

Autos: 0042829-54.2023.8.24.0710

Relator: Eduardo Arruda Schroeder

Unidade: Núcleo IV – Extrajudicial

ALCANCE DO ARTIGO 38 DA LEI 9514/97. INSTRUMENTO ADEQUADO PARA A REALIZAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO ENTRE PARTICULARES. ESCRITURA PÚBLICA OU INSTRUMENTO PARTICULAR. REGULAMENTAÇÃO.

A celebração dos contratos referidos na lei 9.514/97 (ou resultantes de sua aplicação) que tenham por objeto bens imóveis, quando realizados somente entre particulares, ou seja, quando uma das partes não for integrante do SFI, Cooperativa de Crédito ou Administradora de Consórcio de Imóveis, ou quando a operação não se realizar no âmbito do SFI, devem ser formalizados apenas por escritura pública. É facultada a utilização de instrumento particular apenas aos negócios jurídicos que envolvam imóveis celebrados por particulares no âmbito do SFI, e quando uma das partes for entidade integrante do SFI, Cooperativa de Crédito ou Administradora de Consórcio de Imóveis.

RELATÓRIO

Tratam os autos acerca da possibilidade de se dispensar a escritura pública na celebração de contratos relativos à alienação fiduciária de bens imóveis e negócios conexos quando realizados somente entre particulares. A presente questão surgiu devido à decisão proferida pelo e. Conselho Nacional de Justiça no julgamento do procedimento de controle administrativo (PCA) n. 0000145-56.2018.2.00.0000, de relatoria do Ministro Conselheiro Mário Goulart Maia, na data de 8 de agosto de 2023.

Referido procedimento visava declarar a ilegalidade do artigo 954 do Provimento Conjunto n. 93/2020 do e. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual dispõe que a utilização do instrumento particular em atos que contenham alienação fiduciária de bens imóveis cabe apenas quando celebrados por integrantes do Sistema Financeiro Imobiliário, Administradoras de Consórcio de Imóveis e Cooperativas de Crédito.

Segundo a requerente, referido provimento supostamente viola as disposições previstas nos artigos 22, parágrafo primeiro e 38, ambos da lei 9514/97, responsável por dispor sobre o Sistema Financeiro Imobiliário e instituir a alienação fiduciária de bens Imóveis.

O CNJ julgou improcedente o pedido e, por meio do voto do Ministro Relator, decidiu por não reconhecer a ilegalidade da interpretação concedida pelo TJMG, inclusive considerando-a “razoável”. Além disso, ressaltou que não considera correto que se solicite ou atribua ao CNJ a tarefa de definir a melhor interpretação da legislação federal supracitada, em respeito aos princípios da administração pública, da autonomia dos tribunais e das regras procedimentais aplicáveis à espécie.

Portanto, entende-se com base nessa decisão que cabe às corregedorias de cada estado disporem sobre essa questão, o que justifica a urgência e relevância do tema, bem como a escolha pela remessa dos presentes autos para a análise e deliberação do Comitê Permanente do Extrajudicial (COPEX).

É o breve relatório.

VOTO

Ao final do ano de 1997 foi publicada a lei 9.514, responsável por dispor sobre o Sistema Financeiro Imobiliário e instituir a alienação fiduciária de bens imóveis. Ocorre que desde a sua entrada em vigor, a referida lei gera inúmeras discussões, especialmente com relação ao disposto no artigo 38, que se limitava a dizer que “os contratos resultantes da aplicação desta lei quando celebrados com pessoa física, beneficiária final da operação, poderiam ser formalizados por instrumento particular”.

Questionava-se inicialmente se havia alguma restrição quanto às modalidades de contrato passíveis de serem formalizadas mediante instrumento particular, em relação à Lei nº 9.514/97. No entanto, após as três alterações legislativas realizadas no seu texto, restou fartamente esclarecido que o artigo estendia a possibilidade de formalizar por instrumento particular a todos ‘os atos e contratos referidos nesta lei ou resultantes de sua aplicação’, sem mencionar qualquer restrição.

Portanto, desde a alteração realizada pela lei nº 11.076 de 2004, não há mais dúvidas de que, quando resultantes da lei 9.514/97, podem ser celebrados por instrumento particular todos os atos e contratos relacionados à comercialização de imóveis e à constituição de garantias imobiliárias previstas na supracitada lei ou resultantes dela, como por exemplo, a

compra e venda, a promessa de venda, a hipoteca, a caução de direitos aquisitivos, a cessão fiduciária, a alienação fiduciária, entre outros¹.

Superada esta questão, surgiu outra divergência, desta vez com relação a quais deveriam ser os sujeitos do negócio para que houvesse a dispensa da escritura pública. O entendimento adotado pela maioria dos tribunais brasileiros foi o de que a realização destes negócios poderia ser feita inclusive entre particulares, independentemente da participação de alguma entidade do SFI. O Estado de Santa Catarina jamais normatizou a questão.

Por outro lado, a tese defendida por alguns doutrinadores, e acolhida pelo TJMG no seu provimento 345/2017, posteriormente alterado pelo Provimento Conjunto n. 93/2020, estabelece em seu artigo 954 que:

“Art. 954. Os atos e contratos relativos à alienação fiduciária de bens imóveis e negócios conexos poderão ser celebrados por escritura pública ou instrumento particular, desde que, neste último caso, seja celebrado por entidade integrante do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, por Cooperativas de Crédito ou por Administradora de Consórcio de Imóveis”.

Trata-se de uma interpretação que não aceita a celebração por Instrumento Particular de contratos referidos na lei 9.514/97 (ou resultantes de sua aplicação) quando realizados somente entre particulares. Além de Minas Gerais, outras três corregedorias estaduais concordam com este entendimento e já possuem dispositivos que vedam tal prática, é o caso dos estados da Paraíba², Pará³ e Bahia⁴.

Segundo tais estados, apenas as entidades que operam no Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), Administradoras de Consórcio de Imóveis e Cooperativas de Crédito podem utilizar a exceção prevista no referido artigo e celebrar Instrumentos Particulares nos contratos resultantes da lei 9514/97. Como consequência, entendem estes negócios (acima de 30 salários-mínimos) celebrados por particulares que versem sobre direitos reais de imóveis permanecem restritos à celebração por escritura pública, como prevê o artigo 108 do Código Civil:

“Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário-mínimo vigente no País”.

A interpretação inaugurada pelo provimento do e. TJMG desagradou a muitos, e foi justamente em decorrência dela que o procedimento de controle administrativo (PCA) n.

¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009.

² Artigo 990 do Código de Normas Judicial e Extrajudicial da Corregedoria geral do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

³ Artigo 902 do Código de Normas dos Serviços Extrajudiciais do Estado do Pará.

⁴ Artigo 1169, § 2º, do Código de Normas e Procedimentos dos Serviços Notariais e de Registros do Estado da Bahia.

0000145-56.2018.2.00.0000 foi instaurado, objetivando a declaração da ilegalidade do entendimento.

Contudo, conforme dito anteriormente, o CNJ não somente julgou improcedente o pedido, considerando legais as exigências contidas nos provimentos dos estados supracitados, como também reconheceu que há razoabilidade na interpretação, conforme segue:

“Examinando as razões apresentadas pelo Tribunal e os julgados do próprio Órgão Especial do TJMG no exercício da atividade jurisdicional, não identifiquei fundamentos aptos a ensejar ou mesmo a autorizar o controle do ato pelo CNJ.

Primeiro, porque os documentos coligidos ao feito denotam que o Tribunal mineiro possui essa orientação desde (pelo menos) o ano de 2013 (Provimento 260/2013), inclusive, como dito, no âmbito jurisdicional (Vide Id 2378008, fls. 10/13).

(...)

Segundo, porque o Sistema Financeiro da Habitação (SFH), destinado a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, possui regramento análogo à acepção defendida pelo TJMG (vide arts. 8º e. 61[3], § 5º, da Lei 4.380/1964).

(...)

Terceiro, porque a intromissão do CNJ no caso vertente pode afetar incontáveis contratos de alienação fiduciária celebrados no âmbito do Estado de Minas Gerais, cuja (in)validade será discutida justamente na esfera jurisdicional. Afinal, não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV, CF).

Quarto, porque a hermenêutica jurídica e legislativa levada a efeito pelo TJMG é razoável e guarda sintonia com os entendimentos de outros tribunais, a exemplo do TJPA, TJMA, TJPB e TJBA, que também inadmitem o uso de instrumento particular para entidades não integrantes do SFI.

Quinto, porque não me parece acertada a compreensão de que compete ao CNJ definir a melhor interpretação da legislação federal em comento, dados os desdobramentos daí advindos (instabilidade jurídica na região, eventuais ações judiciais a discutir a questão, possível interferência na atividade jurisdicional, ausência de contraditório e ampla defesa aos diretamente atingidos pela deliberação, possível descontrole dos registros imobiliários da região, desorientação patrimonial, entre outros). Aliás, acredito que o CNJ agirá fora de seu espectro de competência se assim proceder”.

Desta forma, repita-se, restou estabelecido que não compete ao CNJ definir a melhor interpretação da legislação federal, mas se destacou que não há ilegalidade em se prestigiar a interpretação que defenda a utilização da forma pública nos negócios celebrados por pessoas que não integrem o SFI. Portanto, acatando a liberalidade concedida, a questão será analisada para o Estado de Santa Catarina.

Pois bem.

Os dispositivos supostamente violados pela interpretação do TJMG na edição do artigo 954 do seu Provimento Conjunto n. 93/2020 são os artigos 22, parágrafo primeiro e o 38 da lei 9514/97. Contudo, considero a análise do artigo 22 dispensável, posto que a sua redação é bastante clara ao definir que a alienação fiduciária pode ser contratada tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica, podendo ser celebrada por entidades que operam ou não no SFI. Não há qualquer dúvida quanto a isso.

Desta forma, a divergência recai tão somente sobre a interpretação do art. 38 desta mesma lei, especialmente no que se refere à (im)possibilidade de uma entidade que não opera no SFI celebrar atos e contratos relativos à lei 9.514/97 por instrumento particular:

Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.

Conforme a argumentação apresentada pelo TJMG em sua defesa, o objetivo da lei 9.514/97 de fato foi o de instituir as alienações fiduciárias e facilitar a sua realização por entidades integrantes do SFI. Isso porque, existem no Brasil dois principais sistemas que regulam e viabilizam o financiamento de imóveis no Brasil, são eles: o Sistema Financeiro Habitacional (SFH) e o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI).

O primeiro deles (SFH), foi criado pela Lei nº 4.380/64 e instituiu uma série de instrumentos de financiamento com o objetivo de facilitar o acesso à habitação e promover o desenvolvimento do mercado imobiliário. O sistema tornou a aquisição de moradias no Brasil muito mais acessível, especialmente para a população de baixa e média renda.

Por outro lado, o SFI foi criado pela supracitada Lei nº 9.514/97, com o objetivo de suprir a demanda de crédito habitacional não atendida pelo SFH, ao instituir um novo título de crédito, o "CRI", e a alienação fiduciária de imóveis, instrumento fundamental para a garantia das operações de financiamento imobiliário.

Em vista disso, apesar de possuírem características e regulamentações diferentes, ambos sistemas têm como propósito principal facilitar o acesso à aquisição de imóveis e, por possuírem este objetivo em comum, convém analisar suas disposições em conjunto.

Com relação à possibilidade de se celebrar contratos particulares em detrimento da escritura pública no sistema do SFH, dispõe o artigo 60, parágrafo 5, que:

Art. 61. Para plena consecução do disposto no artigo anterior, as escrituras deverão consignar exclusivamente as cláusulas, termos ou condições variáveis ou específicas.

§ 5º Os contratos de que forem parte o Banco Nacional de Habitação ou entidades que integrem o Sistema Financeiro da Habitação, bem como as operações efetuadas por determinação da presente Lei, poderão ser celebrados por instrumento particular, os quais poderão ser impressos, não se aplicando aos mesmos as disposições do art. 134, II, do Código Civil, atribuindo-se o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, aos contratos particulares firmados pelas entidades acima citados até a data da publicação desta Lei. (Incluído pela Lei nº 5.049, de 1966).

O artigo traz uma exceção à regra geral do artigo 108 do Código Civil, permitindo a celebração do negócio jurídico por meio de instrumento particular, no entanto, APENAS nos contratos de que forem parte entidades do SFH. Essa especificação feita logo no início do artigo demonstra que o objetivo do dispositivo foi somente o de facilitar o financiamento habitacional em negócios celebrados dentro do SFH, e com participação de agentes vinculados a ele.

Da mesma forma, todas as disposições previstas na lei do SFI objetivam dispor e facilitar negócios realizados dentro do sistema, ou a ele vinculados. As exceções a essa interpretação somente são cabíveis quando informadas expressamente no corpo da lei (como é o caso da alienação fiduciária no artigo 22, parágrafo primeiro).

Portanto, considerando a regra geral prevista no artigo 108 do Código Civil e o regramento análogo da lei do SFH, não há motivo para se permitir o uso do instrumento particular em atos relativos à alienação fiduciária de bens imóveis quando celebrados entre particulares, isto é, sem que uma das partes seja integrante do Sistema de Financiamento Imobiliário, Cooperativas de Crédito e Administradoras de Consórcio de Imóveis⁵.

Inclusive, esse é o entendimento do próprio autor do anteprojeto de lei do sistema de garantias fiduciárias, o advogado Melhim Namem Challub, o qual destacou em seu livro “Negócio Fiduciário”⁶, que:

"Ora, uma compra e venda que se concretiza com recursos de financiamento concedido nas condições da Lei nº 9.514/97 é, obviamente, um `contrato resultante da aplicação da aludida Lei nº 9.514/97', daí porque tal compra e venda podem ser celebradas por instrumento particular. Do mesmo modo, a compra e venda decorrente do leilão poderá ser celebrada por instrumento particular, pois essa venda é ato resultante da aplicação do art. 27 da Lei nº

⁵ GERMANO, José Luiz; NALINI, José Renato; GONÇALVES, Thomas Nosch. **Alienação Fiduciária por instrumento público ou particular?**: a decisão paradigma do cnj e suas vantagens práticas a sociedade e ao mercado. A decisão paradigma do CNJ e suas vantagens práticas a sociedade e ao mercado. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrars/392954/alienacao-fiduciaria-por-escritura-publica-ou-instrumento-particular>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁶ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009.

9.514/97. **Anote-se, ademais, que tais operações – o financiamento, a compra e venda e a alienação fiduciária, ou o empréstimo com pacto adjecto de alienação fiduciária – são inequivocadamente vinculadas, não tendo nenhuma delas existência autônoma, mas todas dependentes umas das outras; trata-se de contratos coligados, já que se não houver financiamento não haverá a compra e venda e se não houver esta o tomador do financiamento não será titular do imóvel que em seguida alienará fiduciariamente ao financiador, pois todas essas operações têm como objeto a compra e venda com financiamento e alienação fiduciária. Portanto, a compra e venda, desde que com financiamento nas condições do sistema de financiamento imobiliário, é resultante da aplicação da Lei nº 9.514/97 e, conseqüentemente, pode ser formalizada por instrumento particular.**"

A partir da leitura deste trecho, compreende-se que o advogado condiciona o uso do instrumento particular nestas situações à existência de financiamento nas condições do Sistema de Financiamento Imobiliário. Portanto, considerando que apenas as entidades previstas no art. o. 2º, da Lei nº 9.514/97 estão autorizadas a operar no SFI, é de fato indispensável que um desses entes participe do negócio jurídico para que haja a opção de celebração do negócio pelo instrumento particular.

Mas, afinal, por qual motivo decidiu o legislador que os contratos pudessem ser celebrados por instrumento particular apenas dentro do SFI? Ora, porque a regra geral prevista no artigo 108 do Código Civil, a qual exige que a celebração de negócio jurídico acima de 30 salários-mínimos seja realizada por escritura pública, não é arbitrária.

A escritura pública é um instrumento que desempenha um papel fundamental na segurança jurídica e na proteção dos direitos das partes envolvidas, posto que atua também na fiscalização dos negócios jurídicos, assegurando que eles sejam realizados de acordo com a lei, promovendo a transparência e prevenindo fraudes. Atua, portanto, como um terceiro imparcial na redação contratual e na manifestação ponderada da vontade das partes.

Em vista disso, no presente caso, houve a dispensa de se celebrar os contratos por escritura pública como uma forma (em tese) de promover a redução de custos e estimular o financiamento imobiliário. Entretanto, essa dispensa foi restrita aos negócios celebrados por entidades do SFI também porque para eles o imóvel é colateral de seu crédito, sendo fiscalizado pela análise de carteiras de crédito e critérios de inadimplência no tempo e solvência periodicamente verificados pelo Banco Central. Assim, na ausência de um terceiro imparcial na relação contratual, a presença das entidades integrantes do SFI no negócio desempenha, em certa medida, a fiscalização das transações⁷.

⁷ KASSAMA, Alexandre Gonçalves. **Alienação Fiduciária e forma pública**: densidade dogmática e adequação funcional. densidade dogmática e adequação funcional. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/392714/alienacao-fiduciaria-e-forma-publica>. Acesso em: 20 set. 2023.

Não obstante, em negócios celebrados apenas por particulares, há um grande risco ao consumidor hipossuficiente, tendo em vista que outro particular interessado poderia redigir unilateralmente o contrato, sem fiscalização em qualquer medida.

Conclui-se, portanto, que a razoabilidade da norma ora em análise (artigo 38 da lei 9.514/97) está condicionada à dispensa da escritura somente quando houver a participação de uma entidade autorizada a operar no SFI a qual, na falta da segurança fornecida pelo instrumento público, também servirá para fiscalizar a idoneidade do ato.

Desta forma, apesar de outrora ter compreendido a questão de maneira diversa, os argumentos anteriormente expostos, e trazidos à luz na decisão do CNJ antes citada, são suficientes para que eu reconheça a impossibilidade de, nestes casos, se celebrar um contrato por Instrumento Particular entre particulares, sem que uma das partes seja entidade autorizada a operar no SFI.

A decisão nestes autos visa unificar a interpretação do artigo com os objetivos da lei, proteger os particulares e uniformizar o entendimento no Estado de Santa Catarina. Ressalto, contudo, que os efeitos da presente decisão devem ser *ex nunc*, de forma a não afetar os incontáveis contratos de alienação fiduciária já realizados por particulares (e aceitos pelos registros de imóveis) sem a forma de escritura pública até a data da presente decisão.

Em virtude do exposto, voto no sentido de que a celebração dos contratos referidos na lei 9.514/97 (ou resultantes de sua aplicação) que tenham por objeto bens imóveis, quando realizados somente entre particulares, ou seja, quando uma das partes não for integrante do SFI, Cooperativa de Crédito ou Administradora de Consórcio de Imóveis, ou quando a operação não se realizar no âmbito do SFI, devem ser formalizados apenas por escritura pública. É facultada a utilização de instrumento particular apenas aos negócios jurídicos que envolvam imóveis celebrados por particulares no âmbito do SFI, e quando uma das partes for entidade integrante do SFI, Cooperativa de Crédito ou Administradora de Consórcio de Imóveis.

Por estas razões, sugere-se a inclusão no Código de Normas do foro Extrajudicial de Santa Catarina de artigo com o seguinte texto: "(Art...) Os atos e contratos relativos à alienação fiduciária de bens imóveis e negócios conexos, no âmbito do SFI, poderão ser celebrados por escritura pública ou instrumento particular, desde que, neste último caso, seja celebrado por entidade integrante do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, por Cooperativas de Crédito ou por Administradora de Consórcio de Imóveis".

Florianópolis,

25 de setembro de 2023.