr. Gagliano, *ob. cit.*, p. 230-231. A tendência, no momento, é manter a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, mercê inclusive do princípio da especialidade do art. 14, § 4º.

acrescenta o caso fortuito ou de força maior. Se alguma dessas causas se verificar, o efeito será a ruptura do nexu causal e a exoneração civil do fornecedor do serviço só *aparentemente* defeituoso.

Diante do serviço das notas e registros públicos, essa questão suscita nuances e delicadezas. No caso das notas, o tabelião coloca-se entre os operadores mais gabaritados do Direito, incumbindo-lhe ouvir a vontade das partes, orientá-las e instruí-las, até que alcancem, no plano jurídico, a satisfação de suas legítimas necessidades. Um simples reconhecimento de assinatura pode engendrar prejuízo, como eventualmente sucede na compra de automóveis, haja vista a exigência dos órgãos de trânsito de que o reconhecimento se faça por autenticidade e não por semelhança. A facção de um testamento pode enveredar pelo temário mais intrincado do Direito Privado, desde a nomeação de herdeiros ou legatários, respeitando a legítima, a certas disposições condicionais ou fideicomissárias. A qualificação dos diferentes títulos, confiada à discricionariedade do registrador, reclama reflexão cuidadosa e fincado saber jurídico, para certificar-se da inteira conformação do tipo negocial à vontade da lei.

Se o notário-registrador, no desempenho do seu mister, vier a causar qualquer prejuízo às partes ou a terceiros, por ter faltado ao dever de *segurança e informação*, o serviço será reputado *defeituoso*, impondo, em decorrência, a obrigação de indenizar os danos patrimoniais e morais. Para ilustrar, considere-se: reconhecimento de firma falsa; procuração falsificada, gerando a invalidade da venda; registro de título aquisitivo ou de direito real, preterindo título anterior prenotado; certidões negativas fraudulentas; exigências abusivas, como seria o consentimento do cônjuge casado pelo regime de separação obrigatória, na hipótese de venda de ascendente a descendente (cfr. Cód. Civil, art. 496, parágrafo único).

O usuário, por sua vez, pode incorrer em *culpa exclusiva*⁵². Impende evidenciar que o fato imputável se constitui em causa *direta e necessária* do dano. O interessado terá de fazer declarações inexatas ou falsas, sendo impossível ao notário-registrador corrigi-

⁵² Melhor seria dizer *fato exclusivo*. Cavalieri, ob. cit., p. 509, critica o equívoco, preferindo a expressão fato do serviço, mais condizente – pondera – com o sistema de responsabilidade objetiva.

las ou evitá-las. É a hipótese de venda simulada (CCiv., art. 167); ou do ascendente que omite a existência de outros filhos (CCiv., art. 496); ou da modificação intencional do verdadeiro estado civil, inclusive o estado de companheiro, no caso de união estável; ou declarar falsamente a quitação de débito condominial (cfr. Lei 7.433, de 18.12.1985, art. 2º, § 2º). Exibir procuração falsa não eximirá o tabelião frente ao adquirente prejudicado de boa fé, por se enquadrar, em princípio, na teoria do *fortuito interno*. As declarações de preço vil ou superestimado devem ser flagradas e retificadas no instrumento respectivo. O dever de *segurança*, que inclui dois outros, o de *autenticidade* e de *eficácia*, nos termos do artigo 1º da Lei 8.935/94, condiciona o notário-registrador a agir sempre com o máximo de diligência e cautela, mensurando as possibilidades do bom e mau êxito, no afã de prevenir, no limite humano, todo e qualquer evento danoso⁵³. Este modo de proceder deve ser, para ele, normal e útil, uma espécie de ritual, pronto a renovar, a cada dia, com o ânimo do que disse Goethe, numa metáfora, citado por Gustave Rumelin, “como centro negro do alvo que se deve sempre visar, embora nem sempre se consiga atingi-lo”.

Terceiro será aquele inteiramente estranho ao serviço notarial e registrário. Se algum empregado, preposto ou representante enredar-se em falcatruas, contra o cartório, manter-se-á inalterada a responsabilidade objetiva do notário-registrador. O *fato* de terceiro há de ser único e decisivo. Na dicção da lei: culpa exclusiva. Recordo um caso da minha judicatura que talvez possa servir de exemplo. O falsário conseguiu enganar o escrevente de um escritório de notas, obtendo dele procuração falsa outorgada pelos vendedores, que residiam no exterior. Cerca de dez anos depois, tendo achado comprador, uma empresa de incorporação imobiliária, foram todos a outro serviço notarial, que lavrou a escritura de venda e compra. Pois bem. Concluído o edifício de apartamentos, vindo o casal de vendedores ao Brasil, acabaram descobrindo, em tarde de passeio ao bairro do outrora terreno baldio, que no local tinha sido erguido um condomí-

⁵³ Nas relações de consumo, que incluem o serviço notarial e de registros, há de considerar-se a norma do parágrafo único do art. 7º, inflexível quanto à responsabilidade *solidária* de todos os autores da ofensa aos direitos do consumidor.

nio de luxo. O falso procurador desaparecera no mundo; o cartório da escritura definitiva alegava obediência ao rol de formalidades; a empresa incorporadora argumentava que as circunstâncias do negócio, seja a procuração, seja a documentação, tudo era de aparente normalidade. Mas a procuração do casal vendedor era *falsa*. Jungido ao Código do Consumidor, supletivamente, penso que o ofício da escritura de venda poderia defender-se com a dirimente do fato exclusivo de terceiro. Responsável seria o tabelião do cartório onde se outorgou a falsa procuração, com direito regressivo em face do seu preposto⁵⁴.

Tratando-se de serviço notarial ou registrário, as excludentes do *caso fortuito* ou *força maior* são de pouca valia. A distinção conceitual, sobretudo polêmica, deveria quedar-se na simplicidade da lei civil, desde o Código de 1916 como o de 2002, que condensa o significado das duas expressões, acorde o texto do artigo 393, parágrafo único. Inclino-me mesmo a marchar com aqueles que se recusam aplicá-las no sistema do Código do Consumidor⁵⁵. A explicação que encontro não é a falta de previsão no tópico das excludentes. O que me seduz é pensar que o caso fortuito ou força maior se agasalham na escusa do *fato de terceiro*. Até a doutrina, com a jurisprudência, costumam inserir o caso fortuito quando discutem o ato de terceiro⁵⁶. Diga-se mais: no sistema de responsabilidade objetiva pelo risco do empresa ou atividade, o caso fortuito e a força maior não afastam o dever de indenizar. Mesmo a teoria do *fortuito interno*, querendo resolver os fatos imprevisíveis, ligados à estrutura da empresa, ocorridos no curso da fabricação ou da execução do serviço, viceja no conceito de *serviço defeituoso*, precisamente porque este decorre da violação objetiva do dever de *segurança*, frustrando as expectativas legíti-

⁵⁴ Essa questão não é fácil. O avanço dos meios fraudulentos impõe ao notário maior empenho e diligência, nomeadamente ante casos de representação. Por vezes, simples telefonema pode impedir a consumação do ilícito; ou o interesse de contatar o mandante ou alguma pessoa do relacionamento dele. Procurações antigas devem ser renovadas, ao menos em razão de comportamento ajustado à sua eficácia.

⁵⁵ Assim Nelson Nery e Rosa Maria, *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 736.

⁵⁶ Cfr. Gagliano, *ob. cit.*, p. 128.

mas do usuário, que ocorre ao notariado e aos registros públicos justo para proteger-se dos riscos inerentes ao comércio jurídico, infundindo, nos seus negócios, a chancela da publicidade, autenticidade, eficácia e fé pública. Tampouco interessa ao usuário conhecer as circunstâncias determinantes do defeito; quanto a ele, garantido pela presunção de vulnerabilidade e inversão do ônus da prova, basta o fracasso do fim esperado.

VII. CONCLUSÕES RELEVANTES

Da afirmação do caráter exclusivamente privado da atividade notarial e de registros públicos, afigura-se-me lícito concluir, com folgada margem de segurança, o seguinte:

1ª) Até a Constituição de 1969, por força do seu artigo 107, justificava-se o entendimento corrente de que os titulares de cartórios – do foro judicial e extrajudicial – eram agentes ou servidores públicos, e por seus atos danosos respondia o Estado. O Ministro Moreira Alves, em voto paradigmático, chegou a apregoar a existência de uma única dívida e duas responsabilidades: “a da Administração perante o lesado, baseada na teoria do risco administrativo, e a do autor do dano, com fundamento na teoria da culpa. Quem deve ao lesado, em princípio, é aquela; mas este também é responsável pela dívida, desde que tenha agido com culpa ou dolo”⁵⁷.

2ª) Na vigência da Constituição de 1988, ao mandamento do artigo 236 e parágrafos, com a explicitação exegética dos artigos 31 e 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, insistir no entendimento de que os titulares de cartórios extrajudiciais são “agentes” ou “servidores” públicos, ainda em sentido amplo, parece atritar com o novo regime de delegação do serviço notarial e de registros públicos, que se faz, agora, em caráter exclusivamente privado, com independência funcional e administrativa, e sem reservar à Administração Pública o poder de operá-lo a seu risco direto.

De conseguinte, na eventualidade de danos materiais e morais aos usuários e a terceiros, a responsabilidade civil objetiva, fundada no risco profissional ou do empreendimento, será do delegatário,

⁵⁷ Cfr. N. 5, *supra*.

com direito regressivo contra os empregados e substitutos, no caso de dolo ou culpa, inexistindo, nessa questão, antinomia ou conflito; muito ao revés, integram-se harmoniosamente à norma dos artigos 22, da Lei 8.935/94, e 37, § 6º, da Constituição.

3ª) Malgrado, subsiste a responsabilidade do Estado em três hipóteses, a saber: a) no caso dos cartórios oficializados, segundo a ressalva do artigo 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ocorrendo danos aos usuários ou terceiros, aplicar-se-á o preceito do artigo 37, § 6º, da Constituição, c/c o 22, parágrafo único, do Código do Consumidor; b) no caso de danos decorrentes da fiscalização judiciária, provado o nexo causal, podendo configurar-se, nesta espécie, por *exceção*, a solidariedade do delegatário de cartório privativo; c) no caso de cartórios vagos, a que falte substituto, tendo a Fiscalização Judiciária designado um responsável, ou ainda nos períodos de intervenção disciplinar.

Essas exceções não alcançam - esclareça-se - o notário e o registrador mantidos na titularidade do cartório, amparados pelo *direito adquirido*, conforme dispõe o artigo 47 da Lei 8.935/94, sendo em tudo *equiparados* aos delegatários concursados, pena de ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

4ª) Consagrar a responsabilidade objetiva do delegatário de notas e registros públicos é *atualizar* a tábua axiológica dessa atividade profissional, uma das mais caras para as relações humanas, exatamente por serem os cartórios extrajudiciais depositários preferenciais da fé pública, que se haure na verdade dos multi-inspirados fatos da vida. A melhor exegese, a mais justa e socialmente aceitável, manda afirmar-se que a norma especial do artigo 22 da Lei 8.935/94 apenas densifica e explicita o princípio reitor do artigo 37, § 6º, da Constituição.

Insistir na teoria da responsabilidade subjetiva, ao sofisma da qualidade de agente ou servidor público, ou porque o serviço é de origem estatal, sob a fiscalização do Judiciário, é cair na tentação patrimonialista que reduz o Estado com a sociedade a servidão de conveniências e anelos particulares, cumprindo, por isso mesmo, aprimorar-se a concepção republicana de poder, como ordena a Constituição, que recria as práticas pretéritas de socializar obrigações tipicamente privadas.

Para o notário-registrador não vale a teoria do risco administrativo; vale, ao revés, o fundamento ético do risco profissional que aconselha à formação de um certo fundo pecuniário, com ou sem *seguro*, para atender prontamente à reparação de danos materiais e morais, de resto inevitáveis. 