

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

O cumprimento de ordem judicial pelo registrador: aspectos penais e processuais penais

1. O conflito entre a preservação da segurança dos registros imobiliários e a necessidade de cumprimento da ordem judicial 2. A necessidade e a importância da qualificação registral de todos os documentos, inclusive os judiciais 3. A atividade de qualificação e os princípios informativos da atividade registral 4. A atuação do registrador em face de uma ordem judicial 5. O descumprimento da ordem judicial pelo registrador e os crimes de desobediência e prevaricação 6. A impossibilidade de se realizar prisão em flagrante no caso de o registrador não cumprir ordem judicial 7. O cabimento de *habeas corpus* em casos de ameaças de prisão contra os registradores em ordens judiciais 8. Conclusões

1. O conflito entre a preservação da segurança dos registros imobiliários e a necessidade de cumprimento da ordem judicial

Pode o registrador receber para análise documentos trazidos diretamente pelas próprias pessoas interessadas na realização de algum ato ou vindos por intermédio de uma ordem judicial. Inexiste, no que se refere ao trabalho a ser desenvolvido, diferença substancial entre as duas situações, pois qualquer documento deve ser submetido a um exame rigoroso, somente devendo gerar um registro ou averbação quando estiverem preenchidas determinadas formalidades e exigências legais. Todavia, às vezes se depara o registrador com mandados com afirmações de que a ordem judicial deve ser cumprida sob pena de ser ele processado por desobediência e submetido à prisão.

Informa Flauzilino Araújo dos Santos que “nem sempre a qualificação registral empreendida pelo oficial é compreendida em seu verdadeiro sentido e alcance, tal como prevista no ordenamento legal vigente, tanto que não poucos registradores já passaram pelo constrangimento de serem intimados de decisões judiciais por despachos do seguinte jaez ‘Cumpra-se imediatamente sob pena de desobediência (ou de pena de prisão)’. Isso simplesmente porque, ao examinar um determinado título judicial,

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

considerou-o inapto para a prática do ato de registro ou de averbação determinado pelo juiz ou mesmo emitiu uma nota com exigência de retificação ou aditamento do título para o efeito de afastar óbice que impedia a prática do ato determinado”¹.

Essa ocorrência suscita interessantes reflexões. Ela traduz um conflito entre interesses opostos: o do juiz que deseja ver cumprida a sua ordem e o do registrador que não pode deixar de verificar se é possível a efetivação do ato determinado. Como solucionar esse impasse, de modo a preservar, de um lado, a força imperativa das decisões judiciais e, de outro, a necessidade de segurança dos registros?

Também merecem ser objeto de consideração mais aprofundada dois aspectos de natureza criminal que sobressaem da situação mencionada. Haveria, em caso de descumprimento da ordem, prática de crime de desobediência ou prevaricação e possibilidade de prisão em flagrante? De que meios disporia o registrador para defender-se da ameaça de ser processado e preso?

A reflexão sobre tais assuntos exige que, previamente, sejam feitas algumas sucintas observações sobre a atividade de qualificação desenvolvida pelo registrador. É por meio dela que ele analisará os documentos apresentados, inclusive os judiciais, e resolverá sobre a possibilidade, ou não, de ser o registro efetuado. Representa instituto antigo² e muito relevante do direito registrário, por isso mesmo bastante estudado³. Houve, na década de 1990, entre nós, importante trabalho doutrinário de conceituação e de sistematização da atividade de qualificação do registrador. Agora, ele volta a ser

¹ SANTOS, Flauzilino Araújo. “*Sobre a qualificação de títulos judiciais no Brasil*”. Revista de Direito Imobiliário n. 56 – jan.-junho de 2004, p.184

² No Brasil, o instituto existe desde o século XIX, e, por isso, salienta Ricardo Dip ser “da tradição do direito brasileiro conferir ao registrador a tarefa de apreciar e decidir, concretamente, acerca de uma inscrição que lhe é demandada” (“Sobre a qualificação no registro de imóveis”, publicado na *Revista de Direito Imobiliário* 29 – jan-jun/92 – Contribuição aos estudos do XVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil (Encontro Elvino Silva Filho), realizado no período de 21 a 25.10.1991, em Maceió – AL.). p.164.

³ O juiz Vicente de Abreu Amadei, no Encontro Café com Jurisprudência, salientou que “o estudo do registro por meio de seus princípios foi aprofundado na segunda década do século XX, e, já no final do século, esse estudo se centrou mais na qualificação registral”. *Boletim do IRIB* em Revista – 333, p. 36.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

palco de novos estudos, exatamente em virtude da necessidade de se analisar com cuidado a qualificação de documentos judiciais, principalmente quando ela traz implicações na relação que se estabelece entre o juiz e o registrador⁴.

2. A necessidade e a importância da qualificação registral de todos os documentos, inclusive os judiciais

Qualificar, segundo os léxicos, é atribuir qualidade a algo ou alguém.⁵ Quando afirmo ser uma pessoa dedicada ao trabalho ou, ao contrário, digo ser ela irresponsável, qualifico-a de forma positiva ou negativa. As minhas valorações só terão base se estiverem apoiadas em conhecimento anterior a respeito do comportamento da pessoa avaliada e que me possibilitem concluir ter ela, ou não, a qualidade que lhe atribuo.

Nos estudos filosóficos, sociológicos e jurídicos, liga-se a atividade de qualificação à verificação da existência de uma aptidão de algo ou de alguém que o habilite a realizar aquilo que dele se espera. Assim, “estar qualificado por ou ser qualificado para alguma coisa é ‘possuir a capacidade ou competência, isto é, a qualidade disposicional para efetuar uma dada tarefa ou alcançar um dado escopo’ (Abbagnano, 785), é ‘ter qualidade, possuir os títulos ou as características que dão o direito, civil ou moral, de agir de uma certa maneira, que tornam hábil (em sentido

⁴ Em recente encontro que tratou da qualificação registral, Ricardo Dip questionou “por que um assunto que já tem pelo menos dezessete anos da sua reconstrução, e tão aprofundado por bons doutrinadores, volta a ser objeto de meditação?”, concluindo que “a resposta a essa indagação é a mesma que se dá na década de 1990 (...) Porque continua sendo questionada a independência jurídica do registrador, continua sendo questionada a conveniência da qualificação registral, sobretudo com um entrechoque que se vê em relação aos títulos judiciais. Tanto em 1990 como em 2007, a questão é: o registrador pode recusar o registro de um título, seja ele emanado de um notário, expedido pela administração pública, ou emitido pelo poder judiciário?”. *Boletim do IRIB em Revista* 333, p.79.

⁵ Nesse sentido, as seguintes acepções: *Qualificar*: 1. Considerar qualificado, apto, idôneo, ou demonstrar que possui qualidades. 2. Emitir opinião a respeito de, avaliar, apreciar. 3. Indicar a(s) qualidade (s) de, classificar, considerar. 4. Atribuir qualidade de nobreza a; tornar ilustre; enobrecer. 5. Especificar ou determinar a natureza de (infração penal), segundo suas características, enquadrando-a na norma punitiva adequada; 6. Atribuir a devida qualidade jurídica a (ato, contrato etc); 7. Modificar (um substantivo), acrescentando característica e limitando a extensão do conceito. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

jurídico) a exercitar uma faculdade' (Lalande, 844)”⁶. Em suma, “qualificar-se é, pois, ter uma dada qualidade em ordem a determinado fim”⁷ e pressupõe um juízo valorativo feito em conformidade com padrões previamente fixados ou convencionalmente aceitos.

Quando a qualificação se realiza no âmbito jurídico deve ser verificado inicialmente se o objeto de análise se subsume a um padrão normativo ou a um modelo legal estabelecido⁸, no qual estão delineados os pressupostos ou requisitos exigidos para a sua constituição ou a sua elaboração. Sob essa ótica, na qualificação jurídica registral de um documento, haveria a necessidade primeira de identificá-lo no mundo jurídico, definir a sua natureza jurídica e divisar o arcabouço de normas jurídicas que o tipificam, e, depois, verificar o grau de conformidade daquele documento ao tipo legal, ou seja, se ele contém os elementos exigíveis para a sua regular formação, para, só então, ser analisada a correspondência dos seus dados concretos com os constantes dos cadernos registrais.

Essa complexa análise do documento na atividade de qualificação exige de quem a faz um juízo acurado sobre as circunstâncias do caso singular que se lhe apresenta, com os olhos voltados para o objetivo a ser alcançado, juízo que a doutrina denomina de “prudencial”.

A idéia de que na qualificação registral há um juízo prudencial foi realçada por Ricardo Dip.⁹ Acentuou ser o saber prudencial “um saber subposto à ordem normativa,

⁶São afirmações extraídas de Ricardo Dip, no artigo “Sobre a qualificação no registro de imóveis”, publicado na *Revista de Direito Imobiliário* 29 – jan-jun/92 – Contribuição aos estudos do XVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil (Encontro Elvino Silva Filho), realizado no período de 21 a 25.10.1991, em Maceió – AL. p.167

⁷ DIP, Ricardo Henry Martins. op. cit. p. 167.

⁸ A idéia de modelo, bem como a de tipo, é largamente utilizada nos estudos atuais, principalmente quando se trata de subsumir uma atividade em uma norma. Ver a respeito Guilherme Madeira Dezem: “Da Prova Penal: tipo processual, provas típicas e atípicas (atualizado de acordo com as Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008) – Campinas, SP: Millenium Editora, 2008.

⁹ Destacou o autor que, “desde 1988, tem-se apresentado na doutrina registral brasileira o entendimento de que o saber próprio do registrador está voltado ao *agir*. É, pois, um saber prudencial, quer dizer o *modo de agir concretamente em determinada situação*”. *Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis*. Revista de Direito Imobiliário n. 64. p. 245.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

mediante uma busca tendencial de clarificação da ordem jurídica, por meios externos (formas, prazos, procedimentos) e um certo rigor na compreensão da norma delimitadora”. A prudência, enquanto prática, tem, no seu dizer, como objeto “o contingente singular”. Para imperar o juízo prudencial é mister a análise de “dadas e concretas circunstâncias” (Derisi, I, 246), ou a ordenação das “ações individuais ou contingentes” (*Idem*, 164, 165), ou ainda “aplicação dos princípios (e conclusões) universais aos fatos singulares” (*Idem*, 7)¹⁰.

Também o juiz, em sua função jurisdicional, realiza juízo prudencial. Assim, Luigi Ferrajoli, ao tratar da atuação do juiz em processo criminal, afirma: “a aplicação da lei ao caso concreto é, na realidade, uma atividade cognitiva que requer, por sua vez, como duas condições necessárias e cada uma delas insuficiente, tanto a *verificação*, quanto a *compreensão*. Ela é, ao mesmo tempo, *juris-dictio*, ou seja, verificação da correspondência, à lei, do fato provado e apreendido, e *juris-prudentia*, ou seja, compreensão das conotações específicas do caso denotado e verificado. É precisamente na ‘prudência’, ‘compreensão’ ou no ‘discernimento’ das diferenças que Aristóteles identificava a virtude da equidade. Ainda mais do que a *dictio* ou denotação dos elementos constitutivos, conforme aos quais um determinado fato é um delito, e a qual que se pressupõe, em todo caso, é antes a *prudentia* ou compreensão de suas conotações singulares que caracteriza a função judicial, distinguindo-a de qualquer outra função burocrática ou meramente executiva. É por meio dela que ingressam – como devem ingressar – no juízo o contexto ambiental do fato e as condições nos quais foi vivido, as circunstâncias efetivas humanas e sociais nas quais residem sua concretização e particularidade e que o tornam diferente de todos os demais, por mais que, como outros, esteja denotado pelo mesmo *nomen* ou título de delito”¹¹ (*Grifamos*).

Não é possível pensar em um juízo prudencial do registrador sem conhecimento técnico, ou, em outras palavras, sem conhecimento jurídico por parte de quem o emite,

¹⁰ “Sobre o saber registral (da prudência registral)” - *Registro de Imóveis (Vários Estudos)*, Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2005. p.170/171

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, RT, 2006, p. 156.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

pois a sua tarefa é ampla e profunda, cabendo-lhe, como acima acentuado, identificar se o documento analisado é, intrínseca e extrinsecamente,¹² idôneo para sua legítima inscrição no fólio registral.

Consoante se apreende de Kioitsi Chicuta: “é ampla a competência do Registrador para o exame de qualificação. Cabe ao Oficial a defesa dos princípios que norteiam os registros públicos e admite-se incursão em seus aspectos, não só extrínsecos, mas também intrínsecos, tanto assim que penetra no exame da validade dos negócios jurídicos (art. 166 do CC)...”¹³.

Complementa Luiz Egon Richter: “qualificar é algo mais profundo do que simplesmente examinar ou verificar um objeto, pois o exame e a verificação ficam no campo da contemplação (...). No Registro de Imóveis, a qualificação dos títulos transcende a mera contemplação, passando para o campo da substancialidade do objeto, no caso o título apresentado para fins de registro. A verificação é o início do caminho que deve levar à análise do mérito jurídico do título, com a finalidade de deferir ou não o registro”¹⁴.

Por outro lado, é essencial que o juízo prudencial, como esclarece Ricardo Dip, seja acompanhado de “imperatividade”, pois, por meio dele, “decide-se se o título tem idoneidade para ser singular e concretamente registrado, e *impera-se* o ato que corresponda: *não há juízo prudencial sem império*, para o caso o registro ou o não-registro de um título”¹⁵.

Essa imperatividade liga-se diretamente ao aspecto conclusivo do juízo elaborado, o qual “(como conclusão do procedimento prudencial) pode ser positivo (em

¹² KONNO, Alyne Yumi. Registro de Imóveis: teoria e prática. São Paulo: Memória jurídica Editora, 2007, p.58.

¹³ CHICUTA, Kioitsi. *Qualificação dos títulos judiciais. Introdução ao Direito Notarial e Registral*; coordenação Ricardo Dip – Porto Alegre: IRIB: Fabris, 2004, p.237.

¹⁴ RICHTER, Luiz Egon. “Da qualificação notarial e registral e seus dilemas”, *Introdução ao Direito Notarial e Registral*; coordenação Ricardo Dip – Porto Alegre: IRIB: Fabris, 2004, p. 189.

¹⁵ DIP, Ricardo Henry Marques. “Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis”, *Revista de Direito Imobiliário* n. 64 (janeiro-junho de 2008). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 246

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

ordem a seu fim, que é o registro) ou negativo (desqualificação, juízo desqualificador), de toda sorte consistindo sua mais destacada relevância a imperação de que se registre ou de que não se registre um título”¹⁶.

Assim, se o registrador conclui que o documento é passível de ser registrado, ele, no exercício de atividade personalíssima, intransferível, o faz, sem depender sua atividade de manifestação de outrem¹⁷. Caso chegue a entendimento diverso, sendo o seu juízo negativo a respeito da viabilidade de ser o documento registrado, ele o devolverá ao interessado no ato de qualificação, com os fundamentos de sua conclusão.¹⁸

¹⁶ RICHTER, Luiz Egon, op. cit, p. 195.

¹⁷ Eduardo Agostinho Arruda Augusto salienta ser falha a conduta de quem se habitua a “consultar o juiz corregedor para que este decida sobre determinada situação. Seria o mesmo que o juiz de primeiro grau ligar para o Tribunal e perguntar a um dos desembargadores como deveria decidir uma lide. Além de ser uma forma indigna de eximir-se de suas responsabilidades, isso derruba o princípio da segurança jurídica, pois a verdadeira qualificação foi feita por pessoa diversa daquela determinada pela lei, o que, por si só, pode tornar nulo o ato registral. A função da qualificação registral é intransferível, é uma atividade personalíssima, que foi delegada pelo Estado a uma determinada pessoa, por confiar em sua potencialidade para o desempenho da função”. *A qualificação registral na retificação de registro e no georreferenciamento*. Revista de Direito Imobiliário n. 64. p. 218.

¹⁸ Nem sempre foi assim. Esclarece Sérgio Jacomino: “Vê-se, já nos primórdios de nossa legislação hipotecária, que o registrador se obrigava a imperar a registo. Mas não a negativa. No dito Regulamento já se antevê o espartilho procedimental que se desenvolverá com maior nitidez nos regulamentos hipotecários que lhe sucederam. Nesse sentido, o aspecto que gostaria de reter para nossa consideração é: no caso de ocorrer a *qualificação positiva*, o registro se faria (art. 30). Já a negativa seria decidida pelo juízo competente”. Posteriormente, entendia ainda a doutrina, que o “oficial não tem o direito propriamente dito de recusar a inscrição no sentido de decidir que ela não é possível de se tornar efetiva, mas apenas suscita dúvida. É ao juiz que compete decidir da sua procedência, ou não, ordenando ou recusando a inscrição” (SERPA LOPES. Miguel Maria de. *Tratado de registros públicos*). Assim, “no começo do século XX, o juiz era naturalmente considerado o presidente do registro. Tanto o registrador quanto o notário – bem assim escrivães do feito judicial, e outros tantos profissionais que atuavam no processo -, todos orbitavam a Galáxia Judiciária; eram órgãos auxiliares da Justiça, astros que refletiam a poderosa luz própria do Poder”... “Quando o escrivão, no curso do processo, tinha uma *dúvida*, isto é, deparava-se com um fato imprevisto, um acidente no regular andamento do feito, então ele se detinha e formulava uma consulta, antecedida de uma informação, ambas endereçadas afinal ao Presidente do processo. Em última instância, seria o juiz quem decidiria o acidente processual intercorrente, não o escrivão”. Conclui que “a nota mais importante a se destacar, na perspectiva histórica, é que essa limitação na atuação do registrador somente seria ultrapassada com a consagração e o reconhecimento da independência jurídica do registrador, que tem o poder-dever de imperar não só a registrabilidade do título, mas igualmente a sua recusa. Contudo, isso tardaria alguns anos ainda, e o marco definidor desse R. Sen. Paulo Egidio, 72, cj. 101/102, Centro, São Paulo, CEP 01006-010, tel/fax 3106.5630/3106.8596

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

Novamente invocando o magistério de Ricardo Dip, pode-se afirmar que a atuação do registrador não é “meramente executiva e subalterna”, devendo-se engastá-la, “numa dimensão jurídica e independente, enquanto no plano decisório. Esse é o duplice aspecto de fundo da função de qualificação registral: a) um, que põe à mostra a natureza jurisprudencial – não jurisdicional – da atuação do registrador, que é um operador jurídico, apto a decidir, a emitir um juízo sobre a inscrição de determinado título; b) outro, que revela a independência decisória do oficial registrador, no limite primário da apreciação e decisão acerca do registro de um título singularizado”¹⁹.

3. A atividade de qualificação e os princípios informativos da atividade registral

Não se consegue imaginar um saber prudencial, dotado de imperatividade e norteado pelo objetivo da segurança dos dados registrais²⁰, sem que quem o executa seja dotado de autonomia para decidir sobre a aptidão dos títulos submetidos a seu exame para comporem o caderno registral. Sua liberdade decisória não pode estar sujeita a qualquer tipo de condicionamento, seja de ordem política, econômica, burocrática e corporativa²¹, pois “não é possível alguém exercitar prudência sem liberdade”.²²

paradigma se constituiria a partir da doutrina do Des. Ricardo Dip, que percorrendo um largo caminho, seria consagrada na Lei 8.935, de 1994 (art. 3º c.c. art. 28)”. *A penhora e o procedimento de dívida*. Revista de Direito Imobiliário n. 64. p. 257/259.

¹⁹ “Sobre a qualificação no registro de imóveis”, publicado na *Revista de Direito Imobiliário* 29 – jan-jun/92 – Contribuição aos estudos do XVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil (Encontro Elvino Silva Filho), realizado no período de 21 a 25.10.1991, em Maceió – AL.

²⁰ Tal objetivo foi realçado no Congresso Internacional de Direito Registral realizado em Lima, nos dias 23, 24 e 25 de maio de 2007, em Declaração ali emitida, na qual constou que “o registro é o *veículo dinamizador do tráfico jurídico que deve outorgar a máxima proteção aos titulares registrares e aos terceiros*. Proteção essa que deve *comportar a necessária declaração de que os direitos inscritos constituem a verdade oficial das titularidades publicadas e que o inscrito não afeta os terceiros*”. (Extraído do Discurso de Álvaro Delgado Scheelje, da Superintendência Nacional de Registros Públicos, Sunarp, na abertura do XX Encontro do Comitê Latino-americano de Consulta Registral. *Boletim do IRIB* em revista n. 333.p.26).

²¹ RICHTER, Luiz Egon, op. cit., p.193.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

O registrador não é “mero funcionário público, nem simples particular em colaboração com a administração, mas verdadeiro exercente de função registral, com independência e autonomia”²³.

Por isso mesmo, constou do artigo 28 da Lei n. 8.935/94, que regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, ao dispor sobre serviços notariais e de registro: “Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições...”.

Como bem salienta Eduardo Agostinho Arruda Augusto, “se o registrador imobiliário não trabalhar com autonomia, ocorrerá total abalo no princípio da segurança jurídica e, sem segurança jurídica, o registro público imobiliário deixa de existir. O registrador (...) não pode estar hierarquicamente subordinado a nenhum órgão da administração pública, pois deve ter total autonomia para decidir e garantir a efetividade do registro imobiliário. Na sua função típica, o registrador imobiliário encontra-se subordinado tão-somente à lei”.²⁴

Além do postulado da segurança jurídica, fundamento da atividade registral, e do supraprincípio da autonomia, sem o qual a atividade do registrador pouco valeria, devem ser observados alguns princípios para o regular “acesso de qualquer título ao sistema registral”, “como o atendimento aos princípios da continuidade”²⁵, que visa

²² DIP. Ricardo Henry Martins. *Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis*. Revista de Direito Imobiliário n. 64. p. 245.

²³ CHICUTA, Kioitsi. *Qualificação dos títulos judiciais. Introdução ao Direito Notarial e Registral*; coordenação Ricardo Dip – Porto Alegre: IRIB: Fabris, 2004, p.230.

²⁴ ARRUDA AUGUSTO, Eduardo Agostinho, op.cit. p. 217.

²⁵ Aline Konno destaca, sobre o significado do princípio da continuidade, que “em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidades à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência de imóvel no patrimônio do transferente. Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transformá-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subsequente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público”. op.cit. p.35. Salienta Tatiana Passos que “o princípio da continuidade pode ser considerado a viga mestra da segurança do sistema registral brasileiro, ficando o titular de um imóvel ou de um direito real, sob pena de responsabilidade funcional do registrador, isento de surpresas quanto ao seu direito e quanto à identidade R. Sen. Paulo Egidio, 72, cj. 101/102, Centro, São Paulo, CEP 01006-010, tel/fax 3106.5630/3106.8596

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

impedir o lançamento de qualquer ato registral sem o registro anterior e a obrigar as referências originárias, derivadas e sucessivas (art. 195, 222 e 237, LRP); da especialidade, que exige a plena e perfeita identificação do imóvel nos documentos e dos sujeitos/titulares (art. 176 § 1º, II, item 3, e 225, LRP); da disponibilidade, com base no qual ninguém pode transferir mais direitos do que os constituídos pelo registro imobiliário, a compreender a disponibilidade física – área disponível do imóvel – e a jurídica – a vincular o ato de disposição à situação jurídica do imóvel e da pessoa -, conforme previsão legal do artigo 176, § 1º, item III, da LPR; e, ainda, da legalidade, que impõe o exame prévio da legalidade, validade e eficácia dos títulos, a fim de obstar o registro de títulos inválidos, ineficazes ou imperfeitos, e desse modo contribuir para a concordância do mundo real com o mundo registral, a fim de que o público possa confiar no registro (arts. 167, I e II; 169 e 198, LRP)”²⁶.

Dessume-se, pois, que “a análise registral tem como meta e propósito preservar íntegro direito de terceiros, fazendo cumprir os princípios registrais, como também observar todos os requisitos necessários à garantia da segurança dos direitos reais imobiliários, a que tem o dever de zelar”²⁷.

4. A atuação do registrador em face de uma ordem judicial

Todos os títulos, inclusive os judiciais, devem ser submetidos ao prudente e técnico juízo de qualificação do registrador. Não teria sentido que ficasse o encarregado de velar pela segurança do sistema registral eximido de observar se estão preenchidos

física do imóvel matriculado”. *Registro de Imóveis para Profissionais do Direito: guia prático para o cotidiano jurídico-imobiliário-registral*; 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2008. p.55.

²⁶ PAIVA, João Pedro Lamana. *Processo Civil e Serviço Registral*. Boletim do IRIB em Revista, Edição 333, p. 126/127.

²⁷ Ricardo Dip enfatiza que “o registrador julga em ordem à segurança jurídica; este é o fim ou o bem específico de sua missão, e que o saber que lhe é exigido está essencialmente vinculado à consecução dessa finalidade... não a atingirá, contudo, se não tiver presente que seu saber e sua função constituem uma busca do bem, uma procura da realização da segurança jurídica, o que reclama formulações técnicas mas, antes delas, exige memória do passado, inteligência do presente, previsão das conseqüências.” *Sobre o saber registral (da prudência registral)*. Registro de Imóveis: vários estudos. Porto Alegre: IRIB: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005.p.33.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

requisitos intrínsecos e extrínsecos do documento, em virtude de sua natureza judicial. Devem, também, ficar plenamente observados os princípios da legalidade, da continuidade, da especialidade, da disponibilidade. Em caso de ausência da análise do documento, pelos danos causados a terceiros, pode o registrador ser responsabilizado.

A necessidade de qualificação dos títulos judiciais é afirmada em estudo realizado por Flauzilino Araújo dos Santos, o qual, com forte acento na doutrina nacional²⁸, sublinhou: “...não obstante a origem jurisdicional do título, é de rigor sua qualificação registral, uma vez que se o ato judicial se mostra apto para inscrição no fôlio real, vai desencadear, por força de sua admissibilidade e conseqüente inscrição, o fenômeno registral *erga omnes*, retro operante à data da apresentação do título no registro de imóveis”.²⁹

Cita Flauzilino que o “Conselho Superior da Magistratura de São Paulo tem reiteradamente decidido que o fato de ser apresentado título de origem judicial para registro não isenta exame qualificativo dos requisitos registrários, cabendo ao registrador apontar e analisar a existência de eventuais obstáculos registrários”, coletando várias decisões nesse sentido³⁰.

Outros tantos julgamentos podem ser apontados: “A origem judicial dos títulos não os alivia do ônus de satisfazer os requisitos de ingresso no Registro Imobiliário, mui especialmente cabendo ao oficial velar pela observância dos princípios normativos que são peculiares aos Registros Imobiliários, dentre eles, com destaque, o da continuidade dos registros” (RT, 582:88); “A origem judicial dos títulos não os alivia do exame pelo oficial, tendo em conta os princípios registrários, sendo certo que, se ao registrador não é dado objetar às partilhas julgadas, também não pode deixar de lado o controle que lhe

²⁸ Embasa o seu estudo nos seguintes autores: Afrânio de Carvalho (*Registro de Imóveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 281), Marcelo Fortes Barbosa Filho (*O registro de imóveis, os títulos judiciais e as ordens judiciais*, in: Sérgio Jacomino – Org., *Thesaurus registral, notarial e imobiliário*, São Paulo: Irib/Anoreg – SP, 2003, vol. 2) e Vera Lúcia Rocha Soares (*Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 69).

²⁹ *Sobre a qualificação de títulos judiciais no Brasil*. Revista de Direito Imobiliário n. 56. p. 180.

³⁰ SANTOS, Flauzilino Araújo, op. cit., p. 180.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

cabe, indubitavelmente, p. ex., sobre a obediência aos princípios da continuidade e da especialidade, ou, ainda, do pagamento dos impostos devidos (AC 104-0; 87-0 – RT, 551:101)”.³¹

Cuidando do tema, salienta Venício Antonio de Paula Salles que “o registrador não pode descumprir a *ordem judicial*, não pode desprezar o seu comando, mas deve atuar para que a ordem bilateral não venha a mutilar direitos de terceiros. Nossos Tribunais também se posicionaram de maneira firme, entendendo que mesmo a *ordem judicial* não se mostra imune à qualificação registral, reconhecendo que o comando judicial não pode descumprir ou desconsiderar os princípios que ordenam e orientam toda a estrutura registral, que exigem uma perfeita concatenação sequencial de atos, sem ruptura ou quebra na ordem”³².

Contudo, se, por um lado, o fato de o título levado a registro ter origem judicial não exonera o Oficial de Registro do exame de qualificação, por outro, não se pode deixar de respeitar o comando advindo de toda decisão jurisdicional.

Esse conflito é objeto de realce em recentes encontros de estudiosos do Direito Registral Imobiliário, como em evento realizado em 3 de agosto de 2007. O Desembargador Ricardo Dip, várias vezes citado, observou: “o registrador tem liberdade no momento de decidir se deve ou não registrar o título, no entanto, tem de acatar as ordens do juiz, em última instância”. Por outro lado, Sérgio Jacomino lembrou que “no caso de uma ordem judicial de penhora, por exemplo, deveriam ser convocadas todas as partes envolvidas no processo, uma vez que um terceiro pode ser prejudicado, e cabe ao registrador informar e dar garantia jurídica a esse processo...”. Por fim, George Takeda informou que “em muitos casos, o juiz não aceita a recusa do registrador, que é obrigado a executar a ordem sob pena de prisão”. Para ele, o oficial de registro imobiliário “deveria poder examinar o caso e alertar o juiz de que aquela decisão não

³¹ Acórdãos extraídos da obra de Maria Helena Diniz. *Sistemas de registros de imóveis*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.394.

³² SALLES, Venício Antonio de Paula. *Títulos judiciais e o registro de imóveis*. Revista de Direito Imobiliário n.º 56. Editora Revista dos Tribunais: 2004. p. 204.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

pode afetar o direito de um terceiro que não faz parte do processo. A legislação deve ter uma regra mais precisa a respeito do que o registrador pode ou não fazer. Há a necessidade de melhorar a comunicação e o entendimento entre juízes e registradores”³³.

Ao estudar o assunto, manifestou-se Kioitsi Chicuta: “a função registral evidentemente não se confunde com aquela jurisdicional. Não cabe ao juiz exercer a função registral, salvo quando analisa, por força dos limites da lide, a regularidade e a legalidade do ato de registro, nem ao registrador se permite analisar a justiça ou injustiça da decisão judicial.”³⁴.

Flauzilino Araújo dos Santos, após distinguir entre títulos judiciais e ordens judiciais, salienta a diversidade de exame a ser procedido pelo registrador nessas duas hipóteses. É menos profundo no caso de ordens judiciais, as quais, em princípio, devem ser cumpridas, exceto em determinadas situações especiais,³⁵ as quais, para o autor, se resumiriam na “hipótese de flagrante ilegalidade”. Encerra afirmando: “De tudo o que foi dito, porém, deve ser ressaltado que por submissão ao direito, entre um mandado legal e um mandado judicial, deve-se privilegiar o mandado legal, visto que é fundamental a licitude da ordem. Afinal, tem ou não o cidadão a garantia constitucional

³³Conforme extraído do artigo *Direito Registral Imobiliário: diálogo entre magistrados e registradores: repercussão do registro na atividade judiciária*. Boletim do IRIB em revista – 333. p. 45 (Jornalista responsável: Fátima Rodrigo).

³⁴ CHICUTA, Kioitsi, op. cit. p. 234/240

³⁵ O autor cita, nesse sentido, Afrânio de Carvalho e Marcelo Fortes Barbosa Filho. Enfatiza o primeiro que o exame do registrador cinge-se à conexão dos respectivos dados “com o registro” e “à formalização instrumental”. Não lhe compete “averiguar senão esses aspectos externos dos atos judiciais, nem entrar no mérito do assunto neles envolvido, pois, do contrário, sobreporia a sua autoridade à do juiz”. Para o segundo, o registrador, diante de uma ordem judicial só poderá “se recusar a dar cumprimento ao comando recepcionado, quando restar caracterizada hipótese de absoluta impossibilidade, como quando determinada a indisponibilidade de bens daquele que não é titular, de acordo com a tábua, de direito real algum, ou antinomia interna, quando, por exemplo, há contradição intrínseca e o documento instrumentalizador da ordem não corresponda ao seu teor”.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

de que o Estado não interferirá em seus direitos patrimoniais, salvante as exceções contidas na própria lei?”³⁶

O conflito entre o juiz e o registrador, quando esse realiza juízo negativo quanto à qualificação, comporta, a grosso modo, três caminhos: a) o registrador emite um juízo de qualificação negativa e devolve o título ao interessado, ou, em caso de ordem judicial, comunica ao juiz suas razões; b) o registrador submete a matéria à apreciação do juiz corregedor; c) o registrador cumpre simplesmente a determinação judicial.

As duas últimas vias (“b” e “c”) não podem ser aceitas pelos motivos anteriormente expendidos e a seguir resumidos.

O registrador realiza juízo prudencial dotado de imperatividade e, no exercício pessoal e intransferível de sua atividade, não pode mais, na atualidade, por força de sua autonomia, deixar de decidir, efetuando consultas ao juiz corregedor. Ademais, caso o juiz corregedor concordasse com as suas ponderações, o conflito não se resolveria, mas passaria a ser entre dois juízes, sendo que, como abaixo será sublinhado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com razão, entende prevalecer a decisão jurisdicional proferida em processo contencioso sobre a decisão administrativa.

O simples e sistemático cumprimento da ordem não é possível, eis que deixaria o registrador de cumprir seu dever de ofício.

Restaria a primeira alternativa (letra a). Contudo, ela não resolve de forma definitiva o impasse. Pode o juiz, uma vez operada a devolução do título, entender que não há razão para a recusa do seu registro, caso em que poderá no exercício de seu poder jurisdicional reiterar a primeira determinação, ratificando-a em nova ordem.

Aí é que se situa o ponto nevrálgico de todo o debate sobre o conflito entre a ordem do juiz e o seu cumprimento pelo registrador. De uma ou de outra maneira, todos acenam para a mesma solução a fim de superá-lo, embora nem sempre o afirmem

³⁶ SANTOS, Flauzilino Araújo. *Sobre a qualificação de títulos judiciais no Brasil – a qualificação de títulos e ordens judiciais*. Revista de Direito Imobiliário n.º 56. Editora Revista dos Tribunais: 2004. p.183.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

claramente: ao registrador não sobrar  mais outra possibilidade a não ser cumprir a ordem, tomando todas as cautelas necessárias para resguardar os interesses do titular do registro e de terceiros, bem como para se precatar quanto a eventual responsabiliza o pessoal.

Veja-se que o Desembargador Ricardo Dip, no debate antes referido, disse que o registrador “tem de acatar as ordens do juiz, na última instância” (grifamos). Sérgio Jacomino, por sua vez, lembrou as cautelas a serem tomadas em caso de uma ordem judicial de penhora. George Takeda asseverou que, em muitos casos, o juiz não aceita a recusa do registrador, que   obrigado a executar a ordem sob pena de prisão, embora, como abaixo será salientado, no que se refere   ameaça de prisão, não seja correta a atitude do juiz.

Em suma, ante a renova o da determina o judicial, outra alternativa não restará ao registrador se não proceder ao ato de registro, observado o prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do artigo 188, da Lei de Registros P blicos³⁷, fazendo, se for o caso, as anota es que, no seu juízo, são necessárias para resguardar o direito do titular da matrícula e interesses de terceiros.

Embora haja imperatividade tanto no juízo do registrador como no do juiz, sendo os dois manifesta es de juízo prudencial, há diversidade de graus nessa imperatividade. O poder do registrador se esgota com a sua atividade de qualifica o e não gera, quando negativo, o efeito de imutabilidade. Veja-se que pode o interessado suscitar processo de d vida perante o juiz corregedor, devendo a decisão por este proferida ser cumprida pelo encarregado do registro, ainda que dela discorde. Diferentemente, a força decorrente de uma decisão judicial transitada em julgado proferida em processo contencioso será imutável, deve ser cumprida pelas partes e aceita por terceiros como fato jurídico. Poderão terceiros prejudicados, não atingidos pela coisa julgada, vir a discuti-la no que se refere ao atingimento de sua esfera jurídica, mas a sentença permanece. Não se insere na atividade do registrador a defesa de

³⁷ Prevê citado dispositivo que: “Protocolizado o título, proceder-se-  ao registro, dentro do prazo de trinta dias, salvo nos casos previstos nos artigos seguintes”.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

interesses de terceiros prejudicados³⁸, podendo, se quiser, como cautela, dar conhecimento a eventual prejudicado da ordem judicial, cabendo a este defender seus interesses em juízo.

Não foi outra a solução da jurisprudência em situação semelhante de conflito entre a decisão proferida por juiz corregedor, de natureza administrativa, e a exarada por juiz em processo contencioso, de caráter jurisdicional. Firmou-se entendimento no sentido de que, nesse conflito, prevalece a decisão jurisdicional. Se há supremacia da decisão prolatada pelo juiz em processo contencioso em relação à emitida por juiz corregedor dos registros, pela mesma razão sobrepujará a determinação final do magistrado tendente ao registro de um documento.

Referindo decisões do Superior Tribunal de Justiça, esclarece Kioitsi Chicuta: “A ordem emanada no processo judicial há que ser cumprida em qualquer hipótese. Assim, se o juiz, em ação reivindicatória, prolata sentença declaratória de usucapião, ou se o Juiz do processo de inventário determina retificação de registro, há vícios ostensivos, mas a carga mandamental da deliberação não pode ser recusada pelo órgão administrativo com esse fundamento. Nem o Juiz Corregedor tem competência para invadir a esfera jurisdicional...”.³⁹

Manifestando-se sobre o assunto, Ricardo Dip assim se pronunciou: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admitiu, a meu ver com razão, a supremacia da hipoteticamente mais pávida das decisões jurisdicionais sobre a mais brilhante e admirável das decisões de caráter administrativo. Patente o acerto da decisão jurisprudencial do STJ, porque não se pode admitir a inversão administrativa consistente em que a decisão jurisdicional se supedite à orientação administrativa”⁴⁰.

³⁸ Assinala Flauzilino Araújo dos Santos que incumbe aos “terceiros interessados ou aqueles atingidos pelo ato praticado impugná-lo perante os tribunais competentes”. *Sobre a qualificação de títulos judiciais no Brasil – A função qualificadora do registrador*. Revista de Direito Imobiliário n.º 56. Editora Revista dos Tribunais: 2004. p.186.

³⁹ CHICUTA, Kioitsi, op. cit. p.240.

⁴⁰ DIP, Ricardo Henry Marques. “Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis”, Revista de Direito Imobiliário n. 64 (janeiro-junho de 2008). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 254.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

Exemplifica o autor com situação muito freqüente que bem demonstra o que ora se sustenta: “Consideremos uma ilustração mais ou menos gráfica: suponha-se que um juiz, em processo contencioso, determina a inscrição de uma penhora; o registrador julga que não cabe essa inscrição porque, por exemplo, há vício de continuidade, especialidade etc., e o título regressa às mãos do apresentante, que tem alguns caminhos a escolher: a) harmoniza-se com o entendimento do registrador; b) requer a suscitação do procedimento de dúvida; c) ajuíza um procedimento judicial de averbação, por sustentar que o ato em pauta é de averbamento; d) ou, por fim, retorna ao Juízo da causa e pleiteia que ali se aprecie e decida sobre a recusa da inscrição: a decisão que aí houver é decisão em *processo contencioso*. Uma vez que haja seu trânsito em julgado, é decisão jurisdicional prevalecente sobre os ditames da justiça administrativo-registral”.

Em conclusão.

Deve o registrador quando se depara com um título judicial para registro realizar, por decorrência de sua função, atividade de qualificação, e, se for negativa, deve devolver o título com as razões fundamentadoras de sua conclusão. Todavia, se o juiz do processo contencioso reiterar a sua determinação, cabe a ele atendê-la, no prazo que lhe assegura a Lei, fazendo as comunicações e anotações que entender necessárias.

5. O descumprimento da ordem judicial pelo registrador e os crimes de desobediência e prevaricação

Como anteriormente destacado, eventualmente é a ordem destinada ao registrador acompanhada de observação no sentido de que deverá ser imediatamente cumprida sob pena de desobediência. Todavia, nem se pode impor o cumprimento imediato da ordem, nem há prática de desobediência ou mesmo prevaricação se o registrador agir em conformidade com a conclusão acima explicitada.

A exigência de pronto cumprimento tem contra si fixação por lei de prazo para o cumprimento de pedido ou ordem para realização de determinado registro ou averbação (prazo de 30 dias, conforme artigo 188 da Lei de Registros Públicos), tempo esse R. Sen. Paulo Egidio, 72, cj. 101/102, Centro, São Paulo, CEP 01006-010, tel/fax 3106.5630/3106.8596

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

necessário para que se realize cuidadosa qualificação e, em caso de ser ela negativa, para que possa o registrador expor as razões de sua conclusão.

Mesmo em caso de reiteração de ordem anterior, quando o magistrado discorda das ponderações feitas por quem é incumbido do registro, o prazo deve ser observado, a fim de que o registrador, embora seja obrigado a cumprir a ordem, possa, na defesa de interesses do titular da matrícula, de terceiros e, até mesmo, no resguardo de sua própria responsabilidade, de maneira cuidadosa fazer as anotações devidas, e, ainda, se entender necessário, comunicar o fato ao juiz corregedor.

Não há cometimento de desobediência por dois motivos essenciais: não pode o funcionário público no exercício de suas atividades próprias ser sujeito ativo desse crime, e, principalmente, falta dolo na conduta do registrador.

O crime de desobediência, tipificado no artigo 330 do Código Penal, está incluído entre os praticados por particular contra a administração em geral, sendo aí abrangido o funcionário somente quando atue *extra officium* ou quando entre seus deveres funcionais não se inclui o objeto da ordem a ser cumprida. É o que se extrai do ensinamento doutrinário⁴¹ e da majoritária orientação jurisprudencial⁴².

⁴¹ Na lição de **Nelson Hungria**: “o sujeito ativo (ou seja, o desobediente), tem de ser um *extraneus*; mas a este se equipara o funcionário que não age nessa qualidade, isto é, em cujos deveres funcionais não se compreende o de cumprir a ordem de que se trate (pois, caso contrário, o que poderá ocorrer será o crime de prevaricação)”. *Comentários ao Código Penal, Volume IX*. Revista Forense, Rio de Janeiro: 1959, p.419-420. No mesmo sentido, **Magalhães Noronha**, “o sujeito ativo do crime será, em regra, o particular, podendo ser também um funcionário público, que, então, não age como tal; não atua no desempenho de suas funções, e é, por isso, considerado particular”. *Direito Penal – 4º volume (Dos crimes contra a saúde pública a disposições finais)*. p.355 e 366. Assim também sustentam **Guilherme de Souza Nucci** (*Código Penal Comentado – 4. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.889*); **Damásio de Jesus** (*Direito Penal – Parte Especial, 4º Volume, Dos Crimes contra a Fé Pública a Dos Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 201), e **Julio Fabbrini Mirabete** (*Manual de Direito Penal – Parte Especial, Arts. 235 a 361 do CP - V. 3*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 366-367). Foi o que ainda sublinhou **Ricardo Dip**: “o sujeito ativo do crime de desobediência só pode ser o particular ou, no limite, o funcionário público – considerada a extensão do art. 327, CP –, desde que esteja a atuar fora de sua função. Equivale a dizer que, atuando *propter officium*, um funcionário público – assim entendido o indicado para *os efeitos penais* – não pode ser autor do crime de desobediência”. *Da Responsabilidade Civil e Penal dos Oficiais Registradores*. Publicado na Revista de Direito Imobiliário n. 53, ano 25 – Julho/Dezembro de 2002. No mesmo diapasão, **Silvia Dip** esclareceu: “Trata-se de crime em que o sujeito ativo é o *extraneus*, a que se só pode concorrer como *co-*R. Sen. Paulo Egidio, 72, cj. 101/102, Centro, São Paulo, CEP 01006-010, tel/fax 3106.5630/3106.8596

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

Todavia, em havendo desobediência à ordem judicial, acena-se com a possibilidade de vir o funcionário, no exercício de ato de ofício, a cometer o delito de prevaricação⁴³.

Todas as ponderações feitas aplicam-se ao registrador, pois, embora não seja funcionário público, ele exerce atividade de natureza pública que lhe foi delegada pelo Estado. Ainda que a sua atuação esteja relacionada com interesses privados, trata-se de

autor ou *partícipe* o funcionário público na definição do Código Penal (art. 327, *caput*, do CP). Disso deriva a admissibilidade de serem eles sujeitos ativos dos *crimes funcionais* (artigo 312 a 326, do CP). No entanto, o delito de *desobediência*, previsto no artigo 330 do CP, é crime contra a administração pública que só pode ser praticado por particular. Assim, o sujeito ativo desse crime só pode ser o particular ou o funcionário público atuando fora de sua função”. “*Qualificação registral de títulos judiciais e crime de desobediência*”. Disponível em: <<http://www.arisp.wordpress.com/2008/02/26/titulosjudiciais-qualificacao-e-crime-de-desobediencia>>. Acesso em 19.set.2008.

⁴² Nesse sentido, os acórdãos citados por Celso Delmanto (*Código Penal Comentado* - 7ª ed. atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.822): STJ: RHC 4.546, DJU 5.6.95, p. 16675, in RBCCr 12/287; TJSP, RT 487/289; TRF da 2ª R., HC 96.02.30368-9/RJ, DJU 23.9.97, p. 77038, in RBCCr 20/397 ; RCr 17.410, DJU 27.8.92, p. 25933; TRF da 1ª R., 3ª T., HC 2006.01.00.033120-7/BA, DJU 13.10.2006, in Bol. IBCCr 168/1036). STJ: “**DESOBEDIÊNCIA** – *Os dirigentes de entidade integrante da Administração Pública indireta, no exercício de suas funções, não cometem o crime de desobediência, pois tal delito pressupõe a atuação criminosa do particular contra a Administração – RO em HC 9.066-CE- 6ª T. – j. 14.12.1999 – rel. Min. Vicente Leal – DJU 14.02.2000 (RT 777/559 – ano 89 – julho de 2000)*. Na mesma obra antes citada, Delmanto destaca, contudo, manifestações em sentido contrário: TARS, RT 656/334, TACrSP, RT 418/249 – “*O delito de desobediência não é suscetível de cometimento apenas por particulares. Também o funcionário público pode ser sujeito ativo da infração*”; TARS, RT 418/249; “*A jurisprudência e a doutrina têm entendido que o funcionário público pode cometer o delito de desobediência o de desacato – RT 656/334*. *Código Penal Comentado*. Celso Delmanto...- 7ª ed. atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.822. Deve-se anotar posicionamento contrário da 5ª Turma do STJ, apontando para a possibilidade de cometimento do crime de desobediência por funcionário público, conforme RHC 12.780/MS, rel. Ministro Félix Fisher; HC 30.390/AL, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca e no HC 58820, Min. Laurita Vaz, do qual se extrai a seguinte ementa: “*Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Art. 10 da Lei n. 7.347/85. Ex-Prefeito. Desobediência. Possibilidade*”. Disponível em: <www.stj.gov.br>, acesso em 17.set.2008.

⁴³ Veja-se, a propósito: STF: RTJ 119/168, RTJ 92/19; STJ: HC 2628/DF, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, cuja ementa é: “*Funcionário público. Ato de ofício. Desobediência. Prevaricação. O Código Penal distingue (Título XI) crimes funcionais e crimes comuns. Evidentemente, quando o funcionário público (CP, art. 327) pratica ato de ofício, não comete delito próprio de particular. Assim, inviável a infração penal – desobediência (CP, art. 330 – crime praticado por particular contra a administração pública, Título XI, cap. II). Em tese, admitir-se-á prevaricação (CP, art. 319)*”.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

função pública, subordinada a todos os princípios constitucionais do artigo 37 da Carta Maior.

De fato, a atividade desenvolvida pelo registrador imobiliário tem natureza pública, “a despeito de ser executada sob regime privado”⁴⁴ e, “embora não seja considerada serviço público de ordem material (atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público), o é de ordem puramente jurídica”⁴⁵.

De recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em caso no qual impetrada ordem de *Habeas corpus* pelo Sindicato dos Notários e Registradores de Minas Gerais, em favor de oficial registrador daquele Estado que teria, em tese, praticado o crime de desobediência, pode-se extrair que o oficial de registro imobiliário é agente que implementa “atos a partir de função pública, valendo notar, de qualquer maneira, que procede não na condição de particular, não considerado o círculo simplesmente privado, mas por força de delegação do poder público, tal como previsto no artigo 236 da Constituição Federal”.⁴⁶

Lembra Ricardo Dip que “o texto constitucional imprimiu caráter *privado* para o exercício das funções notariais e das registrárias, instituindo com isso não uma antinomia, por certo, mas um binômio tensivo – *serviço público - gestão privada*”⁴⁷.

Ademais, faltaria na conduta do registrador, para a configuração de crime, o elemento subjetivo, ou seja, a vontade de desobedecer a ordem legal de funcionário público.

⁴⁴ RICHTER, Luiz Egon. op.cit. p. 189.

⁴⁵ É o que se extrai de Luiz Egon Richter, op.cit. p.190, com base em ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello (*Prestação de serviços públicos e administração indireta – 2ª ed. São Paulo: RT, 1979, p.17*).

⁴⁶ STF, HC nº 85.911-9 – Minas Gerais, rel. Min. Marco Aurélio.

⁴⁷ DIP, Ricardo Henry Martins. *Da Responsabilidade Civil e Penal dos Oficiais Registradores*. Publicado na Revista de Direito Imobiliário n. 53, ano 25 – Julho/Dezembro de 2002. Disponível em <http://www.irib.org.br/rdi/rdi53_081.asp> acesso em 29.out.2008.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

Por primeiro, cumpre firmar que desobedecer é mais do que deixar de cumprir. Alguém pode não cumprir uma ordem legal por vários motivos, desde uma impossibilidade fática, uma impossibilidade jurídica, até uma intenção deliberada de desrespeito ao funcionário público.

Também o registrador, quando recebe uma ordem judicial, poderá deixar de cumpri-la por diversas razões, mas somente se poderia cogitar de eventual desobediência quando, deliberada e intencionalmente, agisse em atitude de afronta e desrespeito ao juiz. Não quando, movido pelo interesse de respeitar a lei, de acautelar direitos de outrem, esclarecesse ao juiz os fundamentos de sua conclusão após análise qualificativa, a demonstrar que não pretende, por vontade espontânea e ordenada, infringir a sua determinação^{48 49}.

Faz-se oportuno reproduzir trecho de parecer emitido pelo juiz Marcelo Fortes Barbosa Filho: “A desqualificação de título judicial que viole os princípios registrários básicos e torne insegura e descontrolada a escrituração do fôlio real não caracteriza a figura do crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal, porquanto esse tipo pressupõe a oposição dolosa e injustificada a uma ordem legal e tal conjunto de elementos não restará integrado quando rejeitado o título, em decorrência de óbice registrário”⁵⁰.

Válido, também, transcrever a lúcida consideração de Carlos Frederico Coelho Nogueira, ao pronunciar-se sobre o juízo negativo do registrador, na apreciação de um

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado – 4ª Edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 889/894, anota “que o verbo *desobedecer* é do tipo que contém, em si mesmo, a vontade específica de contrariar ordem alheia, infringindo, violando”.

⁴⁹ Bem incisivamente acentuou o Ministro Marco Aurélio caracterizar “impropriedade manifesta” a acusação de registrador por crime de desobediência, quando, no “cumprimento de dever imposto pela Lei de Registros Públicos, cogitando-se de deficiência de carta de adjudicação”, levanta “dúvida perante o juízo de direito da vara competente”...” pouco importando o acolhimento, sob o ângulo judicial, do que suscitado” (STF, HC nº 85.911-9-MG).

⁵⁰ O parecer foi emitido no processo n. 9002/2000 da Comarca de Americana, publicado no *DOJ* 11.04.2000, p.3, conforme citação de Flauzilino Araújo dos Santos. “*Sobre a qualificação de títulos judiciais no Brasil*”. Revista de Direito Imobiliário n. 56 – jan.-junho de 2004, p.184.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

título de origem judicial levado a registro: “O registrador que qualifica negativamente um mandado ou outro tipo de ordem judicial, no cumprimento de seu dever de ofício, tendo em vista a necessidade de preservação dos princípios da continuidade, da legalidade, da especialidade objetiva, da especialidade subjetiva ou da disponibilidade, não pratica desobediência nem prevaricação, nem mesmo em tese”. Acentua que somente poderia se vislumbrar eventual crime quando o oficial do registro imobiliário “quer, dolosamente, afrontar a autoridade de um juiz, ou desprezá-lo, ou humilhá-lo, ou irritá-lo, ou simplesmente descumprir uma ordem perfeitamente legal emanada da autoridade judiciária”.⁵¹

Como bem acentuado por Carlos Frederico Coelho Nogueira também não haveria prevaricação.

Comete o crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal, aquele que “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Leciona Nelson Hungria que “o elemento material da prevaricação pode apresentar-se sob tríplice aspecto: *retardar indevidamente ato de ofício, deixar indevidamente de praticá-lo, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei*. Nas duas primeiras modalidades, o crime é omissivo; na última, é comissivo”.

O registrador, quando efetuasse qualificação negativa e comunicasse ao juiz sua conclusão, não cometeria prevaricação em suas modalidades omissivas. Agiria em conformidade com a lei, na proteção de direito de outros e para a segurança dos registros. Faltaria, assim, elemento do tipo, essencial para a perpetração do delito, uma vez que ele só se configura quando o agente retarda ou deixa de praticar, **indevidamente**, ato de ofício⁵². Somente se posteriormente, em caso de reiteração

⁵¹ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. “*Registradores Imobiliários e as ordens judiciais*”. Disponível em: <<http://arisp.wordpress.com/category/mundo-registral>>. Acesso em 29.set.2008.

⁵² O crime encontra previsão no artigo 319 do Código Penal: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

judicial, persistisse o registrador em sua conduta, se poderia cogitar, em tese, de eventual infração penal.

Outra questão poderia surgir: cometeria prevaricação o registrador pelo fato de ter efetuado o ato, em cumprimento da ordem judicial, quando entendesse ser indevido o registro ou a anotação, em caso de reiteração da ordem pelo magistrado?

Acena Ricardo Dip com a possibilidade de crime, ao afirmar: “É interpelante pensar que um registrador, negando-se, com apoio em juízo adstrito à legalidade, a inscrever um título – suponha-se um mandado judicial –, não é suscetível de perpetrar crime de *desobediência*. Mas, diversamente, quando, após essa referida negativa, esse mesmo registrador, premido pela ameaça de prisão, resignar-se a ilegalmente inscrever o título, aí é que pode acaso cometer crime, o de *prevaricação* (art. 319, CP)⁵³”.

Também sobre hipótese semelhante, anos atrás, refletiu Hungria: “Recentemente, agitou-se a seguinte questão: qual o crime do funcionário administrativo (alheio à hierarquia na órbita judiciária) que se nega a cumprir um mandado judicial, ainda mesmo depois de rejeitados os argumentos de sua *obtemperação*? Será o crime de *desobediência* (art. 330) ou o de *prevaricação* (art. 319)? O crime de desobediência é incluído pelo Código entre os praticados por particular (ou por funcionário *extra officium* ou entre cujos deveres funcionais não se inclua o cumprimento da ordem) e, assim, não pode ser identificado na hipótese formulada. O que se tem a reconhecer será, então, o crime de prevaricação, desde que apurado haver o funcionário agido por interesse ou sentimento pessoal (como tal devendo entender-se o próprio receio de descumprir ordens ilegais ocultamente expedidas por seus superiores hierárquicos, ou a preocupação de não incorrer na reprovação da opinião pública, acaso contrária à decisão judicial). Fora daí, nada mais

⁵³ DIP, Ricardo Henry Martins. *Da Responsabilidade Civil e Penal dos Oficiais Registradores*. Publicado na Revista de Direito Imobiliário n. 53, ano 25 – Julho/Dezembro de 2002. Disponível em <http://www.irib.org.br/rdi/rdi53_081.asp> acesso em 29.out.2008.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

será cabível além de *pena disciplinar*, cuja aplicação será solicitada pela autoridade judicial à administrativa competente”⁵⁴.

A lição de Nelson Hungria não se ajeita, entretanto, ao caso retratado.

Para ele, o funcionário público poderia ser responsabilizado por prevaricação se descumprisse ordens ilegais de superiores hierárquicos. Em apoio a essa assertiva, tem-se no Código Penal que somente há exclusão de culpabilidade se o agente comete o fato em estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico (artigo 22).

Ocorre que inexistente, na situação enfocada, relação de superioridade hierárquica entre juiz e registrador. A relação existente é entre dois órgãos independentes, ambos dotados de autonomia, em que, entretanto, em virtude da necessidade de serem obedecidas ordens expedidas por juízes em processos contenciosos, o registrador não tem outra conduta possível a não ser cumprir o que lhe foi determinado, em caso de insistência do magistrado.

Não lhe cabe, mais, após ter exposto ao juiz as suas razões e não as ver acolhidas, examinar a legalidade ou ilegalidade da ordem. O próprio Ricardo Dip, apesar de ventilar possível prevaricação, em outra reflexão, salientou que, em situação tal como a examinada, cabe ao registrador, em última instância, cumprir a ordem judicial⁵⁵.

A situação enquadra-se, perfeitamente, como hipótese de inexigibilidade de conduta diversa⁵⁶, a qual exclui a culpabilidade. A propósito, leciona Aníbal Bruno que

⁵⁴ HUNGRIA, Nelson. op.cit. p.379.

⁵⁵ O desembargador ressaltou, em encontro sobre direito registral imobiliário, que “o registrador tem liberdade no momento de decidir se deve ou não registrar o título, no entanto, tem de acatar as ordens do juiz, na última instância”. *Direito Registral Imobiliário: diálogo entre magistrados e registradores: repercussão do registro na atividade judiciária*. Boletim do IRIB em revista – 333. p. 45 (Jornalista responsável: Fátima Rodrigo).

⁵⁶ Relata Guilherme de Souza Nucci que “há intensa polêmica na doutrina e na jurisprudência a respeito da aceitação da *inexigibilidade de outra conduta* como tese autônoma, desvinculada das excludentes da coação moral irresistível e da obediência hierárquica”. Para o autor, contudo, “é perfeitamente admissível R. Sen. Paulo Egidio, 72, cj. 101/102, Centro, São Paulo, CEP 01006-010, tel/fax 3106.5630/3106.8596

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

“não se pode considerar um ato juridicamente reprovável quando praticado em circunstâncias tais que tornam não exigível uma conduta conforme ao Direito. Nem reprovável, nem, portanto, culpável, desde que a culpabilidade se define como reprovabilidade. O juízo de reprovação sobre o ato só é legítimo até onde se pode exigir do agente um comportamento de acordo com a norma, e aí se traça um limite ao julgamento de culpabilidade pelo fato antijurídico e típico.”⁵⁷

Não fosse tudo isso, faltaria, ainda, elemento essencial da prevaricação, aplicável às condutas omissivas ou comissivas: satisfação de interesse ou sentimento pessoal.

Conforme lição de Magalhães Noronha⁵⁸, o crime de prevaricação “exige dolo específico: há de o funcionário agir para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. É o escopo ou fim, sem o qual aquele desnatura podendo haver lugar outro. Interesse pessoal, diz o legislador, isto é, interesse da pessoa e, por isso, não há distinguir sua natureza. Qualquer que seja, patrimonial, material ou moral, é interesse: exprime uma relação psicológica entre a pessoa e um ato ou um objeto. *Sentimento*, vulgarmente, é dado como equivalente a emoção ou paixão... arrolam-se então, o amor, o ódio, a piedade, a parcialidade, o espírito de vingança, a subserviência, etc”.

o seu reconhecimento no sistema penal pátrio. O legislador não definiu culpabilidade, tarefa que restou à doutrina, reconhecendo-se, praticamente à unanimidade, que a exigibilidade e possibilidade de conduta conforme o direito é um dos seus elementos. Ora, nada impede que de dentro da culpabilidade se retire essa tese para, em caráter excepcional, servir para excluir a culpabilidade de agentes que tenham praticado determinados injustos”. *Código Penal Comentado*. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.158.

⁵⁷ *Direito Penal – Parte Geral. Tomo II*. Companhia Editora Forense. Rio de Janeiro: 1959. p. 101-102.

⁵⁸ *Direito Penal – 4º Volume: Dos Crimes contra a saúde pública a Disposições finais*, Edição Saraiva: São Paulo, 1971, p. 312. Destaca, ainda, o autor, reproduzindo trecho de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Para a configuração do crime de prevaricação, é indispensável o elemento moral, isto é, ter sido o ato praticado para satisfazer a interesse ou sentimento pessoal. O simples retardamento de ato de ofício, por erro ou negligência, sem propósito deliberado, sem intenção direta, poderia constituir falta de exação no cumprimento do dever funcional, acarretando responsabilidade civil ou sanção de outra natureza...”. – *RT* 233/311.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

Ao realizar uma qualificação negativa de documento ou ordem judicial, não age o registrador senão por força de seu ofício, não para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Conclui-se, assim, não encontrar amparo a determinação judicial para que o registrador efetue, imediatamente, algum registro, sob pena de desobediência. Há, para isso, previsão de prazo, em regra, de 30 (trinta) dias. Ademais, por exercer função de natureza pública, não cometeria o crime de desobediência, cujo sujeito ativo só pode ser particular. Também não existiria esse delito por faltar dolo, ou seja, vontade de desobedecer, na conduta do registrador. Quando deixasse de cumprir a determinação judicial por carência de algum elemento necessário para o registro, comunicando ao juiz a sua conclusão, agiria movido pela vontade de preservar direitos do titular do domínio e de terceiros e de observar as regras e princípios do direito registrário.

Também não ocorreria prevaricação. A atividade consistente em qualificação negativa, seguida de comunicação ao juiz das razões que a fundamentam, não é indevida, faltando, assim, elemento essencial para a caracterização do crime em suas condutas omissivas. A ação de, em caso de reiteração do juiz, efetuar o ato determinado, representa hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, pois não pode mais o registrador recusar cumprimento à ordem judicial. Por fim, tanto nas condutas omissivas quanto comissiva, não estaria presente elemento essencial do tipo penal: satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

6. A impossibilidade de se realizar prisão em flagrante no caso de o registrador não cumprir ordem judicial

Interessante questão reflexa de ordem processual advém da situação aqui examinada: poderia o registrador ser preso em flagrante se não cumprisse a ordem judicial para que efetuassem algum registro? Com base no acima exposto, logo decorreria a resposta de que, por inexistir crime na conduta do registrador, não se poderia pensar em situação de flagrância. Contudo, pela recorrência de situações em que se ameaça de prisão o oficial do registro imobiliário pelo não cumprimento imediato de uma ordem judicial, o tema impõe algum aprofundamento.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

Conforme sublinha Tourinho Filho, “*flagrante*, do latim *flagrans*, *flagrantis* (do verbo *flagrare*, queimar), significa ardente, que está em chamas, que arde, que está crepitando. Daí a expressão *flagrante delito*, para significar o delito no instante mesmo da sua perpetração. Prisão em flagrante delito é, assim, a prisão daquele que é surpreendido no instante mesmo da consumação da infração penal”⁵⁹.

É, tecnicamente, uma medida restritiva da liberdade, de natureza processual e pré-cautelar, realizada por órgão policial ou por qualquer do povo, não dependente de ordem judicial (artigo 5º, LXI da Constituição Federal) e incidente sobre quem é surpreendido em uma das situações taxativamente enumeradas no artigo 302 do Código de Processo Penal⁶⁰. São todas situações denunciadoras da grande probabilidade de ter havido um crime e de ser o sujeito detido o seu autor e, por isso, justificadoras de determinação de recolhimento em prisão por autoridade policial (artigo 304, § 1º, do Código de Processo Penal). Esta verifica somente a presença do “*fumus commissi delicti*”, daí a natureza pré-cautelar da prisão em flagrante, ficando a sua manutenção dependente da verificação judicial da necessidade da custódia.

Feitas essas rápidas e sucintas considerações sobre a prisão em flagrante, impende examinar a questão acima suscitada sobre a possibilidade de aprisionamento do registrador, em dois momentos sucessivos: quando, pela primeira vez, realiza juízo de qualificação negativa e informa o juiz sobre a sua conclusão; quando, em caso de reiteração da ordem judicial, vê-se na necessidade, aí sim, necessariamente, de cumprir a determinação.

Ao não atender, em um primeiro momento, a ordem judicial, pelas razões exaustivamente expostas, não está o registrador imobiliário a praticar crime de desobediência ou de prevaricação. Incabível, somente por isso, a prisão em flagrante. Reiterada pelo juiz a sua determinação, com ameaça de prisão pela prática de

⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal – 9ª ed. rev. e atual.* – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 607.

⁶⁰ Segundo esse dispositivo, há situação de flagrância quando alguém: “I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

desobediência ou prevaricação, também, aí, não seria possível a prisão em flagrante, pelos motivos a seguir arrolados.

Em qualquer dos dois momentos, impediria a imediata prisão em flagrante pela atitude omissiva do registrador o fato de existir um prazo para cumprir a ordem judicial.

Consoante ensina Heleno Cláudio Fragoso⁶¹, sobre o delito de desobediência: “pode o crime ser praticado por ação ou por omissão, conforme o conteúdo da ordem imponha uma conduta negativa ou positiva. Consuma-se no momento e no lugar em que se concretiza o descumprimento da ordem. Se se tratar de uma omissão, o momento consumativo se verifica quando transcorre o prazo para cumprimento (se houver) ou o decurso de um lapso de tempo juridicamente relevante, a evidenciar o propósito de opor-se ao cumprimento da ordem”⁶².

A respeito da prevaricação, esclarece Bento de Faria, “o retardamento se verifica quando o funcionário não realiza o ato que tem o dever de praticar no prazo prescrito, ou, em sua falta, em tempo útil para que produza seus efeitos normais, ainda quando a demora não determine a invalidade do ato sucessivamente realizado”⁶³.

Explica, ainda, Nelson Hungria que: “o retardamento verifica-se quando o funcionário (sensu lato) não realiza o ato de ofício (todo e qualquer ato em que se exterioriza o exercício da função ou do cargo) dentro do prazo legalmente preestabelecido, pouco importando que o ato continue a ser praticável após a expiração

⁶¹ *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, v. III. Forense: Rio de Janeiro, 1984, p.459.

⁶² Assim também entendem **Nelson Hungria** (*Comentários ao Código Penal*, v. IX, Revista Forense: Rio de Janeiro, 1958, p. 419); **Magalhães Noronha** (*Direito Penal – 4º Volume: Dos Crimes contra a saúde pública a Disposições finais*, Edição Saraiva: São Paulo, 1971, p. 369); **Julio Fabbrini Mirabete** (“Podendo ser o crime comissivo ou omissivo, a consumação ocorre no momento da ação ou da omissão ilícita, ou seja, após decorrido o prazo fixado pela autoridade ou lapso suficiente que caracterize o descumprimento da ordem” RT 499/304. “Na omissão, ou o agente praticou o ato no prazo, nada havendo a punir, ou, escoado aquele, estará consumado o crime”: *Manual de Direito Penal – Parte Especial, Arts. 235 a 361 do CP - V. 3*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 271) e **Paulo José da Costa Jr.** (*Direito Penal – Curso completo*. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 716).

⁶³ FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro (Comentado) v V – Parte Especial: arts. 213 a 361*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943, p. 524.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

do prazo, sem que possa ser declarada a sua invalidade. Diferencia-se da omissão (abstenção de prática do ato), pois nesta o agente deixa de praticar o ato com ânimo definitivo ou em tempo útil. Quer num, quer noutro caso, há de entender-se que o ato de que se trata é legítimo”⁶⁴.

No primeiro momento, a prisão restaria superada se o oficial, no prazo, realizasse qualificação positiva e se, em caso de qualificação negativa, informasse o juiz sobre a sua conclusão. No segundo, também ficaria afastada a prisão se, no tempo previsto em lei, cumprisse a ordem, ainda que com ressalva.

Permaneceria ainda uma questão pendente sobre a eventual possibilidade de prisão: em qualquer dos dois momentos, transcorrido o prazo, poderia se consumir o crime de desobediência ou o de prevaricação, e, assim, em tese, haveria viabilidade de prisão?

Isso impõe uma reflexão sobre a natureza dos crimes de desobediência ou de prevaricação quando praticados de forma omissiva. Uma análise superficial da matéria conduziria a que, nos dois casos, se afirmasse a natureza permanente dos delitos, pois, cessado o prazo para ser uma ordem cumprida, enquanto não o fosse estaria o agente na prática da infração penal, como sustentou a Ministra Ellen Gracie em sessão de julgamento do Tribunal Superior Eleitoral, ao apreciar o Agravo de Instrumento n.º 3.384⁶⁵, em relação à desobediência. Como ilação dessa primeira inferência, sustentar-

⁶⁴ *Comentários ao Código Penal*, v. IX. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959, p. 377.

⁶⁵ A permanência do delito de desobediência na forma omissiva foi afirmada no Acórdão n. 3.384 – TSE (Agravo de Instrumento n. 3.384), pela Ministra Ellen Gracie. Sustentou que a consumação do crime de desobediência, quando se apresenta na forma omissiva, não é pontual ou instantânea, concluindo que a permanência da conduta faria persistir a condição delituosa do agir. Em consequência, citando Biagio Petrocelli, extrai que “existe tal infração penal quando em um dado momento, o crime se completa e se realiza em todos os seus elementos constitutivos, mas sem exaurir-se, pois a conduta do agente continua, ininterruptamente, em todos os instantes sucessivos, a realizar a lesão do interesse que a norma tutela, até que sobrevenha ou ação contrária do réu, ou qualquer outra força que ponha fim ao delito”. Na ocasião, o voto da Eminente Ministra não prevaleceu, sendo refutado pelo entendimento dos demais Ministros, ao argumento de que a consumação da desobediência se exaure com a ação proibida ou com a omissão do ato determinado pelo mandado judicial, não a elidindo a sua observância extemporânea.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

se-ia a possibilidade de prisão enquanto houvesse a permanência em virtude do que dispõe o artigo 303 do Código de Processo Penal⁶⁶.

A posição da Ministra foi repelida pelo Ministro Sepúlveda Pertence quando, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 3.384 antes referido, concluiu, com os demais membros do Tribunal, não ser o crime de desobediência permanente, sustentando que “o crime é não obedecer à ordem (...), que se consuma imediatamente, ou quando se exaure a oportunidade de dar-lhe cumprimento, com o termo do prazo acaso concedido, não o elidindo fato posterior algum que faça cessar aquela situação.”⁶⁷

Ademais, a exegese contrária geraria um efeito inaceitável: o de que, nos casos omissivos, a desobediência permitiria a prisão do agente pelo tempo, por mais longo que fosse, até eventual prescrição, em que persistisse em sua intenção de não cumprir a ordem do funcionário público.

Esse ponto foi objeto de realce pelo Ministro Barros Monteiro. Embora se cuidasse no caso de verificação de prescrição, destacou que “o crime em questão é instantâneo, mesmo na modalidade omissiva. O cerne da figura delitiva é o descumprimento da ordem emanada”. Além disso, acentuou que “no crime permanente, a conduta do agente se protraí e, enquanto praticada, justifica a prisão em flagrante – artigo 303 do Código de Processo Penal”. Assim, ainda que permanecessem as condutas delituosas, afirmou categoricamente: “ninguém cogitaria da prisão em flagrante nos dias que se seguiram ao término do prazo concedido”.

Ora, se assim é, fica difícil, quase impossível, sustentar a possibilidade de prisão em flagrante por desobediência ou prevaricação nos casos em que há prazo para

⁶⁶ É o que, de forma singela, sem maior aprofundamento, refere Hely Lopes Meirelles: “O não atendimento do mandado judicial caracteriza o *crime de desobediência a ordem legal* (CP, art. 330), e por ele responde o impetrado renitente, sujeitando-se até mesmo à prisão em flagrante, dada a natureza permanente do delito”. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data” – 20ª edição, atualizada por Arnoldo Wald*. São Paulo: Malheiros, 1998. p.92.

⁶⁷ Cita o Ministro Sepúlveda Pertence julgamento do Supremo Tribunal Federal proferido no Inquérito n.º 353, em 20.09.91, quando, por votação unânime, concluiu-se que o delito de desobediência se consuma no dia em que expire o prazo para cumprimento da ordem judicial.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

cumprimento de uma ordem judicial. Cessado o prazo, o crime estaria consumado, instantaneamente, e, transcorrido pequeno lapso de tempo, desaparecia a situação de flagrância. Somente há uma solução. Se o juiz entende estar caracterizado, em tese, o crime de desobediência ou prevaricação, deve, por força do artigo 40 do CPP, encaminhar peças ao Ministério Público, sem que se efetue prisão em flagrante.

Outras razões, amplamente destacadas pela jurisprudência, do Superior Tribunal de Justiça inclusive, demonstram também não ser possível prisão em flagrante do registrador.

O primeiro dos fundamentos gira em torno da natureza da prisão e da forma como pode ser efetivada. Trata-se de prisão em flagrante, que não é cumprida por mandado judicial, ela se executa quando há situação de flagrância (artigo 302 do Código de Processo Penal)⁶⁸.

Ora, como poderia o juiz cível ou trabalhista determinar, por mandado, prisão em flagrante? Em vários acórdãos, mostram o Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais que o juiz cível ou trabalhista somente pode decretar prisão em casos de depositário infiel e de devedor de alimentos (artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal).

Trata-se de antiga orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, no julgamento do HC 4.030/SP, em 1996 (DJ de 26.02.1996, p. 4028), afirmava o relator, Ministro Assis Toledo, citando já precedentes (REsp 21.021, RHC 2.789, HC 4.059): “No exercício da jurisdição cível, não tem o juiz poderes para expedir ordem de prisão fora das hipóteses de depositário infiel e de devedor de alimentos (artigo 5º, inciso LXVII, CF)”.

⁶⁸ O desembargador Jamil Rosa de Jesus Oliveira, no julgamento do HC 2006.01.00.033120-7/BA, afirmou que em hipótese de prisão em flagrante por crime de desobediência, “não cabe ao juiz dar a respectiva ordem, pois se trata de prisão sem mandado”.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

Continua aquele Tribunal a perfilhar tal orientação: HC 18.610/SP, relator Ministro Gilson Dipp; HC 4.031/DF, relator Ministro José Dantas; HC 32.326/AC, relator Ministro Paulo Medina.

No mesmo sentido, vários julgamentos dos Tribunais Regionais Federais:

“Tanto o juiz cível quanto o trabalhista não têm poderes para expedir mandado de prisão fora dos casos de depositário infiel e de devedor de alimentos”. (TRF da 1ª R., HC 2006.01.00.033120-7-BA, DJU 13.10.2006, in Bol. IBCCr 168/1036).

“Não tendo o magistrado, em sua jurisdição cível, competência para determinar prisão estranha ao seu âmbito de atuação, o descumprimento à ordem judicial não configura o crime de desobediência”. (TRF da 1ª R., HC 01000489241, DJU 8.3.2002, p. 62, in Bol. IBCCr 115/618)

“Juiz cível não pode adotar a prisão de servidor público, como forma de compelir o acusado, órgão da administração, a cumprir decisão judicial” (TRF 2ª R., HC 96.02.30368-9/RJ, DJU 23.9.97, p. 77038, in RBCCr 20/397)

“Juiz Trabalhista: Não se tratando de flagrante delito, não se pode decretar prisão por desobediência, cabendo, se entender configurado o delito, remeter as peças necessárias ao Ministério Público Federal”. (TRF da 5ª R., HC 479, DJU 10.3.95, p. 12615)

Essa questão foi objeto de percutiente explicação do Desembargador Hugo Machado, no julgamento do HC 235-PE, Tribunal Regional Federal – 5ª Região. Depois de referir, como outros fizeram, ser a autoridade cível incompetente para expedir ordens de prisão em flagrante, com precisão esclarece:

“O prolator da ordem, supostamente descumprida, não é a autoridade competente a que se refere o dispositivo constitucional. É verdade que a prisão poderia ocorrer em flagrante delito, independentemente da ordem da autoridade competente. Mas, parece-me que ao dar esta ordem o Juiz já está dizendo para a autoridade policial que o flagrante estaria configurado, sem deixar àquela autoridade policial a atribuição de aquilatar a ocorrência ou não do flagrante. Esta prisão ‘em flagrante’

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

terminaria por ser – e, na verdade tem sido – uma prisão por ordem de autoridade, que, a meu ver, não é a autoridade competente. O policial, nesses casos, não questiona a determinação do Juiz, ele vai e efetua a prisão. Parece-me que admitir possa o Juiz prolator da ordem determinar a prisão, ainda que com eufemismo de que está determinando uma prisão em flagrante – porque prisão em flagrante não se determina, se efetua; quem constata é quem vê a conduta delituosa – estaria determinando uma prisão, com um suposto fundamento no preceito constitucional que permite a prisão por ordem de autoridade judiciária competente, desde que escrita e fundamentada”.

Aplica-se essa clara explanação à presente análise. A autoridade policial não poderia jamais cumprir a ordem e prender o registrador, pois se encontraria diante de infração de menor potencial ofensivo, com regime próprio a respeito da prisão em flagrante. De fato, a pena máxima cominada aos referidos delitos, consoante se observa nos artigos 319 e 330 do Código Penal, é inferior a dois anos, o que os inserem na categoria das infrações de menor potencial ofensivo, sujeitas à aplicação da Lei 9.099/95. Em tais infrações, não se admite prisão em flagrante se o autor do fato for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer (artigo 69, parágrafo único). A única providência a ser tomada pelo Delegado de Polícia seria a lavratura de termo circunstanciado (artigo 69, “caput”) e seu encaminhamento ao Juizado Especial Criminal.

O Desembargador Jamil de Jesus Oliveira, no HC 2006.01.00.033120-7/BA, após salientar que, em situação de flagrância, realiza-se a prisão, não se cumpre mandado, ponderou: “mas isso sequer seria possível no caso, pois, cuidando-se de infração classificada como de menor potencial ofensivo – aquela a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos –, ela em princípio não comporta prisão em flagrante, desde que, lavrado o termo circunstanciado e encaminhado ao juizado, assumindo o autor o compromisso de a ele comparecer. (Cf. Lei n. 9.099/1995 – art. 69). Não alteraria tal conclusão, vale ressaltar, eventual classificação jurídica da suposta conduta do paciente como crime de prevaricação, pois também este delito, punido com a pena de 03 (três) meses a 01 (um) ano de detenção, se inscreve como infração de menor potencial ofensivo”.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

É também a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça: HC 19071/MA, Quinta Turma, Rel. Ministro Félix Fischer, HC 30.390/AL, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, HC 19571, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, REsp 442035/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp.

No mesmo sentido, o entendimento doutrinário de Carlos Frederico Coelho Nogueira⁶⁹ e Silvia Dip⁷⁰.

Conclui-se, portanto, que o registrador não poderia ser preso em flagrante por desobediência ou prevaricação, porque ausentes as hipóteses de flagrância previstas em nossa legislação processual penal, porque incabível determinação de prisão em flagrante por juiz cível ou trabalhista, ou, ainda, porque aqueles crimes constituem infrações de menor potencial ofensivo, submetidos à aplicação da Lei 9.099/95, a qual não permite a prisão quando o autor do fato assume compromisso de comparecer perante Juizado Especial Criminal, se convocado.

7. O cabimento de *habeas corpus* em casos de ameaça de prisão dos registradores em ordens judiciais

⁶⁹Argumenta o autor que “ainda que se configurasse uma dessas situações de flagrância, *não poderia haver prisão em flagrante*, pois a pena máxima dos crimes de desobediência e de prevaricação é inferior a 2 anos de detenção. Por essa razão, os *dois crimes são infrações penais de menor potencial ofensivo*, diante da expressa definição constante do art. 61 da Lei 9.099/95 (com sua redação atual), o que equivale dizer que são de competência dos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs). Por serem de competência dos JECRIMs, a eles se aplica o parágrafo único do art. 69 da dita Lei 9.099/95, bem como seu *caput*, segundo os quais a única providência a ser tomada pelo delegado de polícia, chegando ao seu conhecimento a prática de uma infração dessas, é a elaboração do *termo circunstanciado* (TC), liberando em seguida o suposto autor do delito (se este lhe tiver sido apresentado), *ao qual não se imporá prisão em flagrante se se comprometer a comparecer perante o JECRIM*, quando vier a ser convocado para tanto”. op.cit.

⁷⁰ “De qualquer forma, ainda que fundada fosse alguma tipificação penal para o ato do registrador, em nenhuma o descumprimento da ordem judicial poderia levar à prisão em flagrante do registrador. É que o crime de desobediência, regido pela Lei 9.099/95, proíbe a prisão em flagrante no caso de promessa de comparecimento do suposto infrator ao Juizado (art. 69, par. único)”. *Qualificação registral de títulos judiciais e crime de desobediência*. Disponível em: <<http://www.arisp.wordpress.com>>. Acesso em 19.set.2008.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

Apesar de tudo o que foi exposto, tem ocorrido a expedição de mandados judiciais com a seguinte observação: “a fim de ser imediatamente cumprido sob pena de prisão por crime de desobediência”. Importa, então, verificar o remédio de que disporia o registrador para se opor a tal determinação.

Em tese, poderiam ocorrer duas situações: o oficial de justiça e a autoridade policial cumprem a determinação do juiz e se efetua a prisão; a prisão não é efetivada, permanecendo a ameaça de sua eventual concretização. O remédio para coibir violência consumada contra a liberdade do oficial do registro imobiliário será o “habeas corpus liberatório” e para evitar a materialização da ameaça o “habeas corpus preventivo”, ambos extraídos diretamente do comando constitucional do artigo 5º, LXVIII: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por *ilegalidade* ou *abuso de poder*”.

Os fundamentos que sustentariam os pedidos gravitam em torno da idéia anteriormente fixada de que não é possível a prisão em flagrante pelos seguintes motivos: a) inexistiria crime de desobediência ou prevaricação nos casos em que o registrador, em virtude de qualificação negativa de títulos ou ordens judiciais, informasse primeiramente o juiz a respeito de sua conclusão e, depois, no prazo legal, cumprisse a ordem, faltando portanto pressuposto essencial para a prisão; b) inexistiria situação de flagrância, após o decurso do prazo, pois eventual crime se consumaria logo em seguida ao vencimento do prazo, não estando presente o requisito da atualidade⁷¹; c) o juiz cível ou trabalhista não pode determinar uma prisão em flagrante; d) não é possível prisão em flagrante em casos de infrações de menor potencial ofensivo, sendo admissível apenas a elaboração de um termo circunstanciado.

⁷¹ Salienta Romeu Pires de Campos que “a atualidade resulta diretamente da situação de flagrância, reveladora de que algum fato delituoso estava acontecendo no momento da prisão ou pouco antes. Aliás, o próprio significado da palavra “flagrante” indica uma situação de atualidade”. *Processo Penal Cautelar*, p. 118-119.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

O próprio oficial terá legitimidade para impetrar *habeas corpus* em seu benefício (artigo 654, “caput”, do Código de Processo Penal⁷²). Mas, ante a relevância do instituto, a Constituição, pelo artigo 5º, LXVIII, e o Código, pelo art. 654, “caput”, permitem a qualquer pessoa, inclusive pessoa jurídica, aí se incluindo uma associação de registradores, impetrar ordem de *habeas corpus* em favor de pessoas físicas.⁷³

Vale transcrever lição de Pontes Miranda: “A pessoa jurídica não pode pedir *habeas-corpus* para si, porque só a pessoa física é por ele protegida; mas tem a legitimação de pedir para outrem, que seja pessoa física. Os que sustentaram que a pessoa jurídica não podia impetrar para a pessoa física o remédio jurídico do *habeas-corpus*, erravam palmarmente. Mas isso foi repellido... Se há interesse da pessoa jurídica na proteção do coacto ou ameaçado de coação, não se poderia negar à pessoa jurídica a legitimação à tutela jurídica de alguma pessoa física. É o que acontece com a empresa, de que foi vítima de violência, ou ameaça, algum diretor, sócio, associado, confrade, pessoa de classe a que a empresa promete proteção ou protege, como sociedade de caridade, hospital, associação ou fundação com finalidade de defesa dos seres humanos, ou de determinados grupos ou famílias, ou raças, ou religiões”⁷⁴.

De forma bastante enfática, prelecionava Eduardo Espínola Filho: “Óbvio que uma pessoa jurídica pode impetrar *habeas-corpus* em favor de pessoa natural, cuja soltura, em muitos casos, interessa diretamente àquela, como nos de prisão, ou ameaça, de diretor, sócio, associado, confrade. Nem se reclama tenha o impetrante interesse na

⁷² De acordo com este dispositivo, “o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”.

⁷³ Heráclito Antonio Mossim faz uso da expressão latina “*ubi lex non destinguet, nemo poteste distinguere*” para definir que “o artigo 654, do Código de Processo Penal, ao fazer menção à impetração por “qualquer pessoa”, nela faz compreender também a pessoa jurídica. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 141.

⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado – 8ª Edição*. São Paulo: Saraiva, 1979. p.31.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

soltura do paciente, ou em livrá-lo da ameaça; nenhuma ligação de parentesco, de amizade, de negócios, se requer, relacionando-os”.⁷⁵

Esses antigos ensinamentos são largamente acolhidos pela doutrina: Tourinho Filho⁷⁶, José Frederico Marques⁷⁷, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha⁷⁸, Pinto Ferreira⁷⁹, Denilson Feitoza Pacheco⁸⁰.

Inequívoca, portanto, a legitimidade da pessoa jurídica para a impetração de *habeas corpus* em favor de pessoa física, sendo que o âmbito dessa legitimidade abarca tanto o uso de *habeas corpus* liberatório quanto o preventivo.

Mas a salvaguarda posta pelo legislador por meio do *habeas corpus* não se circunscreve a situações em que, de alguma forma, há um constrangimento ou ameaça decorrentes de ordens judiciais já expedidas. Serve ele também para resguardar qualquer pessoa contra futuras ameaças, previsíveis em virtude de ocorrências prévias.

A “amplitude da proteção conferida ao indivíduo pelo *habeas corpus* decorre, fundamentalmente, da possibilidade de sua concessão em caráter preventivo, permitindo que o Judiciário se antecipe na apreciação da legalidade de uma prisão, antes mesmo de

⁷⁵ *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, v. VII – Comentários aos artigos 647/695*. Editor Borsoi: Rio de Janeiro, 1955.p.214

⁷⁶ *Processo Penal – 18ª edição rev.e atual.* – São Paulo: Saraiva, 1997. p.503.

⁷⁷ *Elementos de Direito Processual Penal – vol. IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p.410.

⁷⁸ *Dos Recursos no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.215.

⁷⁹ O autor menciona que também indicam tal possibilidade, além de Pontes de Miranda e Espínola Filho, Florêncio de Abreu e Magalhães Noronha. Cita, outrossim, dois julgados que admitem a impetração do *habeas corpus* por pessoa jurídica, em benefício de uma pessoa física que lhe interesse. *Teoria e prática do habeas corpus*. São Paulo: Saraiva, 1982, p.41-42.

⁸⁰ *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis – 3ª ed., rev., ampl. e atual. com Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário”*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p.1354.

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

que esta se concretize... Nesta hipótese, pede-se a tutela antecipadamente, para evitar que a ameaça de prisão se efetive.”⁸¹

Há duas situações distintas de ameaça ilegal, sugerindo dois tipos de habeas corpus preventivos. Em uma, o constrangimento está prestes a ocorrer, ante a existência de uma ordem ilegal de prisão, como sucede com a expedição de um mandado ainda não cumprido, Aí, para proteção da liberdade, basta que se determine o recolhimento do mandado. Em outra, não há no momento uma ameaça imediata decorrente de alguma ordem judicial, mas, em virtude de atos anteriores, vislumbra-se real risco de que outras medidas ilegais venham a se repetir. Para esse caso, a lei prevê o salvo-conduto, documento que serve como garantia contra futura prisão em situação similar à considerada ilegal.

Considerando-se haver notícia de que tem sido usual a expedição de mandados com ameaças de prisão de registradores por desobediência, o oficial, para se proteger de ordens futuras do mesmo teor, poderia pleitear a concessão de habeas corpus preventivo com a expedição de salvo-conduto, para o fim de não ser preso em flagrante quando recebesse, para cumprimento, ordem judicial com determinação de efetivação de registro.

O pedido pode, também, com os mesmos objetivos, ser postulado por uma associação de registradores, visando à proteção preventiva de seus associados.

Vários acórdãos concederam ordens preventivas de *habeas corpus* em casos análogos de impetração por bancos, em favor de seus funcionários – gerentes, conforme se extrai das seguintes ementas:

"Habeas corpus. Diretores, superintendentes e gerentes de agências do Banco Itaú S/A. Expedição generalizada, por autoridades judiciárias, de mandados de entrega imediata, em cruzeiros, de quantias bloqueadas, em cruzados novos, com cominação de

⁸¹ GRINOVER, SCARANCA e MAGALHÃES. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 345

ANTONIO SCARANÇE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

prisão por pretenso crime de desobediência. Configuração de constrangimento ilegal, por tratar-se, na hipótese, de depósitos que, por força de lei, foram transferidos em bloco, para o Banco Central do Brasil, escapando, por essa forma, a administração das instituições financeiras a que se achavam vinculados e, conseqüentemente, ao poder de disposição dos pacientes, a quem cumpre, tão-somente, registrar a ordem judicial e fazer a devida comunicação a referida autarquia, para as providências necessárias ao cumprimento do mandado. Ordem concedida” (STF – HC 69024/RJ – Órgão Julgador: 1ª Turma – Rel. Min. Ilmar Galvão – julg. 04/02/1992).

“Habeas corpus originário. Proteção preventiva. Liberação de cruzados novos bloqueados. Crime de desobediência. Decisão de Tribunal Regional que indeferiu a súplica requerida em favor dos servidores do Banco Itaú S.A. Constituem constrangimento ilegal, reparável através do remédio heróico, os mandados de intimação expedidos pelos juízes federais, apontados como coatores, para que funcionários-gerentes do Banco Itaú S.A. cumpram ordem de conversão de cruzados novos em cruzeiros, de ativo financeiro de interessados, com a ordem de imediato pagamento, sob pena de prisão por crime de desobediência. Ordem de Habeas corpus preventivo que se concede”. (EDcl no HC .796/SP, Rel. MIN. JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO, SEXTA TURMA, julgado em 19.11.1991, DJ 09.12.1991 p. 18045).

“Criminal. HC Preventivo. Gerentes bancários. Decisões judiciais conflitantes. Destino de recursos depositados em conta-corrente bloqueada. Crime de desobediência. Ameaça ao direito de ir e vir. Inexistência. Perda do objeto. Ordem prejudicada. Liminar cassada. Hipótese na qual os pacientes, gerentes de instituição bancária, se dizem ameaçados de terem sua liberdade cerceada, pela possibilidade de ocorrência de crime de desobediência, em virtude de decisões judiciais conflitantes, as quais dão destinação diversa a valores depositados em conta-corrente bloqueada. Evidenciado o cumprimento da ordem emanada pelo Juízo estadual e a suspensão do feito em trâmite no Juízo Federal, resta descaracterizada a existência de decisões judiciais conflitantes, ameaçadoras da liberdade dos pacientes, pela apontada possibilidade de prisão por crime de desobediência. III. Ordem prejudicada, cassando-se a liminar anteriormente deferida. (HC 37.225/RJ, Rel. Ministro

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 21.06.2005, DJ 01.07.2005 p. 573).

8. Conclusões

Na atividade de qualificação, o registrador deve realizar um juízo prudencial e técnico na análise de todos os documentos que lhe são apresentados, inclusive os judiciais. Age com autonomia, por força da imperatividade inerente à sua função, a qual, apesar de seu caráter privado, é, na sua essência, de interesse público. Trata-se de atividade personalíssima, intransferível e o registrador a executa sem depender da manifestação de outrem e sem realizar consulta a órgão judiciário.

Quando conclui pela inaptidão do documento para ingressar no caderno registral, deve atentar aos princípios que norteiam o seu juízo prudencial: da autonomia, da continuidade, da especialidade, da disponibilidade e da legalidade. Todos eles são informados pela razão principal de seu mister: a segurança dos registros imobiliários e, por consequência, a firmeza das relações jurídicas sobre direitos reais.

Não pode o registrador se eximir de efetivar qualificação negativa se, ao deparar com título ou ordem judicial, verificar a falta de requisitos extrínsecos e intrínsecos para a feitura do registro ou da anotação. Por outro lado, não pode, por necessidade de preservação da ordem jurídica, deixar de dar cumprimento às determinações do Poder Judiciário, quando extraídas de decisões proferidas em processos jurisdicionais.

A solução para essas duas exigências contrapostas pode, a grosso modo, derivar de três caminhos: a) o registrador emite um juízo de qualificação negativa e devolve o título ao interessado, ou, em caso de ordem judicial, comunica ao juiz as suas razões; b) o registrador submete a matéria à apreciação do juiz corregedor; c) o registrador cumpre simplesmente a determinação judicial.

As duas últimas vias (“b” e “c”) não podem ser aceitas. O registrador realiza juízo prudencial dotado de imperatividade e, no exercício pessoal e intransferível de sua atividade, não pode mais, na atualidade, por força de sua autonomia, deixar de decidir,

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

efetuando consultas ao juiz corregedor. O simples e sistemático cumprimento da ordem não é possível, eis que deixaria o registrador de cumprir seu dever de ofício.

Restaria a primeira alternativa (letra a). Contudo, ela não resolve de forma definitiva o impasse. Pode o juiz, uma vez operada a devolução do título, entender que não há razão para a recusa do seu registro, caso em que poderá no exercício de seu poder jurisdicional reiterar a primeira determinação, ratificando-a em nova ordem.

Em caso de reiteração, não resta ao registrador outro caminho a não ser cumprir a determinação judicial. A decisão proferida em processo contencioso, após transitar em julgado, é imperativa e imutável, deve ser seguida pelas partes e aceita por terceiros como fato jurídico, sem prejuízo de que eventuais prejudicados possam defender seus direitos também por via judicial. Prevalece, até mesmo, sobre decisão proferida por juiz em processo administrativo.

Embora seja comum estar a ordem destinada ao registrador acompanhada de observação no sentido de que deverá ser imediatamente cumprida, sob pena de desobediência, nem se pode impor o cumprimento imediato da ordem, nem há prática de desobediência ou mesmo prevaricação.

Contra a determinação de cumprimento imediato, antepõe-se a previsão em lei prazo de 30 (trinta) dias para o cumprimento de pedido ou ordem para a realização de ato de registro ou averbação (artigo 188 da Lei de Registros Públicos).

Não há cometimento de desobediência por dois motivos essenciais: não pode o funcionário público, no exercício de suas atividades próprias, ser sujeito ativo deste crime, e falta dolo na conduta do registrador, pois não age ele movido pela vontade de desobedecer a ordem judicial, mas de cumprir o seu dever de realizar qualificação.

Também não há prática de prevaricação. Faltaria nas condutas omissivas de 'retardar ou deixar de praticar ato de ofício' o elemento do tipo "indevidamente", uma vez que o registrador age em conformidade com a lei na proteção de direito de outros e na preservação da segurança dos registros. Por outro lado, não se configuraria o crime na conduta comissiva de 'praticar ato de ofício contra expressa disposição de lei', R. Sen. Paulo Egidio, 72, cj. 101/102, Centro, São Paulo, CEP 01006-010, tel/fax 3106.5630/3106.8596

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

porque, como antes expandido, o registrador, em caso de reiteração da ordem judicial, não tem outra conduta possível a não ser cumprir o que lhe foi determinado. Enquadra-se essa situação, perfeitamente, como hipótese de inexigibilidade de conduta diversa. Por fim, faltaria, sempre, nas condutas omissivas ou comissivas, outro elemento essencial da prevaricação – satisfação de interesse ou sentimento pessoal –, pois o oficial do registro imobiliário, ao realizar uma qualificação negativa de documento ou ordem judicial, não age senão por força de seu ofício, e não para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Não pode o registrador ser preso em flagrante quando recebe para cumprimento ordem judicial.

Inexiste situação de flagrância, em relação à desobediência ou prevaricação, enquanto não decorre o prazo para o cumprimento da ordem judicial. Por outro lado, ultimado o prazo, o crime já se consumaria, não se podendo mais efetuar prisão em flagrante por ausência do requisito da atualidade, pois só aparentemente os crimes de desobediência e prevaricação, em sua modalidade omissiva, são de natureza permanente. Como acentuaram o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral, decorrido o prazo, o crime se consuma instantaneamente.

Não seria cabível a prisão, ainda, por duas outras razões. A prisão em flagrante se executa, não é determinada por mandado. Não pode o juiz, por mandado, impor à autoridade policial que prenda em flagrante, pois cabe a ela, verificar em cada caso, se tal ato é possível. A autoridade judiciária civil ou trabalhista somente pode determinar prisão nas hipóteses de depositário infiel e devedor de alimentos. Ainda, a desobediência e a prevaricação são infrações de menor potencial ofensivo e, quando ocorrem, nos termos da Lei n. 9.099/95 (artigo 69, parágrafo único), não permitem prisão em flagrante do autor do fato, mas somente a elaboração de termo circunstanciado.

Pode o oficial, ou mesmo uma associação de registradores, impetrar *habeas corpus*, seja para superar constrangimento já ocorrido ou para evitar que ele se

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

concretize. Em caso de risco de prisão, em virtude de fatos anteriores, podem pleitear salvo conduto por meio de *habeas corpus* preventivo.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

BIBLIOGRAFIA

AMADEI, Vicente de Abreu. *Encontro “Café com Jurisprudência”, realizado no Cartório do Primeiro Tabelião de Notas de Protesto de Letras e Títulos de Barueri, em 31 de agosto de 2008*. Boletim do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil em revista, São Paulo, ed. 333, p. 36-41, out./dez. 2007.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

AUGUSTO ARRUDA, Eduardo Agostinho. A qualificação registral na retificação de registro e no georreferenciamento. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 31, n. 64, p. 215-236, jan./jun. 2008.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral – Tomo II. 1ª edição*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CHICUTA, Kioitsi. Qualificação dos títulos judiciais. *In: Introdução ao Direito Notarial e Registral*. Coordenação Ricardo Dip – Porto Alegre: IRIB: Fabris, 2004, p.225-257.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal – Curso completo*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado - 7ª ed. atual. e ampl.* - Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal: tipo processual, provas típicas e atípicas (atualizado de acordo com as Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008)*. Campinas, SP: Millenium, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis - 7ª edição, revista e atualizada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

R. Sen. Paulo Egídio, 72, cj. 101/102, Centro, São Paulo, CEP 01006-010, tel/fax 3106.5630/3106.8596

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

DIP, Ricardo Henry Martins. Sobre a qualificação no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 31, n. 29, p. 157-215, jan./jun. 1992.

_____ Da Responsabilidade Civil e Penal dos Oficiais Registradores. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 25, n. 53, p. 351-368, julho/dez. 2002.

_____ Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 31, n. 64, p. 243-255, jan./jun. 2008.

_____ Sobre o saber registral (da prudência registral). In: *Registro de Imóveis (Vários Estudos)*, Porto Alegre: IRIB: Fabris, 2005, p. 11-34.

DIP, Silvia. *Qualificação registral de títulos judiciais e crime de desobediência*. Disponível em: <<http://www.arisp.wordpress.com/2008/02/26/titulosjudiciais-qualificacao-e-crime-de-desobediencia>>. Acesso em 19.set.2008.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, v. VII – Comentários aos artigos 647/695. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro (Comentado) vol. V – Parte Especial: arts. 213 a 361*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943.

FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, v. III*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Coordenação Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

R. Sen. Paulo Egidio, 72, cj. 101/102, Centro, São Paulo, CEP 01006-010, tel/fax 3106.5630/3106.8596

ANTONIO SCARANÇE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, Volume IX*. Revista Forense, Rio de Janeiro: 1959.

JACOMINO, Sérgio. A penhora e o procedimento de dúvida. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 31, n. 64, p. 256-268, jan./jun. 2008.

JESUS, Damásio E. *Direito Penal – Parte Especial, 4º Volume, Dos Crimes contra a Fé Pública a Dos Crimes contra a Administração Pública*. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

KONNO, Alyne Yumi. *Registro de Imóveis: teoria e prática*. São Paulo: Memória Jurídica, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal – vol. IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 20ª edição, atualizada por Arnold Wald. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Especial, Arts. 235 a 361 do CP - V. 3*, São Paulo: Atlas, 2004.

_____ *Código de Processo Penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até julho de 2003*. São Paulo: Atlas, 2003.

R. Sen. Paulo Egidio, 72, cj. 101/102, Centro, São Paulo, CEP 01006-010, tel/fax 3106.5630/3106.8596

ANTONIO SCARANCA FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado – 8ª Edição*. São Paulo: Saraiva, 1979.

MOSSIM, Heráclito Antonio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1996.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. “*Registradores Imobiliários e as ordens judiciais*”. Disponível em: <<http://arisp.wordpress.com/category/mundo-registral>>. Acesso em 29. set. 2008.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal – 4º volume (Dos crimes contra a saúde pública a disposições finais)*. 4ª Edição (Revista e atualizada. Com remissões ao Anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria e comentários a recentes leis). São Paulo: Saraiva, 1971.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado – 4. ed. rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis – 3ª ed., rev., ampl. e atual. com Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário”*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PAIVA, João Pedro Lamana. Processo civil e serviço registral. Boletim do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil *em revista*, São Paulo, ed. 333, p. 126-127, out./dez. 2007.

PASSOS, Tatiana. *Registro de imóveis para profissionais do Direito: guia prático para o cotidiano jurídico-imobiliário-registral; 2ª edição*. Campinas: Russel Editores, 2008.

SALLES. Venício Antonio de Paula. Títulos judiciais e o registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 27, n. 56, p. 201-207, jan./jun. 2004.

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo

SANTOS, Flauzilino Araújo. Sobre a qualificação de títulos judiciais no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, ano 27, n. 56, p. 175-191, jan./jun. 2004.

SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e. *Prática de Registro de Imóveis*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. *In: Introdução ao Direito Notarial e Registral*. Coordenação Ricardo Dip – Porto Alegre: IRIB: Fabris, 2004, p. 185-223.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal – 9ª ed. rev. e atual.* – São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ *Processo Penal – 18ª edição rev. e atual.* – São Paulo: Saraiva, 1997.