

MANDADO DE SEGURANÇA 39.930 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**

IMPTE.(S) : -----

ADV.(A/S) : VANESSA CUCOMO GALERA SCHLICKMANN

ADV.(A/S) : PATRICIA REGINA CUSTÓDIO DIAS

IMPDO.(A/S) : CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Pixel Incorporadora e Construtora SPE Ltda. em face de ato do Conselho Nacional de Justiça, que editou o Provimento 172, de 5.6.2024, alterado pelo Provimento 175, de 15.7.24, limitando a permissão de que trata o art. 38 da Lei 9.514/1997 às entidades autorizadas a operar no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, no Sistema Financeiro de Habitação - SFH, incluindo Cooperativas de Crédito ou Administradoras de Consórcio de Imóveis, bem como entidades sujeitas à regulamentação da CVM e do BACEN.

O dispositivo da lei mencionado possui a seguinte redação:

“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.”

O ato ora combatido, assim dispôs:

“(…)

DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA SOBRE
IMÓVEIS

Seção I

Do Título

“Art. 440-AO. A permissão de que trata o art. 38 da

9.514/1997 para a formalização, por instrumento particular, com efeitos de escritura pública, de alienação fiduciária em garantia sobre imóveis e de atos conexos, **é restrita a entidades autorizadas a operar no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI (art. 2º da Lei n. 9.514/1997), incluindo:** (incluído pelo Provimento CN n. 172, de 5.6.2024) (redação dada pelo Provimento n. 175, de 15.7.2024)

I - as cooperativas de crédito; (incluído pelo Provimento n.175, de 15.7.2024)

II - as companhias securitizadoras, os agentes fiduciários e outros entes sujeitos a regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários ou do Banco Central do Brasil relativamente a atos de transmissão dos recebíveis imobiliários lastreados em operações de crédito no âmbito do SFI. (incluído pelo Provimento n. 175, de 15.7.2024)

§ 1º O disposto neste artigo não exclui outras exceções legais à exigência de escritura pública previstas no art. 108 do Código Civil, como os atos envolvendo: (incluído pelo Provimento CN n. 172, de 5.6.2024) (renumerado pelo Provimento n. 175, de 15.7.2024)

I - administradoras de Consórcio de Imóveis (art. 45 da Lei n. 11.795, de 8 de outubro de 2008); (incluído pelo Provimento CN n. 172, de 5.6.2024)

II - entidades integrantes do Sistema Financeira de Habitação (art. 61, § 5º, da Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964. (incluído pelo Provimento CN n. 172, de 5.6.2024)

§ 2º São considerados regulares os instrumentos particulares envolvendo alienação fiduciária em garantia sobre imóveis e os atos conexos celebrados por sujeitos de direito não integrantes do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, desde que tenham sido lavrados antes de 11 de junho de 2024 (data da

entrada em vigor do Provimento CN n. 172) (incluído pelo Provimento n. 175, de 15.7.2024)

A impetrante afirma constituir-se em empresa do ramo da construção civil, atuando com foco na incorporação de empreendimentos imobiliários, motivo pelo qual se vale do instituto da alienação fiduciária para tanto.

A autora defende que o art. 38 da Lei 9.514/97 assegura o registro diretamente nos Cartórios de Registro de Imóveis dos contratos de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária de imóveis e que a restrição imposta pelo CNJ cria obrigação onerosa não prevista em lei.

Sustenta que na legislação mencionada não há *“restrição alguma quanto às modalidades de contratos passíveis de serem formalizados mediante instrumento particular”*, para fins de registro junto ao competente Cartório de Registro de Imóveis.

Aponta que *“o regulamento deve restringir-se ao que a lei determina, não podendo vedar ou limitar o direito assegurado por lei, sob pena de usurpação de competência legislativa privativa da União (CF, artigo 22, inciso XXV)”*. Defende, ainda, que *“os atos coatores violam o princípio da legalidade (CF, artigo 5º, inciso II), pois somente por meio de espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo, é que podem ser criadas obrigações para os indivíduos”*.

Por fim, menciona que *“o uso do instrumento particular para a celebração de negócios imobiliários com garantia de alienação fiduciária, tornouse prática comum adotada por loteadoras e incorporadoras de todo país quando da venda de seus imóveis, dada a sua praticidade e o menor custo envolvido, se comparado com a celebração do ato por instrumento público”*, alertando, portanto, para os efeitos nocivos do referido provimento.

Pugna, assim, pela concessão da ordem para que seja declarada a nulidade dos Provimentos 175/2024 e 175/2024.

Diante das informações prestadas pela autoridade coatora no recente MS 39.805, de minha relatoria, assim como do parecer da Procuradoria Geral da República juntado naquele processo, dispenso a

solicitação de novas manifestações neste autos por entender que o processo se encontra em condições de imediato julgamento, já que trata do mesmo tema de fundo daquela ação mandamental.

Registro que, na oportunidade da instrução do MS 39.805, o CNJ juntou manifestação, na qual menciona que o ato impugnado decorreu da decisão Plenária nos autos do Procedimento de Controle Administrativo nº 0000145- 56.2018.2.00.0000, em que se discutia a validade do Provimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais nº 93/2020, cujo artigo 954 traz a seguinte redação:

“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”.

Assim, segundo argui, após a oitiva de todos os Tribunais Estaduais, o CNJ percebeu a necessidade de uniformizar o entendimento sobre a matéria, em razão da divergência dos posicionamentos existentes.

Desse modo, assentou ter procedido a uma interpretação sistemática da Lei 9.514/94, para afirmar que a expressão *“instrumento particular com efeito de escritura pública”* é conceito único de um instrumento inaugurado **para uso exclusivo** do Sistema Financeiro Imobiliário ou para o Sistema Financeiro de Habitação.

Aduziu que tais sistemas possuem garantias próprias, que visam conferir segurança jurídica à população, em especial, aquela menos favorecida economicamente.

Afirmou, por fim, que qualquer interpretação diversa configuraria uma ampliação da exceção prevista no art. 108 do Código Civil, que assim dispõe:

“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.”

Concluiu, dessa forma, que *“a interpretação que mais harmoniza os dispositivos legais que tratam da temática em análise e se encontra em sintonia com o estabelecido no PCA nº 0000145-56.2018.2.00.0000 é aquela no sentido de que a celebração de contratos de alienação fiduciária de bens imóveis e negócios conexos por meio de instrumento particular, com efeitos de escritura pública, restringe-se às entidades integrantes do Sistema de Financiamento Imobiliário (artigo 2º da Lei n. 9.514/1997), às Cooperativas de Crédito e às Administradoras de Consórcio de Imóveis.”* (eDOC 27, p. 6, id 0db1034f, MS 39.805, de minha relatoria)

Em consulta ao sítio eletrônico do CNJ identifiquei nova mudança no texto do dispositivo pelo art. 3º do Provimento 177/2024, o qual possui a seguinte redação:

“Art. 3º Substitua-se o verbete “previstas” por “prevista” no § 1º do art. 440-AO do Código Nacional da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023.”

A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer - o qual levo em consideração também para o presente caso - pela denegação da segurança, em manifestação assim ementada:

“Mandado de Segurança impetrado contra o Provimento CNJ n. 172/2024, do Conselho Nacional de Justiça, que alterou o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento CNJ n. 149/2023, para dispor sobre a

forma para contratação da garantia de alienação fiduciária de bens imóveis. Súmula 266/STF. 1. O mandado de segurança não pode ser utilizado como mecanismo de controle abstrato da validade constitucional das leis e dos atos normativos em geral, posto não ser sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. 2. Incidência da Súmula 266/STF a todos os atos que, assim como a lei, possuam abstração normativa, generalidade e impessoalidade, como em casos de mandado de segurança contra atos normativos do CNJ. 3. Pela negativa de seguimento do mandado de segurança, ante a incidência do óbice da Súmula 266/STF; e pela denegação da segurança, caso conhecido o *mandamus*.” (eDOC 34, id 6b9cc362, MS 39.805, de minha relatoria)

Assim, passo ao julgamento da questão de mérito controvertida.

É o breve relatório.

Decido.

A impetrante questiona, no presente *writ*, a norma do Provimento 172, de 5/6/2024, alterada pelos Provimentos 175 e 177, de 2024, que modifica o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento 149/2023, para dispor sobre a forma de contratação da garantia de alienação fiduciária de bens imóveis, por instituições financeiras não integrantes do SFI ou do SFH.

Eis a atual redação do dispositivo impugnado:

“Art. 440-AO. **A permissão de que trata o art. 38 da 9.514/1997** para a formalização, por instrumento particular, com efeitos de escritura pública, de alienação fiduciária em garantia sobre imóveis e de atos conexos, **é restrita a entidades autorizadas a operar no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI (art. 2º da Lei n. 9.514/1997), incluindo:** (incluído pelo Provimento CN n. 172, de

5.6.2024) (redação dada pelo Provimento n. 175, de 15.7.2024)

I - as cooperativas de crédito; (incluído pelo Provimento n.175, de 15.7.2024)

II - as companhias securitizadoras, os agentes fiduciários e outros entes sujeitos a regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários ou do Banco Central do Brasil relativamente a atos de transmissão dos recebíveis imobiliários lastreados em operações de crédito no âmbito do SFI. (incluído pelo Provimento n. 175, de 15.7.2024)

§ 1º O disposto neste artigo não exclui outras exceções legais à exigência de escritura pública prevista no art. 108 do Código Civil, como os atos envolvendo: (incluído pelo Provimento CN n. 172, de 5.6.2024) (renumerado pelo Provimento n. 175, de 15.7.2024) (redação dada pelo Provimento n. 177, de 15.8.2024)

I - administradoras de Consórcio de Imóveis (art. 45 da Lei n. 11.795, de 8 de outubro de 2008); (incluído pelo Provimento CN n. 172, de 5.6.2024)

II - entidades integrantes do Sistema Financeira de Habitação (art. 61, § 5º, da Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964. (incluído pelo Provimento CN n. 172, de 5.6.2024)

§ 2º São considerados regulares os instrumentos particulares envolvendo alienação fiduciária em garantia sobre imóveis e os atos conexos celebrados por sujeitos de direito não integrantes do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, desde que tenham sido lavrados antes de 11 de junho de 2024 (data da entrada em vigor do Provimento CN n. 172) (incluído pelo Provimento n. 175, de 15.7.2024)

Requer, assim, a declaração de nulidade do referido ato.

Antes de adentrar no mérito da questão controvertida, apreciarei as questões preliminares da competência do Supremo Tribunal Federal para

julgar a matéria e da possibilidade de conhecimento do mandado de segurança contra lei em tese, nas hipóteses em que demonstrada afetação direta da esfera jurídica da impetrante em razão de sua aplicação.

Após, buscarei me valer dos métodos clássicos de interpretação da norma, quais sejam, o histórico, teleológico, literal e sistêmico, de modo a demonstrar que o Conselho Nacional de Justiça, ao editar os Provimentos 172/2024 e 175/2024, contrariou dispositivos da Lei 9.514/97.

Por fim, abordarei questões doutrinárias sobre o tema, como forma de demonstrar a relevância da desoneração do contrato de alienação fiduciária sobre bens imóveis como forma de aquecer não apenas o mercado imobiliário, mas também o de oferta de crédito no setor econômico, tendo em vista aptidão do negócio fiduciário para viabilizar, de forma eficiente, o compartilhamento de garantias.

Desde já, assento ser caso de concessão da ordem.

I - DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR A MATÉRIA

De início, é importante esclarecer e delimitar a competência desta Corte para o julgamento da ação.

Nos termos do art. 102, I, r, da Constituição Federal, compete ao STF julgar originariamente as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público. Veja-se:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público”. (grifo nosso)

Em outras palavras, o texto constitucional não menciona a revisão de atos ou julgados de tribunais inferiores como hipótese de competência

originária do STF, ou mesmo atos de serventias extrajudiciais a eles vinculadas, **salvo se tiverem praticado tais atos no estrito cumprimento de ordem normativa do Conselho Nacional de Justiça.**

Ademais, tendo em vista o conteúdo do ato normativo ora impugnado, é muito provável que a matéria constante dos autos volte a este Tribunal para a apreciação em ação originária. A propósito, cito ementa do que decidido por esta Corte no julgamento da ADI 4.412:

“Ação direta de inconstitucionalidade. 1. Art. 106 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, na redação dada pela Emenda Regimental 01/2010. 2. Exigência de imediato de decisão ou ato administrativo do CNJ, mesmo quando impugnado perante juízo incompetente. 3. Higiidez do dispositivo impugnado. 4. Competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para julgar ações ajuizadas contra atos do CNJ praticados no exercício de suas competências constitucionais. 6. Inteligência do art. 106 do RI/CNJ à luz da Constituição e da jurisprudência recente do STF. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI nº 4.412, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 15.3.2021, grifo nosso)

Assim, considerando que a matéria é de competência do STF nas ações originárias, mantenho a competência desta Corte para o julgamento do mandado de segurança, conforme se depreende do seguinte julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÕES ORDINÁRIAS CONTRA ATOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ARTIGO 102, I, ‘r’, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS OUTORGADAS AO CNJ. OBSERVÂNCIA DA RELAÇÃO HIERÁRQUICA

CONSTITUCIONALMENTE ESTABELECIDADA. VOTO PELO PROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. 1. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é órgão de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura, exercendo relevante papel na racionalização, transparência e eficiência da administração judiciária. Criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, tem o escopo de conferir efetividade às promessas constitucionais de essência republicana e democrática, notadamente os princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição. 2. A singularidade da posição institucional do CNJ na estrutura judiciária brasileira resulta no alcance nacional de suas prerrogativas, que incidem sobre todos os órgãos e juízes hierarquicamente inferiores ao Supremo Tribunal Federal, salvo esta Suprema Corte, posto órgão de cúpula do Poder Judiciário pátrio (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ de 17/3/2006). 3. O Conselho Nacional de Justiça, em perspectiva histórica, simbolizou verdadeira *'abertura das portas do Judiciário para que representantes da sociedade tomem parte no controle administrativo-financeiro e ético-disciplinar da atuação do Poder, robustecendo-lhe o caráter republicano e democrático'* (ADI 3.367, Ministro relator Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ de 17/3/2006) e representa expressiva conquista do Estado democrático de direito, dotando de maior transparência os atos praticados pelos Tribunais e operando como um polo coordenador de políticas nacionais judiciárias. 4. A *ratio iuris* da criação do CNJ correspondeu à necessidade sociopolítica de um órgão nacional de controle das atividades judiciárias, nascedouro de um planejamento integrado em prol de maior eficiência e publicidade do sistema de justiça. 5. ***In casu*, a controvérsia jurídico-constitucional reside em definir se esta Suprema Corte ostenta competência originária para processar e julgar ações ordinárias contra atos do CNJ de caráter normativo ou**

regulamentar, que traçam modelos de políticas nacionais no âmbito do Judiciário, nos termos do artigo 102, inc. I, alínea 'r', da Constituição Federal. 6. As cláusulas constitucionais que definem a competência originária do Supremo Tribunal Federal estão sujeitas à construção exegética de seu alcance e significado. É que a natureza expressa e taxativa das atribuições da Corte não afasta o labor hermenêutico para definir seu campo de incidência. Em outros termos, as competências inculpidas no art. 102 da Carta da República não consubstanciam molduras rígidas ou inflexíveis, mas espelham tipos normativos sujeitos à conformação por esta Suprema Corte. Precedentes: ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 19/12/2006; AP 937 QO, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 11/12/2018; ACO 1.048 QO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 31/10/2007 e ACO 1.295 AgR-segundo, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 2/12/2010. 7. A jurisprudência desta Corte, nada obstante predicar que a competência do STF para julgar demandas contra atos do CNJ se limita às ações de natureza mandamental, admitiu, no julgamento do agravo interno na petição 4.656, o conhecimento do mérito de ação ordinária ajuizada no STF contra decisão administrativa do CNJ, assentando que *'a restrição do permissivo constitucional da al. r do inc. I do art. 102 da Constituição da República às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça federal de primeira instância, na espécie vertente, a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida'* (Pet 4.656 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 4/12/2017). 8. A competência do STF prescrita no artigo 102, I, 'r', da Constituição espelha um mecanismo assecuratório das funções do CNJ e da imperatividade de suas decisões, concebido no afã de que provimentos jurisdicionais dispersos não paralitem a eficácia dos atos do Conselho. Por essa razão, a competência originária desta Suprema Corte prevista no artigo 102, I, 'r' da Constituição não

deve ser interpretada com foco apenas na natureza processual da demanda, mas, antes, no objeto do ato do CNJ impugnado. Precedentes: Pet 4.656 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 4/12/2017; Rcl 16.575 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 21/8/2015; Rcl 24.563 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 21/2/2017; Rcl 14.733, decisão monocrática, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 6/4/2015 e Rcl 15.551, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 14/2/2014. 9. A dispersão das ações ordinárias contra atos do CNJ nos juízos federais de primeira instância tem o condão de subverter a posição que foi constitucionalmente outorgada ao Conselho, fragilizando sua autoridade institucional e a própria efetividade de sua missão. Decerto, a submissão de atos e deliberações do CNJ à jurisdição de membros e órgãos subordinados a sua atividade fiscalizatória espelha um indesejável conflito no sistema e uma dilapidação de seu status hierárquico no sistema constitucional. 10. O design institucional do CNJ concebido pela Emenda Constitucional 45/2004 desautoriza que qualquer definição de âmbito nacional seja cassada por juiz de primeiro grau ou que políticas públicas nacionais moldadas pelo órgão sejam desconstituídas mediante a pulverização de ações nos juízos federais. 11. A Constituição Federal, quando pretendeu restringir a competência originária do STF a ações de natureza constitucional, o fez taxativa e especificamente nas alíneas 'd', 'i' e 'q' do inciso I do artigo 102, sendo certo que em outros dispositivos do artigo 102, I, v.g. nas alíneas 'n' e 'r', a Carta Maior não impôs expressa restrição quanto ao instrumento processual a ser utilizado. 12. A exegese do artigo 102, I, 'r', da Constituição Federal, reclama a valoração (i) do caráter genérico da expressão 'ações' acolhida no dispositivo; (ii) das competências e da posição institucional do CNJ no sistema constitucional pátrio; (iii) da natureza das atribuições constitucionais do STF e (iv) da hierarquia ínsita à estrutura do Poder Judiciário. 13. A hermenêutica sistemático-teleológica do artigo 102, I, 'r', da Constituição conduz a que somente sejam submetidas a processo e julgamento no STF as

ações ordinárias que impugnam atos do CNJ de cunho finalístico, concernentes aos objetivos precípuos de sua criação, a fim de que a posição e proteção institucionais conferidas ao Conselho não sejam indevidamente desfiguradas. 14. As ações ordinárias contra atos do CNJ devem ser, em regra, processadas e julgadas na Justiça Federal e, somente excepcionalmente, para preservar a posição hierárquica e atuação finalística do Conselho, é que deve ser inaugurada a competência do STF. 15. Deveras, revelase fundamental resguardar a capacidade decisória do STF, evitando a banalização da jurisdição extraordinária e preservando a própria funcionalidade da Corte. **16. A competência primária desta Corte alcança as ações ordinárias que impugnam atos do Conselho Nacional de Justiça (i) de caráter normativo ou regulamentar que traçam modelos de políticas nacionais no âmbito do Judiciário, (ii) que desconstituam ato normativo de tribunal local, (iii) que envolvam interesse direto e exclusivo de todos os membros do Poder Judiciário, consubstanciado em seus direitos, garantias e deveres, e (iv) que versam sobre serventias judiciais e extrajudiciais.** 17. *In casu*, a ação originária questiona a Resolução 151, de 5/7/2012, do Conselho Nacional de Justiça e foi ajuizada com o objetivo de impedir a divulgação dos nomes e das remunerações individualizadas de servidores da Justiça Federal do Paraná e do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. 18. À luz do ato do CNJ impugnado, verifica-se que a pretensão deduzida pela demanda consubstancia resolução de alcance nacional, fundamentada na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11), impondo reconhecer a competência desta Suprema Corte para processar e julgar a ação originária. 19. *Ex positis*, voto pelo PROVIMENTO do agravo regimental, para julgar procedente a reclamação e assentar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o feito, determinandose a remessa dos autos." (Rcl nº 15.564 AgR, Relatora Min. ROSA WEBER, Relator do acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 6.11.2019, grifo nosso)

Nesses termos, reitero o que foi bem asseverado no acórdão acima transcrito, no sentido de que *“a competência primária desta Corte alcança as ações ordinárias que impugnam atos do Conselho Nacional de Justiça (i) ‘de caráter normativo ou regulamentar que traçam modelos de políticas nacionais no âmbito do Judiciário’ (...) ou (vi) ‘que versam sobre serventias judiciais e extrajudiciais’”*. (grifo nosso)

Nesse cenário, levando-se em conta que: i) a atuação do CNJ se deu no âmbito de sua competência regulamentar, com vistas à alteração do Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro; ii) o princípio da economia processual deve ser observado; e iii) o pronunciamento do STF evitará decisões conflitantes, **reconheço, no presente caso, a competência do Supremo Tribunal Federal para analisar a matéria.**

II - DO CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE QUANDO AFETA DIRETAMENTE O PATRIMÔNIO JURÍDICO DA AUTORA

Inicialmente, rememoro que o mandado de segurança é cabível para a proteção de direito líquido e certo não protegido por *habeas corpus* nem por *habeas data* em sendo o responsável pelo abuso de poder ou ilegalidade autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, nos termos do art. 5º, LXIX, da CF/88

Segundo o Enunciado 266 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, é inviável o mandado de segurança para controlar a validade constitucional de leis ou atos normativos.

A referida Súmula decorre de uma conclusão lógica, qual seja, a impossibilidade de leis ou normas gerais, enquanto abstratas, lesar direitos. Isso não ocorre, no entanto, quando o ato impugnado possui natureza proibitiva e traz em si todos os requisitos e condições necessárias à sua aplicação imediata à esfera jurídica do impetrante.

Ao apreciar o tema referente ao cabimento do mandado de segurança contra lei em tese, ressaltei, em obra doutrinária, o que segue:

“A lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto para se expor à impetração, mas nada impede que na sua execução venha a ser declarada inconstitucional pela via do *mandamus*. Somente as leis e decretos de efeitos concretos se tornam passíveis de mandado de segurança desde sua publicação, por serem equivalentes a atos administrativos nos seus resultados imediatos.

(...)

Em geral, as leis, decretos e demais atos proibitivos são sempre de *efeitos concretos*, pois atuam direta e imediatamente sobre seus destinatários.” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; e MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 36^a ed. atual. ampl. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 40)

Assim, ainda que o mandado de segurança não caiba para a declaração de um direito em tese, ele adquire feição declaratória quando diante de uma ameaça concreta ao direito do impetrante, hipótese na qual ele se reveste de caráter preventivo, antecipando-se à violação do direito devidamente demonstrado na inicial.

Esse é o caso dos autos.

O Conselho Nacional de Justiça, ao conferir interpretação à Lei 9.514/97, restringiu a aplicação do art. 38 apenas às instituições elencadas no art. 440-AO do Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial

(CNN/CN/CNJ-Extra), impossibilitando as empresas que se valem do pacto de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis sem lastro no SFI e no SFH de se valerem da averbação dos correlatos instrumentos particulares com efeitos de escritura pública para fins de registro.

Desse modo, tratando-se de norma imediatamente aplicável pelos cartórios de registro de imóveis aos contratos de alienação fiduciária **formulados pela impetrante**, o ato afeta diretamente a sua esfera jurídica, conferindo ao presente mandado de segurança caráter preventivo.

Assim, embora a norma ora impugnada possua conteúdo geral e abstrato, incidindo sobre todos aqueles que formalizam, por instrumento particular, alienação fiduciária em garantia sobre imóveis, é caso de conhecimento da ação mandamental apenas na extensão em que afeta diretamente os direitos líquidos e certos da impetrante, antecipando-se à sua eventual violação.

A partir dessas considerações, passo à análise do mérito.

III - DO MÉTODO HISTÓRICO E TELEOLÓGICO DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA QUE PREVIO O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS

Inicialmente, relembro que o método histórico de interpretação da norma busca se valer do contexto social, econômico e político que motivou o legislador a criar a lei. Embora não vincule o intérprete, constitui-se em importante subsídio para revelar os motivos que levaram à gênese do ato, capacitando o intérprete a melhor apreender seu espírito.

Sobre o tema, KARL ENGISH afirma que *“a correta compreensão dos preceitos esforça-se por descobrir os fundamentos histórico-culturais e o significado da tradição.”*¹ Desse modo, para se alcançar o significado da norma, importa rememorar as condições que lhe forneceram sua atual fisionomia.

¹ ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico, p.144

O método teleológico, por sua vez, busca o fim do preceito normativo, ou seja, seu sentido e alcance. Tem como objetivo demonstrar a finalidade prática que se buscou atingir com o advento do texto normativo, de modo a se compreender o objetivo a que ele se destina.

Segundo Carlos Maximiliano, “[o] hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática”.²

Descortinando a finalidade contida na Lei, é possível se depreender a consciência axiológica e valorativa do Direito, **o qual cabe ao intérprete manter preservado e atualizado.**

Pois bem. Para aclarar a compreensão do contexto em que criada a norma e a finalidade a que ela se destina, farei um breve apanhado histórico de sua edição e das discussões que foram empreendidas no âmbito do Poder Legislativo quando da sua aprovação e das suas posteriores alterações.

Segundo consta da exposição de motivos da Lei 9.514/97³, o Sistema Financeiro Imobiliário foi pensado para corrigir um problema verificado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação e gerar, como efeito, o aquecimento do mercado imobiliário do país, com a disponibilização de crédito para responder à crescente demanda por moradias, bem como a oferta de garantias efetivas ao retorno dos recursos aplicados para os contratos de financiamento imobiliário realizados com instituições financeiras.

Fazendo um retrocesso para compreender melhor a matéria, o Sistema Financeiro de Habitação, criado em 1964, teve por escopo assegurar a manutenção do valor real dos créditos concedidos em contratos de financiamento imobiliário, em razão dos efeitos corrosivos da inflação sobre as prestações e saldos devedores. Assim, instituiu-se um arcabouço jurídico-institucional que previa fontes próprias de recursos para o sistema - a caderneta de poupança e os depósitos do Fundo de Garantia por Tempos de Serviço (FGTS) -, o qual trazia o instituto da correção

² MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito, p.151-152.

³ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=210942>

monetária e um Fundo de Compensação de Variações Salariais para garantir ao mutuário a quitação da dívida.⁴

O modelo sofreu grave desaceleração a partir de 1980, em razão da alta inflação e dos consecutivos planos econômicos, os quais acentuaram o descompasso entre os reajustes das prestações e dos saldos devedores, causando um desequilíbrio irremediável no sistema.

Esse quadro se agravou com a extinção do Banco Nacional de Habitação e a criação dos fundos de investimentos, que passaram a competir recursos com a caderneta de poupança, bem como com a insuficiência dos depósitos do FGTS para atender aos saques e às novas aplicações previstas em lei.

Com o esgotamento do SFH e o mercado de financiamento imobiliário paralisado, criou-se o Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, **com vistas ao oferecimento de garantias efetivas ao retorno dos recursos aplicados, à liberdade de contratação das operações e à criação de um mercado de crédito imobiliário dinâmico, capaz de canalizar recursos de longo prazo e financiar, por meio externo, o sistema.**

Nesses termos, o Projeto de Lei 3.242/97, que veio a ser convertido na Lei 9.514/97, orientou-se, expressamente, nas diretrizes de *“desregulamentação da economia e modernização dos instrumentos e mecanismos que possibilitam a livre operação do crédito para o setor e a mobilização de capitais necessários à sua dinamização”*.⁵

Segundo consta da proposição legislativa (PL 3.242/97), o objetivo era o de abrir *“novas perspectivas”* (...) *“para o funcionamento de um mercado secundário de créditos imobiliários e a estruturação de operações de captação de recursos capazes de robustecer grandemente o financiamento habitacional”*, com a **previsão de rigorosos mecanismos de segurança e proteção ao investidor (art. 3º).**

⁴ Chalhoub, Melhim Namen. Alienação Fiduciária. Negócio Fiduciário. 8ª Edição, 2023.

⁵ Dossiê completo do PL 203.242/1997. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1130748&filename=Dossie-

Assim, a norma em comento buscou definir as condições legais para a **securitização de créditos imobiliários, trazendo mecanismos de segurança e proteção ao investidor**, ao criar a figura de um novo título de crédito *“característico e destinado às operações do mercado secundário”*, o Certificado de Recebíveis Imobiliários - CRI (art. 7º).

Delineou, ainda, que a **securitização de créditos imobiliários seria a operação pela qual tais créditos se vinculariam a uma série de títulos de crédito**, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma Companhia Securitizadora, admitindo-se, ainda, a securitização de créditos oriundos de unidades em edificação sob regime de incorporação (art. 8º).

Concebeu-se também, o contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, **com vistas a “oferecer segurança quanto à execução sem delongas da garantia”, o qual se tornou um “poderoso estímulo ao crédito”**. (arts. 9º ao 16). Nesses termos, previu-se a constituição da propriedade resolúvel do imóvel objeto do financiamento, com a obrigação de transferência plena da sua propriedade ao devedor, quando satisfeita a totalidade da dívida. (arts. 17-22)

A Lei concedeu, também, uma garantia adicional ao investidor, consistente na separação do patrimônio da Companhia Securitizadora dos créditos objeto do regime fiduciário, de modo a protegê-los de eventual insolvência da Companhia

Como se vê, a teleologia da norma orientou-se no sentido de **permitir o funcionamento de um mercado secundário de securitização**

PL%203242/1997>, último acesso em 3.10.24.

de créditos imobiliários, bem como a estruturação de operações de captação de recursos capazes de robustecer o financiamento habitacional e, ainda, o aquecimento do mercado creditício. A norma procurou, sobretudo, conferir segurança e celeridade às operações de crédito, necessárias para superar “as formas obsoletas de garantia, que tornam os

negócios imobiliários demasiadamente lentos e onerosos, tolhendo o potencial de expansão do setor”.

Nesse contexto é que, desde a proposição inicial da lei, o texto valeuse da previsão contida no art. 38, que permitia aos contratos nela previstos, **desde que celebrados com pessoa física, beneficiária final da operação**, a formalização por instrumento particular, com a dispensação da escritura pública para registro.

Note-se que, quando da apreciação do Projeto legislativo pela Comissão especial criada no âmbito da Câmara dos Deputados, houve a 1ª Proposta de Emenda à redação original apresentada pela Presidência da República, formulada pelos Deputados Pedro Corrêa (PE) e Inocêncio Oliveira (PFL), **a qual sugeria que a celebração dos contratos de alienação fiduciária se desse por meio de escritura pública “para evitar possíveis fraudes”**. A proposta previa ainda o desconto de 50% (cinquenta por cento) nos emolumentos para lavrar a referida escritura. Na defesa dessa emenda, alegou-se o seguinte:

“(…). Na escritura pública (pagina 44) os atos são presididos pelo notário (também denominado tabelião) e possuem, a teor da Lei 8.935/94, as seguintes características: publicidade, autenticidade, segurança e eficácia. **Ademais, o exercício dessa atividade notarial é permanentemente fiscalizado pela Corregedoria-Geral da Justiça e os notários respondem, com seu patrimônio pessoal, por eventuais danos e prejuízos causados às partes.**

Se feita a transação por contrato particular, quem garantirá o ressarcimento, em caso de prejuízos? Sabe-se que incorporadoras e financeiras nem sempre cumprem as obrigações assumidas e não tem sido novidade a quebra de financiadoras ou o sumiço de incorporadores. Ficam os mutuários relegados à própria sorte, o que é inaceitável.

Note-se que nem um nem outro são fiscalizados, o que pode permitir a repetição dessas irregularidades, por longo tempo, até que sejam eventualmente descobertas.”

A redação proposta, seria a seguinte:

“Art. 38. Os contratos resultantes da aplicação da presente lei serão celebrados por escritura pública e levados ao registro de imóveis competente, ficando os emolumentos devidos reduzidos à metade de seu valor nominal, quando se tratar da primeira aquisição de casa própria.

Parágrafo único. É vedada a inclusão ou o acréscimo nos emolumentos, a qualquer título, de valor destinado a terceiros, ainda que Poder Público, órgão de previdência, Caixa de Assistência, entidade ou associação de classe.”

Ao apreciar a proposta, a Comissão Especial rejeitou a Emenda sugerida, nos termos do parecer formulado pelo Relator do então PL 3.242-A/97, Deputado José Chaves (PE), pelos argumentos a seguir transcritos:

“O presente projeto de lei cria uma nova concepção de financiamento imobiliário que, além de contribuir para minimizar o problema do déficit habitacional brasileiro, **tem o mérito de alavancar a geração de empregos e o crescimento econômico por meio do incentivo ao setor imobiliário em geral.** Este setor apresenta enorme capacidade de gerar empregos e **influencia economicamente, na qualidade de consumidor de bens e serviços, variados ramos de atividade.**

(...)

O projeto de lei em exame procura ajustar-se à **dinâmica do livre mercado**, rompendo com as práticas do passado, pelas quais eram criadas amarras que impediam o desenvolvimento regular das atividades do setor imobiliário. Efetivamente, caracterizando-se pela **modernidade**, o projeto dá condições para que o mercado se desenvolva e se compatibilize com a dinâmica dos mais modernos mercados internacionais de crédito imobiliário, tornando possível a captação de recursos externos em bases realistas.

O novo modelo de financiamento imobiliário proposto não conta com a intervenção estatal nem com subsídios governamentais, admitindo a liberdade contratual, a exemplo de experiências de grande sucesso em outros países. De fato, trata-se de um sistema totalmente desregulado, prevendo o projeto tão somente os princípios gerais e as condições mínimas necessárias para o financiamento imobiliário em geral.

Tudo isso leva este Relator a acreditar que o SFI estará apto a **alavancar, de imediato, o mercado imobiliário, o que irradiará, por toda a economia**, os efeitos benéficos da geração de empregos em larga escala, em função da capacidade estimada de serem financiadas, nos próximos 10 anos, cerca de 600 mil imóveis por ano.

(...)

Com relação às emendas oferecidas ao projeto, será apresentado a seguir um quadro em que se analisa cada uma delas.

Em 01: A faculdade de contratação por instrumento particular resulta em ponderável economia para o

adquirente. No Rio de Janeiro e em São Paulo, a lavratura de uma escritura não custa menos do que R\$ 300,00 e ainda há o registro, que custa outro tanto. **Afora a redução de custo, a elaboração do instrumento particular e sua assinatura são muito simples, propiciando maior agilidade no negócio imobiliário.** Além disso, o princípio segue a linha da Lei 4.380/64, que está em vigor há mais de 30 anos, com excelentes resultados para os adquirentes de imóveis.”

VOTO: Pela constitucionalidade, juridicidade e, no mérito, **pela rejeição”.**

Importante ressaltar que na mesma assentada discutiu-se a redação de outro dispositivo, diretamente vinculado ao art. 38, qual seja, o art. 22 da Lei 9.514/97, cuja redação inicialmente proposta apenas trazia o conceito do instituto da alienação fiduciária:

“Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

O dispositivo foi alterado pela incorporação ao substitutivo apresentado pela Comissão Especial da proposta de Emenda 15, formulada pelo Deputado Ricardo Izar (PTB), em razão dos seguintes argumentos adotados pelo Relator:

“Não obstante já esteja implícito que a alienação fiduciária é modalidade contratual aplicável a imóveis concluídos ou em construção, a emenda torna explícita esta faculdade. **Torna-se oportuno, outrossim, aclarar a possibilidade de ser esse contrato celebrado por qualquer pessoa capaz, física ou**

jurídica, razão pela qual propomos um ajuste de redação, inclusive explicitando que a alienação fiduciária não é privativa das entidades que operam no SFI.”

O Projeto de Lei foi submetido à votação do Pleno, oportunidade em que os dispositivos foram aprovados com a seguinte redação:

“Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser **contratada por pessoa física ou jurídica**, podendo ter como objeto imóvel concluído ou em construção, **não sendo privativa das entidades que operam no SFI.**

(...)

Art. 38. Os contratos resultantes da aplicação da presente lei, **quando celebrados com pessoa física, beneficiária final da operação**, poderão ser formalizados por instrumento particular, não se lhe aplicando a norma do art. 134, II, do Código Civil”

Em 2004, a redação do referido art. 38 sofreu alteração pela Medida Provisória 2.223, responsável pela criação da Cédula de Crédito Imobiliário (CC) e da Letra de Crédito Imobiliário (LCI), **para ampliar a exceção ao art. 134, II, do CC, prevista art. 38, retirando a restrição referente aos contratos formulados com pessoa física, de modo a abarcar 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 quaisquer outros atos e contratos resultantes da**

aplicação da lei, mesmo aqueles constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis⁶.

A referida MP foi anexada aos Projetos de Lei 2.109/99, 3.751/2000 e 3.065/2004 e convertida na Lei 10.931/2004, oportunidade em que os dispositivos foram novamente alterados, passando a figurar com a seguinte redação:

“Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ter como objeto bens enfiteúticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário.”

“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.

Durante a discussão engendrada na Comissão Especial para aprovação da Medida Provisória mencionada, foram ofertadas as Emendas modificativas de ns. 06 (Dep. Paulo Bauer - PFL), 15 (Dep. José Carlos Aleluia - PFL) e 59 (Dep. Paulo Bauer - PFL), as quais buscavam exigir que os contratos mencionados no art. 38 fossem celebrados por meio de escritura pública,

⁶ Exposição de motivos da MP 2.223/2004: <[https://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=J&DataIn=10/10/2001&txpagina=21437&altura=700&largura=800#/>. Último acesso em 5.12.2024.](https://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=J&DataIn=10/10/2001&txpagina=21437&altura=700&largura=800#/)

com emolumentos cobrados à base de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor fixado no Regimento de Custas de cada Estado e do Distrito Federal e que possuíam a seguinte justificativa, todas com a mesma redação:

“É do princípio do direito brasileiro a **proteção do consumidor e do Estado através da intervenção do tabelião nos negócios imobiliários. O tabelião é responsável civilmente, respondendo pelos atos que lavra.** Este artigo perpetua uma situação de descontrole que levou às quebras como a da Encol e outras empresas, lesando tantos consumidores. Ademais, o Poder Judiciário está abarrotado de causas que questionam os contratos particulares que tantos abusos geraram. A sonegação de tributos e as cessões “escondidas” destes contratos trouxeram, e trazem, grande prejuízo à Fazenda Pública. As cessões “escondidas” também possibilitam a fraude a credores, à Fazenda Pública e a terceiros de boa-fé que vêem seus direitos transformarem-se em ilusão após um longo litígio judicial.

Os custos cartorários também precisam ser freados. Apesar dos bancos privados hoje em dia, cobrarem mais pelos contratos particulares do que cobram os cartórios de notas pelas escrituras públicas, fixa-se uma redução de 50% sobre os emolumentos para que estes serviços tenham um valor adequado, condizente com a situação em que se encontram os adquirentes.”

Foi também apresentada a Proposta de Emenda nº 14 (Deputado Nelson Marquezelli - PTB), para alterar o art. 108, do CC, de modo a retirar a excepcionalidade nele prevista (a expressão “[n]ão dispondo a lei em contrário”), para *“conferir aos menos favorecidos a intervenção estatal através do serviço público delegado notarial”*.

Tais emendas foram rejeitadas pela Comissão Especial, nos termos do parecer apresentado pelo Deputado Ricardo Izar (PTB), Relator, com base nos seguintes argumentos:

“Quanto ao mérito, cumpre inicialmente esclarecer que, muito embora os projetos de lei sob análise, principal e apensados, se assemelhem no que tange ao patrimônio de afetação, instituto importante para a segurança e, em consequência para o incremento das incorporações imobiliárias, o Projeto de Lei 3.065 de 2004, do Poder Executivo, **trata da matéria de forma muito mais abrangente, harmonizando demais aspectos correlatos a essa questão.**

Assim, há que se reconhecer como um fato incontestável, como faz o Poder Executivo em sua argumentação, **a importância do bom funcionamento do mercado de crédito brasileiro para o desenvolvimento da economia nacional.** Também, que **"a adequada disponibilização de recursos creditórios, de maneira eficiente e a um baixo custo, é essencial não só para viabilizar a produção, com implicações diretas sobre a geração de emprego e renda, mas também para o fomento à poupança e ao investimento, ou mesmo para a solução de problemas de natureza social relacionados à habitação, saneamento básico, dentre outros.**

Há o entendimento de que a legislação em vigor que trata das operações de crédito de maneira geral e de outras matérias correlatas carece de dispositivos que reduzam a insegurança econômica e jurídica dessas operações, criando óbices ao bom funcionamento do mercado e à garantia do mutuário. Essa deficiência legal tem, na prática, os efeitos de limitar o acesso ao crédito, de reduzir os recursos disponibilizados e de elevar o custo das operações, em prejuízo do todo social e, em particular, do cidadão comum, tomador do crédito. Além disso, como ilustrado em diversos casos do passado, muitas vezes essa insegurança jurídica implica o não cumprimento da entrega devida do imóvel financiado ao mutuário ou, ainda, a entrega a um custo maior do que o inicialmente contratado.

Portanto, é preciso "promover o acesso ao crédito em maior volume, a um custo mais baixo, de maneira eficiente e em

condições economicamente viáveis, em especial, no segmento do financiamento imobiliário.”

(...)

Com essa compreensão maior analisaremos a matéria quanto ao seu mérito.

Inicialmente, no que se refere à necessidade de escrituras públicas ou instrumentos particulares na formalização das operações, **envolvendo ou não recursos do Sistema Financeiro da Habitação - SFH ou do Sistema Financeiro Imobiliário SFI, nosso entendimento é pela coexistência dessas duas modalidades, como vem ocorrendo, satisfatoriamente, até agora. Amparadas pela legislação em vigor, consumam-se seguras, para os adquirentes, quando devidamente registradas nos respectivos Cartórios de Registro de Imóveis. Deve caber, portanto, livremente aos que delas se utilizam, a escolha pela forma que mais lhes convier, o que se dará, por certo, em função dos custos e demais vantagens operacionais.** Contudo, não se pode admitir também que nas operações envolvendo recursos financeiros tanto do SFH como do SFI sejam cobrados dos devedores, pessoas físicas, valores a título de elaboração dos respectivos contratos, e, nesse sentido, é preciso aprimorar a proposição. Com o mesmo raciocínio, entendemos que os procedimentos já definidos pela legislação em vigor para a formalização das demais operações envolvendo os títulos de crédito de que trata o PL nº 3.065/04 não devem ser acrescidos de outros que, salvo a burocratização desses processos, nada oferecem em contrapartida.

Desse modo, quanto ao mérito, em que pese a boa intenção dos respectivos autores, devem ser rejeitadas as Emendas de n.ºs 05, 06, 13, 14,15,36,37,39,40,41, 58, 59,60,61,62, 63, 64, e, 65.”

Na votação que se seguiu no Plenário da Câmara dos Deputados, o PL 2.109/99 recebeu a proposta de Emenda do Plenário n. 68 (Deputado não

identificado)⁷ que admitia a celebração de tais contratos por meio de instrumento particular apenas nos casos em que houvesse a intervenção de instituição de crédito.

Houve ainda a proposta de Emenda do Plenário 71, formulada pelo Deputado Paulo Bauer (PFL) que deu um passo além, com vistas a restringir a instituição da alienação fiduciária por instrumento particular **apenas aos contratos celebrados com recursos do Sistema Financeiro Imobiliário e desde que houvesse a participação de instituição financeira e empresa de construção civil ou de incorporação imobiliária**. Nesses casos, tais instituições teriam “*acesso pleno ao registro imobiliário*”⁸.

Ambas as emendas foram rejeitadas, **sob o fundamento de que o registro do contrato no Cartório de Registro de Imóveis conferiria a segurança necessária ao mutuário**. Aprovou-se, não obstante, a redação do art. 63 da Lei 10.931/2004, a qual proibiu a cobrança pela elaboração do instrumento contratual particular nas operações relacionadas à moradia, **e que envolvessem recursos do SFI e do SFH**, ainda que com força de escritura pública.

A previsão referente às pessoas passíveis de contratar o instituto da alienação fiduciária, contida no parágrafo único do art. 22 na redação original da norma, foi excluída, sem que houvesse debate expresso sobre isso.

Por causa disso, no mesmo ano, o art. 22 e o art. 38 sofreram nova alteração pela Lei 11.076/2004, resultante da conversão da MP 221/2004, a qual lhes conferiu a seguinte redação:

“Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo

⁷ Exposição de motivos da Lei 10.931/2004. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1124581&filename=DossiePL%202109/1999>, p. 807, último acesso em 5.12.2024.,

⁸ Exposição de motivos da Lei 10.931/2004. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1124581&filename=DossiePL%202109/1999>, último acesso em 05.12.2024.

de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada **por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI**, podendo ter como bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário.”

“Art. 38. Os atos e contratos **referidos neste 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”.

A mudança foi justificada da seguinte forma:

“Ao restabelecer o § 1º do art. 22 que foi suprimido, resolve-se a lacuna criada na Lei 10.931/2004, **uma vez que não faz sentido restringir-se a utilização da garantia apresentada pela alienação fiduciária de bens imóveis às instituições financeiras que operam no SFI**, assegurando, também, a utilização desse instituto às pessoas físicas e jurídicas.

Do mesmo modo, ao restabelecer o *caput* do art. 38 a expressão “*mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis*”, garante-se, de forma apropriada, a possibilidade da formalização no SFI de contratos de financiamento imobiliário com **garantia hipotecária**, a serem celebrados por meio de escritura particular com força de escritura pública”.

Como se nota, o objetivo da alteração não foi o de exigir que o instrumento particular seja formalizado por meio de escritura pública nas hipóteses externas aos contratos formulados no SFI, mas sim de **ampliar** as avenças às quais o referido dispositivo se aplica, para abranger, inclusive, os contratos com garantia hipotecária formulados no SFI e os previstos no art. 22 da Lei 9.514/97, admitindo a sua celebração por pessoas físicas ou jurídicas, integrantes ou não, daquele Sistema.

Sublinhe-se que o art. 22 ainda sofreu novas alterações pelas Leis 11.481/2007, 14.620/2023 e 14.711/2023, possuindo, atualmente, a seguinte redação:

“Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o fiduciante, com o escopo de garantia de obrigação própria ou de terceiro, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, **não sendo privativa das entidades que operam no SFI**, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível opagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;

II - o direito de uso especial para fins de moradia;

III - o direito real de uso, desde que suscetível dealienação;

IV - a propriedade superficiária.

V - os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas, e a respectiva cessão e promessa de cessão;

VI - os bens que, não constituindo partes integrantes do imóvel, destinam-se, de modo duradouro, ao uso ou ao serviço deste.

§ 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

§ 3º A alienação fiduciária da propriedade superveniente, adquirida pelo fiduciante, é suscetível de registro no registro de imóveis desde a data de sua celebração, tornando-se eficaz a partir do cancelamento da propriedade fiduciária anteriormente constituída.

§ 4º Havendo alienações fiduciárias sucessivas da propriedade superveniente, as anteriores terão prioridade em relação às posteriores na excussão da garantia, observado que, no caso de excussão do imóvel pelo credor fiduciário anterior com alienação a terceiros, os direitos dos credores fiduciários posteriores sub-rogam-se no preço obtido, cancelando-se os registros das respectivas alienações fiduciárias.

§ 5º O credor fiduciário que pagar a dívida do devedor fiduciante comum ficará sub-rogado no crédito e na propriedade fiduciária em garantia, nos termos do inciso I do caput do art. 346 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 6º O inadimplemento de quaisquer das obrigações garantidas pela propriedade fiduciária faculta ao credor declarar vencidas as demais obrigações de que for titular garantidas pelo mesmo imóvel, inclusive quando a titularidade decorrer do disposto no art. 31 desta Lei.

§ 7º O disposto no § 6º aplica-se à hipótese prevista no § 3º deste artigo.

§ 8º O instrumento constitutivo da alienação fiduciária na forma do § 3º deve conter cláusula com a previsão de que trata o § 6º deste artigo.

§ 9º Na hipótese de o fiduciário optar por exercer a faculdade de que trata o § 6º deste artigo, deverá informá-lo na intimação de que trata o § 1º do art. 26 desta Lei.

§ 10. O disposto no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, beneficia todos os credores fiduciários, mesmo aqueles decorrentes da alienação fiduciária da propriedade superveniente.

Em arremate a esse relato descritivo do processo legislativo que envolve a norma, destaco ainda o *caput* do art. 23, que permanece com a sua redação original, e que assim dispõe:

“Art. 23. Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel **mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.**”

Fiz esse retrocesso histórico para demonstrar que a discussão acerca da necessidade de formalização do contrato de alienação fiduciária por meio de escritura pública não é nova e esteve presente desde os primeiros debates instaurados perante a discussão do Projeto de Lei que veio a ser convertido na Lei 9.514/97, bem como nas comissões e sessões legislativas que analisaram as propostas que resultaram em suas posteriores alterações.

Buscou-se nos debates que se seguiram naquela Casa Legislativa, sem sucesso, (i) estabelecer a necessidade de escritura pública, bem como a cobrança parcial dos emolumentos para os contratos previstos na legislação em questão; bem como (ii) restringir o benefício da formalização de contratos particulares com efeitos de escritura pública às operações do Sistema Financeiro Imobiliário e do Sistema Financeiro de Habitação. **Ambas as propostas foram amplamente rejeitadas no âmbito das Comissões Especiais e do Plenário da Câmara dos Deputados.**

As preocupações levantadas naquela seara, no sentido de se conferir segurança jurídica às transações e reduzir os valores cobrados pelas instituições financeiras na elaboração dos contratos particulares com efeito de escritura pública **foram acatadas e direcionadas a outros dispositivos** que (i) permitiram a opção dos contratantes pela forma de celebração do contrato (por escritura pública ou instrumento particular), de modo a manter a convivência harmônica dos dois sistemas; bem como (ii) proibiram as instituições responsáveis por contratos que se utilizam dos recursos do SFI ou do SFH de cobrarem qualquer valor ou taxa para a elaboração do referido instrumento.

Como se nota, o objetivo da norma foi o de criar um mercado secundário de crédito que financiasse, externamente, o Sistema Financeiro Imobiliário, além de criar uma garantia segura às instituições financeiras para aumentar a oferta de crédito e aquecer o mercado imobiliário, de modo a suprir a demanda crescente por moradia e empregos, esses últimos decorrentes dos projetos de incorporação imobiliária.

Nessa mesma linha, as legislações que alteraram a norma foram ampliando seu escopo, com vistas a permitir a contratação de alienação fiduciária em contratos com objetos diversos ao financiamento imobiliário anteriormente previsto, bem como a sua aplicação aos contratos não integrantes do Sistema Financeiro Imobiliário.

Assentou-se, como já mencionado, a possibilidade de os contratantes optarem pela formalização do contrato mediante instrumento particular ou escritura pública, - caso sintam a necessidade de se conferir maior segurança ao negócio -, e pela proibição de cobrança de taxas pela elaboração de tais documentos, quando se tratar de operações entabuladas com recursos do SFI e do SFH.

Embora inicialmente a legislação em comento tenha tido por escopo o aquecimento do mercado imobiliário, a estabilização da moeda e a efetividade da garantia ao crédito fornecida pelo instituto da alienação fiduciária de bens imóveis, com a redução dos riscos e dos custos das

operações de mútuo e financiamento, permitiram uma maior disponibilização de crédito no mercado como um todo.

Como destaquei no julgamento do RE-RG 860.631, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 14.2.2024:

“(…): o custo do empréstimo financeiro é diretamente proporcional às garantias que são oferecidas às instituições financeiras, como lastro suficiente em caso de inadimplência. Vide os percentuais de juros no empréstimo pré-aprovado chamado de “cheque especial” e no cartão de crédito, os quais são bem maiores do que os empréstimos consignados e dos contratos de financiamento imobiliário, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) ou do Sistema Financeiro de Imóveis (SFI), estes últimos com as garantias incidentes, sob o próprio imóvel, tais como previstas no art. 17 da mesma lei em questão.”

Assim, ao reduzir o âmbito de incidência do art. 38 da Lei 9.514/97, permitindo a contratação de alienação fiduciária por meio de instrumento particular com efeito de escritura pública apenas às instituições previstas no art. 440-AO do Provimento 149/2023, com as alterações promovidas pelos provimentos 172 e 175 de 2024, o Conselho Nacional de Justiça restringiu a incidência da lei de forma contrária ao previsto em seu texto e extrapolou a competência que lhe foi atribuída pelo art. 103-B, § 4º, I, da Constituição c/c art. 8º, X, do RICNJ.

Note-se que, nas informações prestadas nos autos do MS 39.805, o CNJ, citando parecer o dos juristas José Fernando Simão e Maurício Buzanar, menciona que a nova redação dada ao art. 38 da Lei 9.514/97 pela Lei 11.076/2004 teria *“reintroduzido a distinção entre alienações fiduciárias que tem por credor fiduciário agentes do SFI e as que não têm”* para corrigir uma suposta antinomia da norma. Segundo defende, a interpretação gramatical do verbo “poder” não levaria à conclusão de haver uma escolha de forma pelas partes, se pública ou particular, mas sim uma obrigação pela

formalização do ato, nos termos da regra geral do art. 108 do Código Civil. Segundo os renomados juristas:

“Quanto à interpretação gramatical, o verbo “poder” poderia levar à conclusão de que a escolha da forma, se pública ou particular, é livre pelas partes, independentemente de quaisquer considerações que não suas conveniências.

Essa interpretação não é correta.

Todo e qualquer ato que possa ser celebrado por instrumento particular sempre poderá ser celebrado por escritura pública, afinal *qui potest plus potest minus*. Entender que a lei 1.076/2004 só fez incluir a opção pela escritura pública é **supor que o legislador se valeu de palavras inúteis.**

(...)

Em se comparando o artigo 38 da lei 9.514/97 com dispositivos de outras normas que disciplinam a determinação de utilização da escritura pública e a permissão da utilização de instrumento particular com força de escritura pública, a sua correta interpretação fica ainda mais evidente.

Analisemos, muito sucintamente, o que dispõem as leis 6.015/73, 14.063/2020 e 14.382/2022.

[...]

Os dispositivos repetem o mesmo conteúdo normativo de todas as leis que tratam do instrumento particular com força de escritura pública, qual seja, o de que somente têm essa prerrogativa os agentes do SFI autorizados por lei.

Todos os demais agentes do mercado se submetem ao artigo 108 do Código Civil.

É essa a interpretação que decorre da análise sistemática do artigo 38 da Lei 9. 514/97, isto é, da sua comparação com todos os

demais artigos da mesma lei e das leis que tratam da mesma matéria.

Por fim, fazendo uma interpretação teleológica do artigo 38, com as sucessivas ampliações da eficácia da lei 9.514/97, foi fundamental estabelecer dualidade de tratamento que refletisse a diferença que há entre agentes que fazem parte do SFI e os que dele não fazem parte. Como já apontado, invariavelmente, os agentes do SFI contam com recursos financeiros, técnicos e jurídicos que dispensam a atuação do tabelião como terceiro imparcial e qualificado a assegurar a validade e eficácia do negócio de garantia, sem as quais quem perde é o credor. Nesse ponto, vale a conclusão de que a imparcialidade do SFI se funda no objetivo de proteção ao crédito concedido por um de seus agentes, ou seja, ele atua e persegue o equilíbrio contratual para que o negócio jurídico não esteja eivado de vícios decorrente de eventuais interesses de uma das partes e que, no futuro, possa tomá-lo anulável.

Nesse espeque, quando não se trata de agentes do SFI e não se trata do financiamento imobiliário, a escritura pública lavrada pelo tabelião concorrerá para a segurança não só do credor fiduciário, como também do devedor fiduciante. [...]

Assim, a melhor interpretação que se pode extrair da atual redação do artigo 38 da lei 9.514/97 é a de que os agentes do SFI poderão formalizar os contratos de alienação fiduciária por instrumento particular, enquanto os demais agentes do mercado estarão subordinados ao artigo 108 do Código Civil, que exige escritura pública para esse tipo de negócio jurídico. É uma regra a que garante, ao mesmo tempo, desburocratização do sistema, mas sem sacrifício da segurança jurídica. (eDOC 27, pp. 8-9, id 0db1034f, ms 39.805)

Ao contrário do que afirmado pelo CNJ com fundamento em parecer dos ilustres juristas, depreende-se da exposição de motivos da Lei

10.931/2004 e da lei 11.076/2004, que o legislador, ao introduzir a referida expressão, buscou justamente deixar indene de dúvidas e, portanto, de forma expressa, a possibilidade de o instituto da alienação fiduciária ser formalizada por meio de instrumento particular com efeito de escritura pública em contratos em operações que envolvem, **ou não**, recursos no SFI e do SFH, bem como a coexistência das duas modalidades (instrumento particular ou escritura pública), com permissão expressa da possibilidade de opção entre uma ou outra forma. Ampliou, ademais, a referida exceção ao art. 108 do Código Civil, aos contratos de financiamento formulados pelo SFI com garantia hipotecária.

Para demonstrar que, de fato, o legislador não se utilizou de palavras inúteis, mas quis, exatamente, deixar a expressa a possibilidade de escolha pela forma de contratação do instituto da alienação fiduciária de bem imóvel, reitero, aqui, trecho dos argumentos formulados pelo Deputado Ricardo Izar, Relator da Comissão Especial, para apreciação do PL 2109/99, que resultou na Lei 11.076/2004:

“Inicialmente, no que se refere à necessidade de escrituras públicas ou instrumentos particulares na formalização das operações, **envolvendo ou não recursos do Sistema Financeiro da Habitação - SFH ou do Sistema Financeiro Imobiliário SFI**, nosso entendimento é pela **coexistência dessas duas modalidades**, como vem ocorrendo, satisfatoriamente, até agora. Amparadas pela legislação em vigor, **consumam-se seguras**, para os adquirentes, quando devidamente registradas nos respectivos Cartórios de Registro de Imóveis. **Deve caber, portanto, livremente aos que delas se utilizam, a escolha pela forma que mais lhes convier, o que se dará, por certo, em função dos custos e demais vantagens operacionais.**⁹

⁹ Exposição de motivos da Lei 10.931/2004.
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1124581&filename=Dossie-

A partir dessas considerações, e partindo dos métodos de interpretação histórico e teleológico da norma, entendo que o Conselho Nacional de Justiça conferiu novo sentido ao art. 38 da Lei 9.514/97, ao restringir sua aplicação à hipóteses previstas nos Provimentos 172/2024 e 175/2024, que não aquele desejado pelo Legislador.

A interpretação conferida pela autoridade coatora foi de encontro aos argumentos utilizados pela Casa Legislativa na aprovação do texto da lei e de suas alterações, tendo em vista a rejeição expressa e reiterada de propostas que buscaram restringir o escopo da norma, nos termos em que o faz agora o CNJ, por meio de regulamentação.

Portanto, ao criar obrigação não prevista em lei (a de formalizar contrato de alienação fiduciária sobre bens imóveis por meio de escritura pública para agentes não integrantes do SFI, do SFH, de cooperativas de crédito ou de administradoras de consórcio de imóveis), o CNJ afrontou direito do impetrante.

Por fim, destaco que a redação do art. 38, da Lei 9.514/97 não excluiu nenhuma das formas possíveis de celebração do contrato de alienação fiduciária, prevendo tanto a celebração da avença por escritura pública ou por instrumento particular com efeito de escritura pública.

Ao invés de restringir a sua aplicação, deixou clara a possibilidade de qualquer agente (pessoa física ou jurídica, integrante ou não dos sistemas elencados pelo CNJ) optar por qualquer uma delas.

Passo agora, a apreciar a norma a partir dos métodos de interpretação literal e sistêmico.

III - DA INTERPRETAÇÃO LITERAL E SISTÊMICA DA NORMA

Como se sabe, a interpretação literal da lei é um método que se baseia no sentido gramatical e do vocabulário do texto normativo. Buscase o exame semântico das palavra utilizadas em seu texto.

PL%202109/1999>, p. 85, último acesso em 5.12.2024

A interpretação sistêmica, por sua vez, tem por escopo a análise coerente e lógica das normas jurídicas existentes sobre determinada matéria, com vistas a sua harmonização. O intérprete parte da premissa de que o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas que se relacionam e que são submetidas a uma ordem escalonada de diferentes níveis hierárquicos¹⁰. Situa-se, assim, o dispositivo analisado “*dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas*”¹¹

No caso dos autos, faz-se necessária a utilização de ambas as metodologias de forma conjunta, para se extrair o sentido da norma em análise.

Para tanto, inicio mencionando que a Lei 9.514/97 “*dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências*”.

Em seu Capítulo I, a norma dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, trazendo as suas finalidades, as entidades que o integram, as características, formas e garantias previstas na pactuação das operações de financiamento imobiliário, bem como a criação do Certificado de Recebíveis Imobiliários, destinado à criação de um mercado secundário de securitização de créditos imobiliários. (Arts. 1º a 21)

Já em seu Capítulo II, a Lei 9.514/97 trata do instituto da Alienação Fiduciária de bens imóveis, da forma como deve ser contratada, suas cláusulas essenciais e as consequências jurídicas no caso de inadimplemento por parte do fiduciante (arts. 22 a 33-F).

O Capítulo III, por sua vez, trata das Disposições Gerais e Finais e é justamente onde traz a previsão que se analisa nesses autos (arts. 34 a 42).

Ora, como se pode notar, o instituto da alienação fiduciária foi criado juntamente com o Sistema Financeiro Imobiliário, mas não é dele dependente. O art. 38, constante das disposições gerais e finais, encontrase **nesse locus normativo** justamente porque é aplicável a ambos os

¹⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p.310.

¹¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica jurídica clássica, p.37.

Capítulos, ou seja, é aplicável aos contratos de alienação fiduciária formalizados no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário e, também, fora dele.

Sublinho que o art. 38 da Lei 9514/97 tem forte ligação com o art. 22, que abre o Capítulo II da norma, tendo em vista que o primeiro se aplica expressamente aos “*contratos referidos nesta Lei ou resultantes de sua aplicação*” e o segundo traz as hipóteses de contratação do instituto da alienação fiduciária sobre bens imóveis, com a previsão expressa de que tal contratação pode se dar por pessoa física ou jurídica e **não é privativa das entidades que operam no SFI** (art. 22, § 1º)

O art. 23 ainda prevê que a propriedade fiduciária de coisa imóvel constituir-se-á **mediante registro no competente Registro de Imóveis do contrato que lhe serve de título**, em harmonia com a previsão constante do art. 38, que confere aos atos e contratos celebrados por instrumento particular efeito de escritura pública, para fins de registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Com efeito, a redação do referido dispositivo não se refere a “*contrato de alienação fiduciária*”, mas sim a “*contrato que lhe serve de título*”. Isso ocorre justamente porque, na prática, a alienação fiduciária de coisa imóvel pode ser prevista em contratos de naturezas variadas e não se trata de contrato específico tipificado em lei.

Ademais, quando o art. 38, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.076/2004, prevê a sua incidência às hipóteses de constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, ele não diferencia esse tipo de contrato daqueles constantes do SFI ou do SFH - como faz crer o CNJ. Ao contrário, essa previsão inclui entre as hipóteses de aplicação da norma as consequências jurídicas advindas dos contratos de financiamento com garantia hipotecária, bem como aqueles previstos no art. 22 e nos arts. 28 e 29, que permitem a cessão do crédito objeto de alienação fiduciária.

Atualmente, os dispositivos mencionados possuem a seguinte redação:

“CAPÍTULO II - Da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o fiduciante, com o escopo de garantia de obrigação própria ou de terceiro, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel sobre coisa móvel.

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por **pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI**, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível opagamento de laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;

II - o direito de uso especial para fins de moradia;

III - o direito real de uso, desde que suscetível dealienação;

IV - a propriedade superficiária;

V - os direitos oriundos da imissão na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas, e a respectiva cessão e promessa de cessão;

VI - os bens que, não constituindo partes integrantes do imóvel, destinam-se, de modo duradouro, ao uso ou ao serviço deste.

(...)

§ 3º A alienação fiduciária da propriedade superveniente adquirida pelo fiduciante, **é suscetível de registro no registro de imóveis desde a data da sua celebração**, tornando-se eficaz a partir do cancelamento da propriedade fiduciária anteriormente constituída.

(...)

Art. 23. **Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóvel, do contrato que lhe serve de título.**

(...)

Art. 28. A cessão do crédito objeto da alienação fiduciária implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia.

Art. 29. O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

(...)

CAPÍTULO III - Disposições Gerais e Finais

(...)

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 se verifica, da leitura literal do texto normativo, percebe-se que sua redação é clara e não dá margens a outras interpretações. Não há como considerar, a menos que se queira ir de encontro à expressa determinação legal, que o citado artigo tenha restringido as hipóteses de celebração de instrumentos particulares com efeitos de escritura pública a um grupo restrito de instituições e contratos.

Ao contrário, as alterações sofridas pelo art. 38 da Lei vieram, justamente, ampliar a sua incidência às pessoas físicas ou jurídicas,

abrangendo todos os atos e contratos referidos na lei ou decorrentes de sua aplicação, além de deixar expressa a possibilidade de opção entre as duas formas de contratação (escritura pública ou instrumento particular com efeitos de escritura pública).

Também da análise sistêmica e estrutural da norma, não se extrai a interpretação conferida pelo Conselho Nacional de Justiça, que terminou por criar obrigação excepcionada por lei específica para os contratos de alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis, independente de integrarem, ou não, o SFI ou o SFH, ou de serem formalizada por entes sujeitos à regulação do CVM ou do Bacen, relativamente a atos de transmissão dos recebíveis imobiliários lastreados em operações de crédito no âmbito do SFI.

Além disso, a referida interpretação restringiu a incidência do dispositivo a uma parte da lei, qual seja, o Capítulo I (Do Sistema de Financiamento Imobiliário), quando sua previsão, constante das Disposições “Gerais” e Finais, expressamente espalha seus efeitos sobre todos os *“atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes de sua aplicação”*.

Nesses termos, entendo que se aplica aos referidos contratos a exceção prevista no art. 108 do Código Civil, o qual, embora afirme que *“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 30 (trinta) vezes o salário mínimo vigente no País”*, permite outros modos de formalização do contrato, **desde que previsto em lei**.

Essa ideia é reforçada pela previsão contida no art. 1.368-A, introduzido no Capítulo IX do Código Civil (Da Propriedade Fiduciária) pela Lei 10.931/04, o qual, fazendo referência às espécies de propriedade fiduciária diferentes das que incidem sobre coisa móvel fungível (CC, art. 1.361), assim dispõe:

“Art. 1368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando

as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”

Esse é exatamente esse o caso dos autos, dada a existência de lei especial aplicável à hipótese, que permite a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de qualquer valor com financiamento mediante a contratação de alienação fiduciária em garantia, por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública¹², conforme já demonstrado.

Sublinhe-se, ademais, que buscando a harmonização entre os princípios da taxatividade dos direitos reais e da atipicidade dos contratos de celebração de negócio fiduciário (o qual abordarei adiante), a Lei 14.711/2023, que reformulou diversos dispositivos da Lei 9.514/97, fez introduzir também na Lei 6.015/73, que dispõe sobre os Registros Públicos, a seguinte previsão:

“Art. 167 - No registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

48. de outros negócios jurídicos de transmissão do direito real de propriedade sobre imóveis ou de instituição de direitos reais sobre imóveis, **ressalvadas as hipóteses de averbação previstas em lei e respeitada a forma exigida por lei para o negócio jurídico**, a exemplo do art. 108 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). (Incluído pela Lei nº 14.711, de 2023)”

O art. 172 da referida Lei, com a redação que lhe foi dada pela Lei 6.216/75, também já previa que:

¹² COSTA, Valestan Milhomem. A indispensabilidade da escritura pública na essência do art. 108 do CC. Revista de Direito Imobiliário. Vol. 60/2006, p. 156-164. Jan-Jun/2006. DTR/2006/70.

“No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação **dos títulos ou atos constitutivos**, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis **reconhecidos em lei**, " *inter vivos*" ou " *mortis causa*" quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

Por fim, a Lei 14.620/2023 também alterou a Lei de Registros Públicos para permitir, ente os títulos passíveis de ingresso no fólio registral imobiliário, “*os escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e pelas testemunhas, com as firmas reconhecidas*”; (inciso I), excetuando a exigência de testemunhas e reconhecimento de firma para “*as instituições financeiras que atuem com crédito imobiliário*” (§ 5º).

Como se verifica, tais dispositivos não têm a pretensão de restringir os títulos sujeitos a registro, remetendo-se apenas à necessária previsão legal, em observância aos direitos reais (tipicidade) e ao modo de sua constituição (legalidade).

Nesses termos, da análise sistêmica do arcabouço normativo que trata da matéria, não se confirma o entendimento consignado pelo Conselho Nacional de Justiça que conferiu interpretação restritiva ao art. 38 da Lei 9.514/97, para que ele fosse aplicado apenas às entidades previstas no art. 440-AO do Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra),.

Por fim, trago algumas ponderações doutrinárias quanto à extensão do art. 38 da Lei 9.514/97 a operações creditórias não relacionadas ao mercado de financiamento imobiliário.

IV - EXTENSÃO DA PREVISÃO CONTIDA NO ART. 38 A INSTRUMENTOS DE CONTRATAÇÃO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS PARA OPERAÇÕES DIVERSAS AO FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO.

Como se sabe, no negócio fiduciário, o bem é oferecido pelo devedor (fiduciante) em garantia de dívida ao credor (fiduciário), o qual se torna proprietário do bem perante a lei e terceiros. O fiduciário obriga-se então a retransmitir a propriedade do bem ao fiduciante, ante o cumprimento da obrigação fiduciária. O instituto tem como função fornecer uma garantia fiduciária ao credor sobre um determinado bem, o qual, nas hipóteses previstas na Lei 9.514/97, é um imóvel¹³.

Como se percebe, a alienação fiduciária em garantia tem a função de assegurar a satisfação de um direito de crédito, constituindo uma garantia, qual seja, a propriedade fiduciária.

Cândido Rangel Dinamarco explica que:

“A alienação fiduciária em garantia vigente no Brasil, quando incide quer sobre bens móveis ou imóveis, constitui somente nova roupagem jurídica dos clássicos institutos garantísticos, com técnicas aperfeiçoadas em que se minimiza o fator confiança. Da lei e do contrato emergem situações bastante objetivas, pelas quais aquele que oferta o dinheiro tem o bem para assegurar a solvência do tomador do crédito, e a este se assegura o domínio do bem se adimplir”.¹⁴

Por suas características, o negócio fiduciário é utilizado como meio de operacionalizar o compartilhamento de garantias e se baseia no prestígio da autonomia privada e da atipicidade dos contratos. Assim é um instrumento estratégico para conferir segurança ao regime de garantias e permitir o incremento das operações comerciais pelo aumento da oferta de crédito no mercado, com reflexos também na ordem jurídica.

Em resumo, a propriedade fiduciária, quando incide sobre imóveis, é direito real, oponível *erga omnes*, decorrente de contrato elaborado com os

¹³ Chalhoub, Melhim Namen. Negócio Fiduciário. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 202-203.

¹⁴ DINAMARCO. Cândido Rangel. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: RT, v. 51, p. 235, jul/2001.

elementos especificados em lei e seu modo de aquisição constitui-se em negócio jurídico de transmissão levado à registro.

O referido contrato deve conter uma série de disposições elencadas pela lei, que são requisitos de forma essenciais para a validade da avença. Tal exigência decorre do princípio da legalidade (reserva legal), que tem como seu consectário o princípio da tipicidade dos direitos reais.

Não se pode, contudo, confundir o princípio da legalidade, que incide sobre o título causal de transmissão de direitos reais sobre imóveis, com o princípio da tipicidade, aplicável sobre a efetiva transmissão e constituição de direitos reais sobre imóveis, que ocorre com o seu registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Isso porque, não obstante os direitos reais serem típicos e taxativamente impostos - visto que, como já mencionado, ostentam oponibilidade *erga omnes* e demandam prévia valoração legislativa -, a forma de circulação desses direitos é regida pela autonomia privada e pela liberdade contratual, nos termos do art. 425, do Código Civil.

Sobre esse tema, Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, assim iluminam a compreensão da matéria:

“Pode-se mesmo dizer, abrindo necessário parêntese, que os princípios da tipicidade dos direitos reais e da atipicidade dos contratos convivem coerente e harmonicamente já que exprimem, ambos, o respeito à autonomia privada, quer impedindo a oponibilidade a terceiros de vínculos jurídicos que lhes são alheios (relatividade dos pactos), quer promovendo a liberdade de contratar.

Em definitivo, a origem contratual do direito real não interfere na taxatividade ou na tipicidade deste, de maneira que o modelo jurídico de sua circulação pode ser atípico. A autonomia negocial não pode criar direitos reais fora das hipóteses legalmente previstas ou alterar seu conteúdo típico para além dos limites legais. Por outro lado, os particulares são livres para estipular os ajustes que melhor se adaptarem aos seus interesses no que concerne à constituição, transmissão e extinção

dos direitos reais. Os princípios da taxatividade e tipicidade incidentes nos direitos reais não interferem no meio de circulação de tais direitos. Justifica-se, por tais razões, a advertência: típicos (e taxativamente impostos) são os direitos reais, em oposição à atipicidade dos meios idôneos para a disposição sobre tais direitos.”¹⁵

Nesse sentido, a Lei 6.015/73, que dispõe sobre Registros Públicos, disciplina o modo de aquisição de direitos reais sobre imóveis. Outras leis, entre elas o Código Civil, a Lei 9.514/97, e a Lei 5.049.66, dispõem sobre o título causal da aquisição de direitos sobre determinado bem imóvel.

Há, portanto, clara diferença entre o contrato e a propriedade fiduciária, propriamente dita. Aquele constitui-se em título de aquisição, enquanto este, em modo de aquisição. Aquele é título causal para o surgimento deste. Segundo Alfredo Buzaid:

“A alienação fiduciária em garantia é, nos expressos termos desta definição legal, um negócio jurídico uno, posto que objetivamente complexo. Compõe-se de duas relações jurídicas: uma obrigacional, outra real. A primeira se expressa numa dívida, que é o negócio causal. A segunda, numa garantia, que é o ato de alienação. O nexos que se forma entre elas supõe a um tempo o financiamento e a transferência ao credor de um bem que, uma vez satisfeita a obrigação, deve ser restituído ao alienante.”¹⁶

Seguindo na compreensão do instituto, na configuração da propriedade fiduciária sobre o bem imóvel ocorre o desdobramento da

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. Compartilhamento de garantias imobiliárias por meio da titularidade fiduciária. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol 21/2019, p. 207-231, Out-Dez/2019. DTR/2020/565.

¹⁶ BUZAID, Alfredo. Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 491, p. 16, 1969.

posse, de modo que o bem fica em posse direta do devedor e indireta do credor. Por esse motivo, a propriedade fiduciária de coisa imóvel depende do registro do contrato de alienação fiduciária junto ao Cartório de Registro de Imóveis pra irradiar seus efeitos perante a sociedade¹⁷.

Uma característica peculiar desse de tipo de contrato é que o credor possui garantia sobre coisa própria, o que confere diversas vantagens ao instituto em relação a outros tipos de garantias. Isso permite, dentre outras coisas que, no caso de eventual inadimplemento do devedor, o domínio do bem se constitua automaticamente nas mãos do credor, que poderá aliená-lo extrajudicialmente.

O instituto prevê, ainda, a afetação do bem objeto de garantia, de modo que *“os bens objeto do negócio são colocados à margem das vicissitudes econômico financeiras que possam afetar o fiduciante, o fiduciário e o beneficiário, e, de outra parte, impõem-se limitações às faculdades do titular do patrimônio separado, a ele se atribuindo, tão somente, aquelas faculdades necessárias à consecução dos fins para os quais a afetação foi estabelecida”*.¹⁸

Destaque-se, ademais, a possibilidade de cessão do crédito pelo credor fiduciário, a qual prescinde de notificação do devedor fiduciante, permitindo a capitalização permanente dessa garantia pela transferência de seu crédito a empresas de securitização. A referida cessão também deve ser submetida a registro, de modo a gerar seus efeitos sobre terceiros e legitimar o cessionário para executar a garantia, em casos de inadimplência.

Por fim, registre-se que, em posse direta do ativo, o devedor possui pleno gozo de suas funções, permitindo a sua exploração econômica e seu usufruto, ou seu uso para fins pessoais, comerciais ou residenciais¹⁹.

¹⁷ FRANCO, Luiz Henrique Sapia. Notas sobre a Alienação Fiduciária em garantia imobiliária: questões (ainda) controversas. Revista Forense. Vol. 419-2014 (janeiro/junho). Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 115 e ss.

¹⁸ CHALHUB, Melhim Namen. A fidúcia no sistema de garantias reais do direito brasileiro. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo: RT, v. 2, p. 13, 1998.

¹⁹ SANTIAGO, Marcelo Moraes. Análise crítica do Instituto da Alienação Fiduciária e seus impactos nas operações complexas de crédito. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 94/2021, pp. 229-247, Out-dez, 2021. DTR\2021\47667.

Diante de tais características e do contexto em que foi criado, percebe-se que o instituto da alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis “é negócio jurídico com finalidade clara e evidente de fomentar a permitir a circulação de riquezas, conferindo segurança ao sistema, tal como as demais garantias”²⁰.

Nas palavras de Arruda Alvim Neto acerca do papel da alienação fiduciária de bem imóvel sobre a segurança que confere à garantia oferecida e a consequente criação de riquezas dela advinda:

“(…) haver-se-á de ter presente que, ao lado de disciplinar relações de direito privado, almeja-se com o instituto determinados fins de caráter social, absolutamente fundamentais para a economia moderna, dentro de um Estado que se impõe objetivos de cunho social, como é o caso, acentuadamente, do Estado brasileiro. Constituiu-se a alienação fiduciária de bens imóveis **em poderosíssima alavanca para o desenvolvimento de nossa sociedade**, através de alterações profundas a serem provocadas em nossa economia, viabilizando que se incremente a produção de imóveis entre nós, e, paralelamente, aumentando enormemente o número de empregos, com vistas a absorver mão de obra, e, nessa extensa medida, **criando riquezas reais**.”²¹

Como se nota, dotada de maior segurança ao credor e agilidade na execução da garantia, a alienação fiduciária passou a ser largamente utilizada em operações de crédito em geral, visto permitir a circulação do direito sobre o objeto dado em garantia, a diminuição do preço do crédito, a celeridade da sua formulação e a simplificação de seu registro.

Conforme afirmou Marcelo Moraes Santiago:

²⁰ FRANCO. Luiz Henrique Sapia. Notas sobre a Alienação Fiduciária em garantia imobiliária: questões (ainda) controversas. Revista Forense. Vol .419-2014 (janeiro/junho). Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 115 e ss.

²¹ ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor. Parecer para a Associação Brasileira de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP), p. 4. Disponível em: <<https://www.abecip.org.br/admin/assets/uploads/anexos/alienacao-fiduciaria-e-direitos-doconsumidor9.pdf>>, último acesso em 7.12.2024.

“(…) não há como negar que a eficiência do setor de garantia das operações de crédito no Brasil, e conseqüentemente, a diminuição das taxas de juros das operações financeiras, passam pelas disposições da Lei 9.514/97 (LGL\1997\95), visto que a alienação fiduciária de bens imobiliários pode prover uma segurança significativamente forte ao credor, **ainda mais considerando operações de cunho empresarial, envolvendo vultuosos valores e elevados riscos.** Conseqüentemente, as turbulências decorridas de **interpretações equivocadas pelo Poder Judiciário**, por exemplo, **podem contribuir na causa de efeitos nefastos para a economia brasileira e seus índices, principalmente os internacionais.**”²²

A possibilidade do uso da alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis em contratos diversos ao mercado imobiliário ou aos entabulados no âmbito do SFI e do SFH tornou-se expressa com a previsão contida no art. 51 da Lei 10.931/2004, que admitiu a contratação da alienação fiduciária de maneira generalizada, permitindo, *concomitantemente* à previsão do art. 22, § 1º, da Lei 9.514/97, a sua celebração, “*dentro ou fora do Sistema Financeiro Imobiliário, e por pessoas que operam ou não no seu âmbito, tanto físicas quanto jurídicas*”²³. O referido artigo possui a seguinte redação:

“Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, **as obrigações em geral** também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, **por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de**

²² SANTIAGO, Marcelo Moraes. Análise crítica do Instituto da Alienação Fiduciária e seus impactos nas operações complexas de crédito. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Vol. 94/2021, pp. 229-247, Out-dez, 2021. DTR\2021\47667.

²³ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. Alienação fiduciária de bens imóveis. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 62.

venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel.”

Ao interpretar o referido dispositivo, a jurisprudência pacificou-se no sentido da possibilidade da constituição de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel por operações de crédito desprovidas da finalidade de aquisição, construção ou reforma do imóvel oferecido em garantia. Por todos, cito o seguinte precedente do STJ sobre a matéria:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE GARANTIA FIDUCIÁRIA SOBRE BEM IMÓVEL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. DESVIO DE FINALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COISA IMÓVEL. OBRIGAÇÕES EM GERAL. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO AO SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 22, § 1º, DA LEI Nº 9.514/1997 E 51 DA LEI Nº 10.931/2004. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se é possível a constituição de alienação fiduciária de bem imóvel para garantia de operação de crédito não relacionadas ao Sistema Financeiro Imobiliário, ou seja, desprovida da finalidade de aquisição, construção ou reforma do imóvel oferecido em garantia.

2. A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária, podendo inclusive ser prestada por terceiros.

Inteligência dos arts. 22, § 1º, da Lei nº 9.514/1997 e 51 da Lei nº 10.931/2004.

3. Muito embora a alienação fiduciária de imóveis tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema Financiamento Imobiliário, seu alcance ultrapassa os limites das transações relacionadas à aquisição de imóvel.

4. Considerando-se que a matéria é exclusivamente de direito, não há como se extrair do texto legal relacionado ao tema a verossimilhança das alegações dos autores da demanda.

5. Recurso especial provido.” (Resp 1.542.275, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Dje 2.12.2015).

Assim, os fatos acima mencionados demonstram que, embora o instituto da alienação fiduciária tenha sido criado para alavancar o sistema de financiamento imobiliário e de habitação como um todo, o seu alcance ultrapassou os limites do seu primeiro desenho normativo e a finalidade de seu uso ampliou-se para fomentar, também, o sistema de garantias do direito brasileiro, *“dotando o ordenamento jurídico de instrumento que permite sejam as situações de mora, tanto nos financiamentos imobiliários, como nas operações de crédito com garantia imobiliária, recompostas em prazos compatíveis com as necessidades da economia moderna”*.²⁴

Note-se que o art. 52 da Lei 10.931/2004 ainda tratou do registro direto do título constitutivo da garantia no Cartório de Registro de Imóveis nos casos em que a alienação fiduciária é utilizada como modalidade de garantia em contratos fora do âmbito de financiamento imobiliário, a partir da seguinte redação:

“Art. 52. Uma vez protocolizados todos os documentos necessários à averbação ou ao registro dos atos e dos títulos a que se referem esta Lei e a Lei nº 9.514, de 1997, **o oficial de Registro**

²⁴ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 66.

de Imóveis procederá ao registro ou à averbação, dentro do prazo de quinze dias.”

Com efeito, a legislação, expressamente generalizou a possibilidade de contratação de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, de modo a dotar o Sistema Financeiro Nacional de uma garantia real para dinamização de suas atividades, permitindo maior disponibilização de crédito no mercado e conseqüente desenvolvimento econômico e geração de empregos.

Esse tipo de avença potencializa e muito o aproveitamento dos bens dados em garantia, permitindo a sua utilização em complexas operações econômicas de captação de crédito e reestruturação de dívidas, e supera o modelo simplista que aplicava seus termos apenas às relações estrita entre credor e devedor e em operações voltadas ao financiamento imobiliário²⁵.

Nesses termos, é importante ter em mente a responsabilidade que o Poder Judiciário possui ao interpretar legislações voltadas ao desenho de determinada política pública econômica, tendo em vista a possibilidade de tais interpretações gerarem efeitos negativos em todo o mercado, afetando o índice de recuperação de crédito brasileiro, seu grau de investimento e a composição das taxas de juros disponíveis²⁶.

Registro, sobre esse ponto, que a taxa cobrada para a lavratura de uma escritura pública gira em torno de 2% a 3% (dois a três por cento) sobre o valor do imóvel, o que pode significar vultuosos valores quando as

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. Compartilhamento de garantias imobiliárias por meio da titularidade fiduciária. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol 21/2019, p. 207-231, Out-Dez/2019. DTR/2020/565.

²⁶ Como exemplo, podemos citar a jurisprudência formada sobre a teoria do “adimplemento substancial da obrigação”, que impediam a execução da garantia pelos credores nos casos em que já haviam sido pagas várias parcelas do financiamento. Esse entendimento provocou insegurança no mercado de crédito, tendo como conseqüência o aumento da taxa de juros. A questão só foi pacificada pelo entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, no sentido da impossibilidade de aplicação da referida teoria por ausência de previsão legal, nos autos do Resp 1.622.555, de Relatoria do Ministro Marco Buzzi, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio Bellize, DJe 16.3.2017.

operações em questão envolverem numerários significativos em operações estruturadas e complexas.

Portanto, além de não se coadunar com as previsões legislativas sobre a matéria, a restrição imposta à aplicação do art. 38 da Lei 9.514/97 pelo Provimento 172/2024 e 175/2024 do CNJ, termina por gerar, como consequência, obrigação não prevista em lei e o aumento irrazoável dos custos de transação nas operações em questão, com possíveis sequelas negativas para todo o mercado de crédito e também para as operações de incorporação imobiliária no país.

Assim, diferentemente do que afirmado pelo CNJ em suas informações, não cabe ao oficial do Cartório de Registro de Imóveis, no exercício e nos limites de sua importante função, negar registro a contratos atípicos com pacto adjecto de alienação fiduciária firmados por particulares, quando a avença apresentar todos os requisitos previstos em lei para a sua validade (art. 26 da Lei 9.514/97).

Sobre o tema, citando novamente Tepedino e Oliva, menciono os limites do papel que deve ser desempenhado pelo Oficial do Cartório de Registro Imobiliário na busca por conferir segurança às operações submetidas à sua análise:

“(…), o oficial não pode se tornar o algoz do desenvolvimento das relações econômicas sob o pretexto de atender a **inexistente princípio da tipicidade dos títulos hábeis à transmissão dos direitos reais**. Tem o oficial importante missão social, consistente em **garantir a segurança das transações sujeitas a registro**, mediante qualificação do título que atende não ao fetichismo do *nomen iuris* ou da tipicidade do contrato, **mas que verifique**, dentro dos limites da atividade registrária, **a aptidão do título a alcançar o pretendido pelas partes e a validade deste, em absoluto respeito ao princípio da legalidade**.

Repita-se: o princípio da legalidade, consistente na observância das disposições legais relativas ao título causal,

não se confunde com o princípio da tipicidade do título. No direito brasileiro, vigora o princípio da legalidade, devendo o oficial se pautar nas disposições legais para efetuar o registro, dentre as quais desponta do Código Civil (LGL\2002\400), que consagra o princípio da atipicidade contratual e, conseqüentemente, o direito dos particulares de entabularem os ajustes que melhor aprouverem aos seus interesses (...)."²⁷

Embora não haja dúvidas que o Registro de Imóveis exerce um papel fundamental na segurança jurídica dos negócios jurídicos submetidos a registro, esse papel é desempenhado pela qualificação dos títulos que lhe são apresentados, mediante a observância de diversos princípios, entre eles, o da legalidade.

A observância dos limites previstos em lei é essencial ao guardião da segurança e eficácia dos negócios jurídicos que dispõem sobre direitos reais sobre imóveis, não cabendo ao Oficial em questão recusar o registro de avenças legalmente previstas e em acordo com as normas de regência.

Para finalizar, sublinho que a tendência do direito civil segue na direção diametralmente oposta àquela assentada pelo Conselho Nacional de Justiça, na medida em que se inclina a desburocratizar e facilitar o registro de negócios jurídicos, desde que estejam consentâneos com as disposições legais sobre a matéria.

Nesses termos, tratando-se de significativo avanço na desburocratização da prática comercial, a adequação do instrumento particular como título causal para a transmissão da propriedade imobiliária com pacto de alienação fiduciária deve ser preservada e assegurada, já que fomentadora da criação e circulação de riquezas reais.

Conclusão

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. OLIVA, Milena Donato. Compartilhamento de garantias imobiliárias por meio da titularidade fiduciária. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol 21/2019, p. 207-231, Out-Dez/2019. DTR/2020/565.

A partir das considerações acima expostas, entendo que, ao editar os Atos Normativos 172, 175 e 177 de 2024 e restringir o alcance do art. 38 da Lei 9.514/97, o CNJ violou direito do impetrante.

Ante o exposto, concedo a ordem para garantir ao impetrante a possibilidade de formalização, por instrumento particular com efeitos de escritura pública, de alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis e de atos conexos, em todas as suas operações, nos termos autorizados pela Lei 9.514/97.

Determino ao CNJ a comunicação desta decisão à Corregedoria de todos os Tribunais de Justiça para adoção das providências cabíveis.

Publique-se. Comunique-se.

Brasília, 13 de dezembro de 2024.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente