

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR GUSTAVO HENRIQUE BRETAS MARZAGÃO, MERITÍSSIMO JUIZ DE DIREITO E CORREGEDOR PERMANENTE DA 1ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DA COMARCA DE SÃO PAULO-SP.

O 17º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo, por seu delegado infra-assinado, a requerimento de Maria de Lourdes Baffi Carramillo, vem respeitosamente a esse d. Juízo, nos termos do artigo 198 e seguintes da Lei Federal nº 6.015/73, suscitar a presente dúvida, pelas razões a seguir expostas.

Foi apresentado nesta Serventia, em 04 de janeiro de 2011, instrumento particular de venda e compra de bem imóvel com alienação fiduciária em garantia, datado de 12 de maio de 2010, o qual recebeu o nº 150.957 de prenotação.

Após regular qualificação, o referido título foi devolvido em razão da existência de óbices, que foram descritos em nota devolutiva assinada pela escrevente Maria Heleda de Matos Silva, nos seguintes termos:

Mantida a Nota de Devolução datada de 23 de setembro de 2010, elaborada nos seguintes termos:

"O incluso contrato de venda e compra com alienação fiduciária deverá ser formalizado por instrumento público, em conformidade com o que determina o artigo 108 do Código Civil Brasileiro e com os esclarecimentos a seguir:

O artigo 38 da Lei Federal 9.514/97 dispõe que "os atos e contratos referidos nesta lei ou resultantes de sua aplicação, poderão ser celebrados por escritura pública ou instrumento particular, com efeito de escritura pública".

A alienação fiduciária é um contrato referido e disciplinado pela Lei 9.514/97, já a compra e venda, por sua vez, para que possa ser enquadrada em referido dispositivo, necessitaria ser resultante da aplicação da mencionada lei.

Neste sentido, Melhim Namem Chalhub, assim se expressou:

"Ora, uma compra e venda que se concretiza com recursos de financiamento concedido nas condições da Lei 9.514/97 é, obviamente, um contrato resultante da aplicação da aludida Lei 9.514/97, daí porque tal compra e venda pode ser celebrada por instrumento particular. Do mesmo modo, a compra e venda decorrente do leilão poderá ser celebrada por instrumento particular (Negócio Fiduciário, 3ª edição, editora Renovar, pag.262)"

O entendimento deste oficial é o de que, ao contrato de compra e venda, acompanhado ou não de contrato de alienação fiduciária, somente se aplica a exceção prevista no art. 38 da Lei Federal nº 9.514/97 quando a sua constituição for decorrente da aplicação daquela referida lei.

Esta é s.m.j., a melhor inteligência do citado dispositivo.

Senão vejamos.

O art. 38, conforme dito na referida Nota de Devolução, permite o instrumento particular em caráter exceptivo em duas hipóteses:

a) "nos atos e contratos referidos nesta Lei (Lei nº 9.514/97)";

A Lei nº 9.514/97 "dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências".

A interpretação teleológica, ou seja, a que busca o sentido e o objetivo da lei, leva o hermeneuta a uma única interpretação ou sentido mais razoável ao termo "referidos" mencionado no item "a" acima. A palavra "referidos" só pode ser entendida como "criados" ou "instituídos" na Lei nº 9.514/97. O único contrato criado ou instituído por esta lei foi a alienação fiduciária de bens imóveis.

Uma solução diversa levaria o intérprete a aceitar também os contratos de hipoteca, mencionados no art. 17, inciso I, da referida lei, como passíveis de serem instrumentalizados na forma particular. Não parece ter sido este o intento do legislador.

O contrato de compra e venda sequer é mencionado nesta lei, não tendo aplicação em uma ou outra interpretação ao termo "referidos".

b) "ou resultantes de sua aplicação".

A antiga redação dada ao citado art. 38 ("Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito") talvez fosse mais abrangente e permitisse a instrumentação particular para a compra e venda sem financiamento específico pelo SFI, desde que com pacto adjecto de alienação fiduciária garantindo eventual financiamento.

A dicção do novo dispositivo não permite mais esta interpretação. Para que o instrumento particular seja autorizado para a compra e venda, esta tem que ser resultante da aplicação da Lei nº 9.514/97, como magistralmente exemplificado por Melhim Namem Chalhub:

"Ora, uma compra e venda que se concretiza com recursos de financiamento concedido nas condições da Lei 9.514/97 é, obviamente, um contrato resultante da aplicação da aludida Lei 9.514/97, daí porque tal compra e venda pode ser celebrada por instrumento particular. Do mesmo modo, a compra e venda decorrente do leilão poderá ser celebrada por instrumento particular (Negócio Fiduciário, 3ª edição, editora Renovar, pag.262)".

Resumindo, se a compra e venda não foi financiada com recursos do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), através de entidades autorizadas pela lei a operar neste Sistema (art. 2º), ela não se "concretizou com recursos de financiamento concedido nas condições da Lei nº 9.514/97", não estando inclusa no disposto no referido art. 38 da citada lei.

Caso o interessado não se conformar com a exigência formulada, poderá requerer a este oficial que seja suscitada "Dúvida" perante o Juiz Corregedor da 1ª Vara de Registros Públicos, nos termos do artigo 198 e seguintes da Lei 6.015/73.

O título foi reapresentado, ainda dentro do prazo de validade da prenotação (13.01.2011), acompanhado de requerimento de suscitação de dúvida datado de 12 de janeiro de 2011, ora anexo.

Não obstante as ponderações do requerente constantes do referido requerimento, o entendimento deste oficial foi pela manutenção da exigência e suscitação de dúvida.

O texto constante do referido art. 38 já sofreu diversas alterações, sendo interessante históriá-las para uma melhor compreensão e interpretação da "mens legis".

A redação original do art. 38 da Lei 9.514/97 foi a seguinte: "Os contratos resultantes da aplicação desta Lei, quando celebrados com pessoa física, beneficiária final da operação, poderão ser formalizados por instrumento particular, não se lhes aplicando a norma do art. 134, II, do Código Civil".

À época, Melhim Namem Chalhub alegava a respeito deste artigo que (...) "quanto às modalidades dos contratos, a lei não as enumera, mas generaliza, estendendo a permissão do art. 38 a todos os contratos resultantes da aplicação desta lei.

"Com efeito, as modalidades de contrato passíveis de vincular-se ao crédito imobiliário constituem uma vasta gama de contratos nominados e de outros que poderão vir a ser tipificados no direito positivo. Assim, não seria conveniente a enumeração dos contratos passíveis de vinculação ao crédito imobiliário, pois, se os especificasse, poderia a lei deixar de contemplar uma ou outra modalidade. De outra parte, o enunciado "contratos resultantes da aplicação desta lei" deixa claro que a opção do legislador foi a generalização,

significando que qualquer contrato que resulte de um financiamento concedido de acordo com a Lei 9.514/97 pode ser celebrado por instrumento particular. Vale dizer: a lei é explícita quando excepciona o art. 134, II, do Código Civil aos “contratos resultantes da aplicação da lei”. Ora, uma compra e venda que se concretiza com recursos de financiamento concedido nas condições da Lei 9.514/97 é, obviamente, um “contrato resultante da aplicação da aludida Lei 9.514/97”, daí por que tal compra e venda pode ser celebrada por instrumento particular (...).

E mais adiante complementava:

“(...) Portanto, a compra e venda, desde que com financiamento imobiliário (negrito do oficial), é resultante da aplicação da Lei 9.514/97 e, conseqüentemente, pode ser formalizada por instrumento particular (...)” (Negócio Fiduciário, editora Renovar, 2ª edição, revista e ampliada, p.212/213).

A Medida Provisória 2.223, de 04.09.2001, alterou a redação dada originalmente ao referido art. 38, passando o seu texto a ser assim redigido: “Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real e, bem assim, quaisquer outros atos e contratos resultantes da aplicação desta Lei, mesmo aqueles constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, não se lhes aplicando a norma do art.134, II, do Código Civil.”

Este texto manteve a necessidade de os contratos e atos, que poderão ser celebrados por instrumento particular, sejam resultantes da aplicação da Lei 9.514/97, sendo expresso neste sentido quando diz “(...) e, bem assim, quaisquer outros atos e contratos resultantes da aplicação desta Lei (...)”.

O único texto, na opinião deste oficial, que pôde gerar alguma divergência à interpretação acima relatada foi a constante da redação dada ao aludido art. 38 pela Lei 10.931, de 02.08.2004, pois a expressão “ou resultantes da aplicação da lei”, constante de todos os outros textos, foi suprimida nesta versão. Nesta lei o texto do mencionado artigo passou a ser assim redigido:

“(...) “Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito”.

A referida expressão, porém, foi retomada pela Medida Provisória 221, de 01.10.2004. Esta é a última versão do referido art. 38, passando a sua redação a contemplar a seguinte e atual configuração:

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

Conforme esclarecido na mencionada Nota de Devolução, a interpretação dada por esta serventia a este último texto foi de que a permissão ao instrumento particular ocorreria em duas situações:

1) nos atos e contratos referidos na lei (o entendimento foi o de que apenas a alienação fiduciária estaria incluída nesta relação, pois foi o único contrato criado pela Lei 9.514/97; o uso no plural da expressão “atos e contratos” decorre do fato que esta também se refere à segunda parte do dispositivo - “ou resultantes de sua aplicação”, e não apenas a “referidos nesta lei”);

2) nos atos e contratos resultantes da aplicação da lei, mesmo aqueles que visem a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis (onde estaria incluída a compra e venda financiada com recursos do sistema de financiamento imobiliário – SFI ou decorrente do público leilão mencionado no art. 27 da mesma lei, únicas hipóteses, segundo interpretação desta serventia, passíveis de instrumentação particular).

Melhim Chalhub, em nova edição de sua já citada obra, manteve o anterior posicionamento em relação a este assunto:

“(…) 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 pode ser celebrada por instrumento particular. Do mesmo modo, a compra e venda decorrente do leilão poderá ser celebrada por instrumento particular, pois essa venda é resultante da aplicação do art. 27 da Lei nº 9.514 (…).”

E mais adiante complementou:

“(…) Portanto, a compra e venda, desde que com financiamento nas condições do sistema de financiamento imobiliário, é resultante da aplicação da Lei 9.514/97 e, conseqüentemente, pode ser formalizada por instrumento particular” (Negócio Fiduciário – Alienação Fiduciária, 4ª edição, editora Renovar, p.235).

Perceba, Meritíssimo Juiz, que esta interpretação acaba colocando sempre nestes negócios instrumentados na forma particular a participação de uma das instituições autorizadas a operar pelo SFI (como financiadora ou como operadora do leilão), passando estas a atuar, como ocorre com as instituições financeiras no SFH, como um agente que coordena, orienta e fiscaliza o ato.

Esta foi, na visão deste oficial, a intenção do legislador ao excepcionar o art. 108 do Código Civil.

A regra, nos negócios imobiliários de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País, é a escritura pública. O art. 108 do Código Civil estabelece que “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.”

Ao dizer “não dispondo a lei em contrário”, o legislador estabeleceu como regra (negrito do oficial) nestes negócios imobiliários o instrumento público. Os casos previstos em lei autorizando o uso do instrumento particular, pode se dizer, são exceções, devendo, portanto, ter interpretação estrita, segundo as melhores regras de hermenêutica.

Carlos Maximiliano, em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, nos ensina que “Em regra, as normas jurídicas aplicam-se aos casos que, embora não designados pela expressão literal do texto, se acham no mesmo virtualmente compreendidos, por se enquadrarem no espírito das disposições: baseia-se neste postulado a exegese extensiva. Quando se dá o contrário, isto é, quando a letra de um artigo de repositório parece adaptar-se a uma hipótese determinada, porém se verifica estar esta em desacordo com o espírito do referido preceito legal, não se coadunar com o fim, nem com os motivos do mesmo, presume-se tratar-se de um fato da esfera do Direito Excepcional, interpretável de modo estrito” (editora Forense, 19ª edição, p.183).

Neste sentido já foi decidido pelo C. Conselho Superior da Magistratura (Ap. Cível 201-6/0, da comarca de São Carlos), ao tratar da possibilidade da quitação de compromisso de compra e venda servir ou não como título para a transmissão de domínio de imóveis oriundos de loteamentos em geral:

“(...) O apelante pretende o registro de um contrato particular de compra e venda de lote de terreno, aproveitando-se do estabelecido no parágrafo 6º do art. 26 de Lei 6.766/79, com redação dada pela Lei 9785/99, o qual dispõe que “os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão” servem como título para o registro da propriedade do lote adquirido.

“Razão não lhe assiste, porém.

“Conforme tem entendido o Conselho Superior da Magistratura, o texto do parágrafo 6º do artigo 26 da Lei 6.766/79, acrescido pela Lei 9785/99, deve ser interpretado restritivamente, tendo em vista a existência de outra regra geral no sentido de que a transmissão de direito real incidente sobre bem imóvel exige instrumentalização pública.

“Com efeito, dispõe o artigo 108 do Novo Código Civil, mantendo a regra que já existia no Código Civil de 1916, “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”.

“O parágrafo 6º do referido artigo estabelece uma exceção à regra geral.

“Deve ser interpretada sistemática e teleologicamente com os demais parágrafos simultaneamente introduzidos no artigo 26 da Lei 6.766/79 por legislação posterior, o que resulta na conclusão de que ele alcança somente os loteamentos populares, de forma a beneficiar com praticidade e menor ônus os adquirentes de lotes daquela natureza (...).”

Da mesma forma, a exceção contida no referido art. 38 somente pode se referir aos atos e contratos que tenham relação direta com a Lei nº 9.514/97. Esta lei dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

As entidades autorizadas a operar no Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI - são as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional – CMN, outras entidades (art. 2º da Lei 9.514/97).

Estes agentes autorizados a operar no SFI, no momento da instrumentação particular da compra e venda financiada com recursos do sistema, agem como um fiscal do ato, havendo assim um critério que permite a manutenção da segurança do ato de forma similar ao que ocorre no SFH. Os contratos particulares formalizados dentro do SFH demonstraram ser seguros, graças à interveniência obrigatória das entidades financeiras, na opinião deste oficial.

A utilização da interpretação sistemática ao dispositivo em comento, s.m.j., também não permite se chegar a solução diversa da aqui exigida.

“O processo sistemático é o que considera o sistema em que se insere a norma, relacionando-a com outras normas concernentes ao mesmo objeto. O sistema jurídico não se compõe de um único sistema normativo, mas de vários, que constituem um conjunto harmônico e interdependente, embora cada qual esteja fixado em seu lugar próprio. Poder-se-ia até dizer que se trata de uma técnica de apresentação de atos normativos, em que o hermeneuta relaciona umas normas a outras até vislumbrar-lhes o sentido e o alcance. É preciso lembrar que uma das principais tarefas da ciência jurídica consiste exatamente em estabelecer as conexões sistemáticas existentes entre as normas. Horst Bartholomeyczik aconselha: na leitura da norma nunca se deve ler o segundo

parágrafo sem antes ter lido o primeiro; nunca deve ler um só artigo, leia-se também o artigo vizinho. Deve-se, portanto, comparar o texto normativo, em exame, com outros do mesmo diploma legal ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto, pois por umas normas pode-se desvendar o sentido de outras. Examinando as normas, conjuntamente, é possível verificar o sentido de cada uma delas” (Maria Helena Diniz, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, 12^a edição, editora Saraiva, p.163).

Seguindo este raciocínio, a pergunta que deve ser feita ao intérprete para se chegar ao deslinde da questão seria: que sentido teria o legislador em autorizar a instrumentação particular da compra e venda acompanhada de uma alienação fiduciária em garantia, e ao mesmo tempo manter a exigência da instrumentação pública para os casos similares de compra e venda em que não houvesse o acompanhamento da alienação fiduciária? Certamente, s.m.j., nenhum, a não ser que esta instrumentação tivesse o acompanhamento de uma entidade autorizada a operar no SFI, que fiscalizaria a idoneidade do ato, tal como age o tabelião na formalização de atos públicos.

Ora, vamos imaginar uma compra e venda no valor de R\$ 100.000,00, em que o vendedor financia apenas R\$ 100,00, recebendo em garantia do pagamento desta pequena parcela do preço o imóvel negociado em alienação fiduciária. Seguindo o raciocínio do ora requerente, este contrato poderia ser formalizado por instrumento particular, ao contrário da hipótese em que não houvesse qualquer financiamento, quando então a escritura pública seria da essência do ato. Não faz muito sentido, além do que permite-se burlar, desta forma, com extrema facilidade, a regra da obrigatoriedade do instrumento público contida no art. 108 do Código Civil. O entendimento deste oficial é o de que não foi esse o intento do legislador.

Por fim, pedindo vênias para apresentar uma opinião pessoal, é de se acrescentar que o instrumento particular feito sem a interveniência de um agente autorizado a operar no SFI traz sérios riscos para a segurança do sistema. As folhas do instrumento particular não são assinadas, meramente rubricadas. As rubricas não são reconhecidas por tabelião de notas, sendo que, inclusive, a sua exigibilidade nem é fundamentada em lei e sim em mero costume (vide processo de dúvida nº 564/88, desta r. 1^a Vara de Registros desta Capital, cópia da r. sentença anexa).

Razões pelas quais mantenho a recusa ao registro pretendido. Submeto, porém, as razões da referida recusa ao prudente critério de Vossa Excelência.

O requerente está sendo intimado para, querendo, apresentar impugnação às razões aqui explanadas.

Respeitosamente

São Paulo, 09 de fevereiro de 2011.

Francisco Ventura de Toledo

Oficial