

O papel do tabelião no ordenamento jurídico brasileiro e a interpretação do art. 38 da Lei 9.514/97

Gustavo TEPEDINO*

SUMÁRIO: 1. O papel do tabelião no sistema jurídico brasileiro. Garantia da ordem pública, mediante a tutela dos valores constitucionais: princípios da isonomia e da segurança jurídica. O tabelião como tradutor, decodificador, intérprete, intermediário e conselheiro dos declarantes. 2. Interpretação conjunta dos arts. 38 da Lei 9.514/97 e 108 do Código Civil. Aplicabilidade da segunda hipótese prevista pelo art. 38 da Lei 9.514/97 somente aos contratos de compra e venda celebrados em decorrência do contrato de alienação fiduciária em garantia. Necessidade de participação de entidades do Sistema Financeiro Imobiliário para a formalização do contrato de compra e venda por instrumento particular. 3. Síntese conclusiva.

Honra-nos Colégio Notarial do Brasil solicitando OPINIÃO DOUTRINÁRIA acerca da interpretação e aplicação do art. 38 da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. Para tanto, dividiu-se a presente Consulta em dois eixos temáticos, seguidos de breve síntese conclusiva.

1. O papel do tabelião no sistema jurídico brasileiro. Garantia da ordem pública, mediante a tutela dos valores constitucionais: princípios da isonomia e da segurança jurídica. O tabelião como tradutor, decodificador, intérprete, intermediário e conselheiro dos declarantes.

As atividades notariais e de registro se fundamentam no art. 236 da Constituição Federal, o qual estabelece sua delegação, pelo Poder Público, ao particular, determinando o Poder Constituinte que a lei infraconstitucional as disciplinará, estabelecendo (i) as responsabilidades civil e criminal dos notários, oficiais de registro e seus prepostos; (ii) a fiscalização de suas atividades; e (iii) os emolumentos a serem cobrados pelos atos praticados. Além disso, a norma constitucional determina que a investidura no cargo de notário depende de concurso público de provas e títulos. Confira-se a dicção do preceito constitucional:

* Professor Titular e Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino*. Advogado e parecerista em Direito Privado.

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.¹

Nesta esteira, editou-se a Lei 8.935/94, de 18 de novembro de 1994 (Lei dos Cartórios), com vistas a regulamentar os serviços notariais e de registro, em obediência ao art. 236 da Constituição Federal. O art. 3º² da Lei dos Cartórios estabelece que o tabelião (ou notário) é profissional do direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial. Como sublinhado pela doutrina especializada, “a ligação do tabelião com a administração pública cessa com o ato de sua nomeação para o cargo, e, uma vez investido de *fé pública* pela lei, passa a desempenhar a sua função social e jurídica com absoluta independência e total responsabilidade, da qual o Estado não participa”.³

Cuida-se, portanto, o notário de agente público delegado, que desempenha função pública em caráter privado, a partir de investidura por concurso público, sem, contudo, manter qualquer vínculo de subordinação ou hierarquia frente ao Estado, de modo a ser remunerado diretamente pelas partes por meio de custas ou emolumentos. Tal mecanismo assegura aos notários independência funcional, já que se submetem tão somente à fiscalização do Poder Judiciário, sem que haja qualquer interferência do Poder delegante no desempenho da função pública que lhe é atribuída.⁴

¹ Como observado em doutrina: “Esta categoria de profissionais, embora tradicional, pode ser considerada como uma das mais modernas instituições pertencentes ao sistema jurídico voltada para a sociedade, que impescinde de segurança e estabilidade nas diversas relações que envolvem os seus membros, obtida através da atuação sempre cautelosa desses operadores de direito” (Míriam Saccol Comassetto, *A Função Notarial como Forma de Prevenção de Litígios*, Porto Alegre: Norton, 2002, p. 91).

² “Art. 3º. Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”.

³ A. B. Cotrim Neto, *Tabelião*, in *Enciclopédia Saraiva*, vol. 72, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 25.

⁴ A respeito da matéria, v. Leonardo Brandelli, *Teoria Geral do Direito Notarial: de acordo com a Lei n. 11.441/2007*, São Paulo: Saraiva, 2007, 2. ed., p. 50. V. tb. Míriam Saccol Comassetto, *A Função Notarial como Forma de Prevenção de Litígios*, cit., p. 71.

Como corolário da atuação independente do notário, decorre sua responsabilização pessoal pelos atos praticados que gerem danos. Os notários responderão pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros na prática de atos próprios da serventia, assegurando-se-lhes direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos. Observe-se que a responsabilidade civil independe da criminal, aplicando-se, no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública.⁵

Dentre as funções desempenhadas pelos notários, destaca-se a de qualificar juridicamente a vontade das partes, elegendo o instrumento jurídico adequado aos seus interesses,⁶ de modo a garantir-lhes eficácia. O notário assessora, de maneira imparcial, as partes, qualifica a sua vontade e redige os instrumentos adequados, dotados de fé pública.⁷ Eis a razão pela qual o notário deve ser profissional do direito, com especial conhecimento da atividade que desempenha.

A escolha de tais instrumentos (instrumentação) traduz obrigação de resultado, isto é, incumbe ao tabelião, após interpretar e qualificar, do ponto de vista jurídico, a vontade das partes, escolher o instrumento adequado para veicular aludida vontade.⁸ A eleição de instrumento inadequado acarreta, assim, sua responsabilização por não atingimento do resultado.

Em consequência, ao atuar na orientação das partes, o notário age com imparcialidade, equilibrando as suas pretensões, de sorte a prevenir os litígios. Ao lado disso, o notário exerce as funções de autenticação e certificação, legitimando escritos e documentos particulares, e extraindo instrumentos públicos de suas notas e assentamentos.

Na didática síntese de Cláudio Martins, consistem em atribuições do tabelião:

“a) *autenticação e certificação*, oportunidade em que o notário, baseado na fé pública, legitima escritos e documentos particulares e extrai instrumentos públicos de suas notas e

⁵ Cfr., sobre o tema, Lair da Silva Loureiro Filho; Claudia Regina Magalhães Loureiro, *Notas e Registros Públicos*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

⁶ Leonardo Brandelli, *Teoria Geral do Direito Notarial: de acordo com a Lei n. 11.441/2007*, cit., p. 56.

⁷ Para uma análise da atividade formal e substancial do notariado, na perspectiva da legislação italiana, v. Giovanni Santarcangelo, *La forma degli atti notariali*, Roma: Casa Editrice Stamperia Nazionale, 2006, *passim*. Cf. tb. Biagio Brugi Mario Dossetto, *Atti pubblici*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. I, t. II, Torino: UTET, 1957, p. 1522 e ss. V. tb., no panorama brasileiro, Leonardo Brandelli, *Teoria Geral do Direito Notarial: de acordo com a Lei n. 11.441/2007*, cit., p. 75.

⁸ “Ao contrário da maioria dos profissionais, o tabelião, via de regra, tem obrigação de resultado (e não de meio) em relação ao aspecto instrumental, formal. O notário tem idênticas obrigações para com o cliente que o elege, bem como para aquele a quem a eleição é imposta; deve agir com imparcialidade” (Leonardo Brandelli, *Teoria Geral do Direito Notarial: de acordo com a Lei n. 11.441/2007*, cit., p. 88).

assentamentos; b) *assessoramento*, fase em que o cliente é orientado e assistido; c) *interpretação*, momento em que o tabelião enquadra a vontade declarada nos preceitos jurídicos correspondentes; e d) *instrumentação*, ou seja, a redução do negócio jurídico a fórmulas ou instrumento público que lhe garantam eficácia”.⁹

O texto da norma contida no art. 6º da Lei dos Cartórios não discrepa:

Art. 6º. Aos notários compete:

I - formalizar juridicamente a vontade das partes;

II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III - autenticar fatos.

Como se vê, as funções primordiais exercidas pelo tabelião podem ser agrupadas, fundamentalmente, em quatro espécies: (i) orientação e assessoramento das partes, com imparcialidade; (ii) interpretação e qualificação jurídica do negócio pretendido pelos contratantes; (iii) redução do negócio ao instrumento conveniente que lhe garanta eficácia; bem como (iv) a autenticação e certificação de documentos.¹⁰

⁹ Cláudio Martins, *Direito Notarial*, Universidade Federal do Ceará, 1974, pp. 91-92, in *Enciclopédia Saraiva*, vol. 72, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 24. Cf., sobre o tema, Míriam Saccol Comassetto, *A Função Notarial como Forma de Prevenção de Litígios*, cit., pp. 69-72. Na doutrina italiana, Giovanni Santarcangelo, *La forma degli atti nottari*, cit., p. 24 e ss. V. tb. Marcello Di Fabio, *Notaio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milano: Giuffrè, 1978, pp. 607-608: “Pode-se falar dos atos notariais com referência ao perfil formal típico, que constitui uma categoria especial de atos públicos (...) ou com referência a bem mais complexa *fattispecie* global do ato recebido pelo notário, que se tipifica não apenas sob o aspecto formal, mas sob uma série de outros aspectos – administrativos, fiscais, publicitários, valorativos – que o tornam um produto inconfundível no mundo do direito: o ‘negócio jurídico notarial’, como é competentemente definido. Sob este segundo aspecto, o ‘negócio jurídico notarial’ constitui uma das mais incisivas manifestações da intervenção da administração pública no campo do direito privado, intervenção denominada ‘administração pública do direito privado’ (...)” (tradução livre). No original: “Di atti notarili si può parlare con riferimento al profilo formale tipico, che ne fa una speciale categoria di atti pubblici (...), ovvero con riguardo alla ben più complessa *fattispecie* globale dell’atto ricevuto dal notaio, che si tipizza non solo sotto l’aspetto formale, ma sotto una serie di altri aspetti – amministrativi, fiscali, pubblicitaria, valutari – che ne fanno un ‘prodotto’ inconfondibile nel mondo del diritto: ‘il negozio giuridico notarile’, come è stato autorevolmente definito. Sotto questo secondo aspetto, il ‘negozio giuridico notarile’, costituisce una delle più incisive manifestazioni dell’intervento della pubblica amministrazione nel campo del diritto privato, intervento designato ‘ammistrazione pubblica del diritto privato’(...)”.

¹⁰ As diversas atribuições do notariado, seus princípios fundamentais e responsabilidades nos diversos campos de atuação são passados em revista por um conjunto de textos in Stefano Pagliantini, *Il diritto vivente nell’età dell’incerteza*, Torino: Giappichelli Editori, 2011.

Por outro lado, há de se reconhecer relevante papel desempenhado, no âmbito social, pelo tabelião, ao fiscalizar o recolhimento de tributos (art. 30, XI, Lei 8935/94; Decreto 93.240/86; art. 257, I, b; art. 263, Decreto 3.048/99; art. 134, VI, CTN); e informar à Receita Federal quanto às operações imobiliárias de aquisição ou alienação de imóveis, realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de seu valor, referentes aos instrumentos lavrados no cartório (art. 2º, IN SRF 473/2004).¹¹

O tabelião, ao desempenhar aludidas funções, cuja atribuição tem por fundamento a Constituição da República, permite que o Estado, por seu intermédio, garanta a força expansiva da autonomia privada, assegurando, a um só tempo, certeza e segurança jurídica¹², de modo a evitar litígios e acautelando direitos, a denotar seu relevante papel na consecução da paz social.¹³

¹¹ Conforme observado em doutrina, as informações dos atos lavrados nas serventias “estabelecem o esteio para a elaboração de diversos bancos de dados, e, por consequência, permite ao Estado proceder o planejamento de ações governamentais” (Juliana Follmer Bortolin Lisboa, *A Força Normativa da Constituição como Paradigma do Atual Direito Notarial e Registral Brasileiro na Busca da Segurança Jurídica*, in *Revista de Direito Notarial*, vol. III, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 111).

¹² “Os notários, através de sua fé pública, revestem as relações jurídicas de certeza e estabilidade. Assim sendo, verifica-se que somente a fé pública notarial é capaz de tornar um documento que expresse uma manifestação de vontade, autêntico e inquestionável. Como decorrência disso, os tabeliões são plenamente responsáveis pelos atos que praticam, nas diversas esferas, respondendo por desvios, deslizos e práticas incorretas na sua profissão” (Míriam Saccol Comassetto, *A Função Notarial como Forma de Prevenção de Litígios*, cit., pp. 75-77). V. tb. na doutrina estrangeira: “É, de fato, notório e pacífico que o notário concentra em si uma dúlice qualidade: aquela de oficial público e aquela de especialista. (...) A doutrina mais recente qualifica estes sujeitos como titulares de *munus* público, exercendo por substituição atividades públicas. As duas qualificações correspondem à duplicidade de interesses que encontram proteção na atividade notarial: interesses públicos, aqueles referentes à regular explicação do ofício notarial; interesses privados, relativos ao que as partes regulam no ato notarial. As duas qualificações encontram, além disso, justificativa e confirmação nas funções assinaladas, a consistir fundamentalmente no receber os atos entre vivos e de última vontade, atribuir-lhes fé pública, conservar-lhes o depósito, emitir as cópias, os certificados e os estratos: trata-se, então, de uma atividade direta a atribuir certeza legal (certificação) aos fatos jurídicos e, em modo especial, aos negócios jurídicos, e ainda a preconstituir os meios de prova legal dos próprios fatos (documentação)” (Marco Matra, *Notariato ed archivi notariali*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, Torino: UTET, 1965, p.358; tradução livre). No original: “È infatti noto e pacifico che il notaio accentra in sè una duplice qualità: quella di *pubblico ufficiale* e quella di professionista. (...) La più recente dottrina qualifica questi soggetti, titolari di *munera* pubblici, *esercanti per sostituzione pubbliche attività*. Le due qualifiche corrispondono alla duplicità degli interessi che trovano protezione nell’attività notarile: interessi pubblici, quelli concernenti la regolare esplicazione dell’ufficio notariale, interessi privati, quelli che le parti regolano nell’atto notariale. Le due qualifiche trovano, inoltre, giustificazione e conferma nella duplice e distinta attività che il Notaio adempie alla pubblica funzione assegnatagli, consiste fundamentalmente nel *ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie, i certificati e gli estratti*: trattasi, quindi, di un’attività diretta ad attribuire legale certezza (*certificazione*) ai fatti giuridici ed, in special modo, ai negozi giuridici, nonché a precostituire i mezzi di prova legale dei fatti stessi (*documentazione*)”.

¹³ “Aí está o fundamento, a beleza e a importância do direito notarial: a intervenção estatal na esfera de desenvolvimento voluntário do direito buscando a certeza e seguranças jurídicas preventivas, evitando litígios, acautelando direitos, dando certeza às relações, e sendo, portanto, um importante instrumento na consecução da paz social” (Leonardo Brandelli, *Teoria Geral do Direito Notarial: de acordo com a Lei n. 11.441/2007*, cit., pp. 84-85).

A atuação do tabelião promove a segurança jurídica, ao assessorar, com imparcialidade, as partes na persecução de seus interesses e concretização de seus direitos, garantindo a observância das normas do ordenamento jurídico brasileiro e a adoção dos instrumentos jurídicos adequados, de sorte a evitar conflitos¹⁴. Tal é a perspectiva a ser analisada relativamente à atuação do tabelião na pacificação de conflitos e na proteção do valor constitucional da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, C.R.), a consubstanciar instrumento fundamental do Estado para o desenvolvimento das relações jurídicas.

Por outro lado, e talvez mais importante na atuação acima descrita, especialmente no assessoramento das partes, interpretação e qualificação jurídica, o notário age como intermediário entre relações contratuais de transferência de bens, nas quais, presume corretamente o legislador, há assimetria de informações entre as partes quanto ao conhecimento técnico do que negociam, quanto à linguagem empregada e mesmo quanto às características do bem, normalmente conhecidas pelo vendedor, não pelo comprador. Assim, ao lavrar a escritura, o oficial promove o princípio constitucional da isonomia (arts. 3º, III, e, 5º, *caput*, C.R.), na medida em que aproxima as intenções reais das partes às suas vontades declaradas, preservando a igualdade de oportunidades, informações e conseqüente tutela jurídica. A formalização dos atos, portanto, nessa medida, se torna instrumento de tutela existencial.

Daí porque mostrar-se reducionista o debate em torno da forma pública voltado exclusivamente para os custos e rapidez das transações, aspectos que parecem seduzir muitos setores do mercado.¹⁵

A forma insere-se, na técnica do direito civil, como elemento essencial na ordem pública, representando, na tradição romano-germânica, instrumento para a proteção dos contratantes, que têm no oficial do registro o intérprete, o decodificador de intenções negociais nem sempre claras, o promotor da igualdade formal e substancial entre as partes.

¹⁴ Sobre o tema, Gianluca Navone, *Scrittura privata autenticata e controllo notarile di legalità*, in Stefano Pagliantini, *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza*, cit., p. 129 e ss. Na perspectiva do direito brasileiro, amplamente, Míriam Saccol Comassetto, *A Função Notarial como Forma de Prevenção de Litígios*, cit., *passim* e esp. pp. 125-139.

¹⁵ Para uma refinada análise da eficiência do notariado *vis a vis* dos custos das transações na perspectiva do direito comparado, v. Ugo Mattei, *Regole sicure; analisi economico-giuridica comparata per il notariato*, Milano: Giuffrè, 2006.

Na esteira dessas considerações, conceituada doutrina associa o ato do notário, que reduz no instrumento público a vontade manifestada pelas partes, à singular atividade de *tradução*:

tradutor: esta palavra, do latim *trans ducere*, significa propriamente transpor, ir além; e exprime por isso a ideia de uma distância que é superada. Se entre dois, os quais falando línguas diferentes, não conseguem se entender, pretendemos estabelecer uma ponte (como entre duas partes divididas por um rio), surgindo justamente a figura de um intermediário, o qual cumpre o idêntico ofício que os romanos atribuíam ao nuncio (...) A verdade é esta: que nós juristas nos servimos, por necessidade, de especiais conceitos técnicos, e como o veículo dos conceitos técnicos são as palavras, adotamos ou palavras diversas das ordinárias ou palavras ordinárias com significados especiais.¹⁶

Esta necessidade absoluta de “utilização de palavras diversas das ordinárias ou palavras ordinárias com significados especiais” redimensiona o papel do notário, o qual, dotado de fé pública, e vinculado a numerosos e gravosos deveres funcionais para a promoção dos valores constitucionais acima anunciados, deve, por vezes, “operar profundas modificações na estrutura verbal das declarações das partes, modificações que o oficial leva ao conhecimento delas mediante a leitura do texto do documento, texto que as partes aprovam e o fazem próprio no exato momento em que o subscrevem”.¹⁷

Na mesma vertente, afirma Natalino Irti que o notário escolhe zelosamente e harmoniza as palavras de que se utiliza, como se tivessem sido pronunciadas pelas próprias partes interessadas, de modo a “desenvolver um seguro *controle de*

¹⁶ Francesco Carnelutti, *La figura giuridica del notaro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Padova: Cedam, 1951, p. 926. No original: “*traduttore: quest’ultima parola, dal latino trans ducere, significa propriamente recare al di là; ed esprime perciò l’idea di una distanza che viene superata. Se tra due, i quali, parlando due lingue differenti, non riescono ad intendersi, vogliamo stabilire un ponte (come tra due che sono divisi da un fiume), compare appunto la figura di un intermediario, il quale compie l’identico ufficio che i romani assegnando al nuntius (...) La verità è questa: che noi giuristi ci serviamo, per necessità, di speciali concetti tecnici, e siccome il veicolo dei concetti sono le parole, adoperiamo o parole diverse dalle ordinarie o parole ordinarie con significato speciale*”.

¹⁷ F. Tommaso, *L’atto pubblico nel sistema delle prove documentali*, in *Rivista del notariato*, 1998, p. 603. No original: “*l’ufficiale rogante può anche operare profonde modificazioni nella struttura verbale delle dichiarazioni delle parti, modificazioni che egli deve portare a loro conoscenza mediante la lettura del testo del documento, testo che le parti approvano e fanno proprio nel momento stesso in cui lo sottoscrivono*”. V. tb. Natalino Irti, *Ministero notarile e rischio giuridico dell’atto*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova: Cedam, 1997, p. 209.

legalidade, ou melhor, de *viabilidade jurídica*: ele não se faz juiz dos interesses privados nem do mérito do negócio, mas sugere, predispõe um *texto conforme à lei*".¹⁸

Vale sublinhar, ainda uma vez, esse controle de legalidade preventivo atribuído ao notariado, o qual, superando, com o seu conhecimento técnico, o risco do desequilíbrio no acordo de interesses, especialmente em virtude da assimetria de informações entre as partes, assegura, a um só tempo, o respeito à vontade efetiva dos declarantes e à igualdade constitucional.

Tal ângulo de visão justifica o enorme prestígio do notário em países de tradição romano-germânica, sendo clássica a lição de Salvatore Satta, da qual se pode extrair que o notário, longe de se limitar a ser um mero "registrador de textos", ou "instrumento passivo das declarações das partes", atua de maneira proativa na compreensão, apuração, transmissão e preservação da vontade negocial.¹⁹

2. Interpretação conjunta dos arts. 38 da Lei 9.514/97 e 108 do Código Civil. Aplicabilidade da segunda hipótese prevista pelo art. 38 da Lei 9.514/97 somente aos contratos de compra e venda celebrados em decorrência do contrato de alienação fiduciária em garantia. Necessidade de participação de entidades do Sistema Financeiro Imobiliário para a formalização do contrato de compra e venda por instrumento particular.

Atento ao papel do tabelião na garantia dos valores constitucionais da segurança jurídica e da igualdade, o legislador do Código Civil estabeleceu, no art. 108 do Código Civil, a obrigatoriedade da escritura pública para os negócios que versem acerca de direitos reais sobre imóveis de valor acima de 30 salários mínimos, exceto nas hipóteses em que a lei autorize a adoção do instrumento particular. Confira-se o teor da norma:

¹⁸ Natalino Irti, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, cit., p. 209. No original, vale transcrever trecho mais amplo: "Nel raccogliere la volontà delle parti, nell'interrogarle ed orientarle e poi nel confezionare in testo linguistico dell'accordo, il notaio svolge un sicuro controllo di legalità o, meglio, de *realizzabilità giuridica*; egli non si fa giudice e degli interessi privati, né del merito del negozio, ma suggerisce e predispone un *testo conforme alla legge*".

¹⁹ Salvatore Satta, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Padova: Cedam, 1955, p. 268. Com fina ironia, o grande processualista confuta a visão da atividade notarial como procedimento passivo, que se diferenciaria de um registrador automático "*solo per la sua minore precisione*".

Art. 108. Não dispendo 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.

Como se depreende da leitura do dispositivo, a norma condiciona a validade do negócio jurídico de constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo à utilização da escritura pública. Consiste a escritura pública, por isso mesmo, em requisito de validade do negócio jurídico, de sorte que a sua ausência implica a nulidade do negócio.²⁰

Por se tratar de forma essencial à substância do ato, tais negócios, cuja validade depende da observância de determinada forma, afiguram-se solenes ou *ad solenitatem*.²¹ Como se sabe, a regra no direito contratual brasileiro é a da liberdade das formas, como expressão da livre iniciativa dos particulares (art. 170, C.R.), de modo que apenas o consenso tem o condão de vincular os contratantes. Todavia, para alcançar a proteção dos valores acima examinados, o legislador mostra-se inflexível no controle de validade das hipóteses em que o instrumento formal se constitui em requisito de validade do negócio jurídico.²²

A observância da forma, portanto, nas hipóteses previamente valoradas e especificadas pelo legislador, visa a garantir, mercê da intervenção do notário, dotado de fé pública e delegatário da atuação do Poder Público, a promoção de determinados valores caros ao

²⁰ Sobre a nulidade de escrituras públicas e os efeitos do ato nulo, Giovanni Perlingieri, *Sanatoria e responsabilità del notaio*, in Stefano Pagliantini, *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza*, cit., p. 113 e ss. Na dogmática brasileira, v. Eduardo Espinola, *Manual do Código Civil Brasileiro*, vol. III, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929, pp. 173-187. V. tb., à luz do Código Civil atual, Álvaro Villaça Azevedo, *Código Civil Comentado*, vol. II, São Paulo: Atlas, 2003, pp. 58-59. E, ainda, Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, *Os Títulos Particulares no Registro de Imóveis*, in *Revista de Direito Notarial*, n° 2, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 129 e ss.

²¹ Na lição de Emilio Betti: “O caráter formal do negócio, implica que ao seu preceito não possa ser, validamente, dada vida, se não pela forma predeterminada e exclusivamente por ela (...) O negócio desprovido da forma exigida para a sua constituição (*ad substantiam*), é nulo, não apenas anulável. E a nulidade não se sana mediante conservação: é preciso a renovação do negócio segundo as formas prescritas, ou seja, um novo negócio, que se sobrepõe ao precedente, absorvendo-lhe o conteúdo preceptivo” (*Teoria geral do negócio jurídico*, Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, pp. 402-405). Na doutrina brasileira, v. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 491-493.

²² “A hodierna finalidade da forma é, sobretudo, a de assegurar, contra qualquer dúvida, a univocidade do ato, e de lhe garantir a seriedade, tornando bem claro, a quem o realiza, que o ato tem conseqüências sociais que são maduramente ponderadas. A lei hodierna só sente esta necessidade para os atos de conseqüências mais graves: entende-se, por isso, que, para os outros atos, a forma é como regra geral, livre, não estando vinculada à exigência de qualquer solenidade” (Emilio Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, cit., p. 403).

sistema e que compõem a ordem pública interna. Por conseguinte, a ausência de forma resulta na nulidade do contrato.²³

Se a forma integra o perfil essencial do negócio e, portanto, de seu conteúdo, o elemento formal não pode permanecer insensível aos aspectos funcionais do regulamento de interesses.²⁴ Como anteriormente observado, a forma, em determinadas hipóteses individuadas pelo legislador, desempenhará função relevante na tutela dos interesses dos contratantes, em favor da igualdade das partes e da simetria das informações convergentes, sendo por isso mesmo imperiosa a sua observância. Na insuperável lição de Perlingieri:

A garantia da parte e a certeza do fato – que representam o interesse prevalente – são obtidos mediante a técnica do formalismo. A utilização da forma legal responde a uma política do direito que, tanto nos fatos constitutivos quanto nos modificativos, regulamentares ou extintivos da relação, tende a garantir, tutelar e promover os interesses merecedores de proteção em grau maior, especialmente se em resposta às exigências dos sujeitos que, no âmbito do sistema, têm um estatuto de favor e com relação aos quais se justifica ainda mais a atenção do legislador ordinário. *Assim, sobre a forma não basta declarar a existência ou inexistência mas é necessário também perguntar-se para que serve.*²⁵

²³ Para uma análise exaustiva do documento público, como *species* do *genus* documento, que se caracteriza pela forma peculiar que lhe atribui “o crisma da publicidade”, no âmbito da atividade documental do notariado, v. Giovanni Santarcangelo, *La forma degli atti nottari, cit.*, p. 14 e ss.

²⁴ “Se causa e objeto não são elementos externos ao acordo e se a forma é perfil essencial do acordo e portanto do conteúdo, a forma não pode ser ausente ou permanecer insensível aos aspectos funcionais do arranjo negocial. (...) A forma é inseparável do conteúdo e o negócio mesmo não é relegável ao plano da estrutura, da *fattispecie* e de seus requisitos mecanicamente descritos, mas é de se considerar qual o ordenamento do caso concreto, valor a integrar e a confrontar com o sistema do ordenamento, como uma parte do todo em estreita indissolubilidade lógica e histórica” (Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, pp. 426-427). No original: Se causa e oggetto non sono elementi esterni all’acordo e se la forma è profili essenziale dell’accordo e quindi del contenuto, la forma non può essere assente o rimanere insensibile agli aspetti funzionali dell’assetto negoziale. (...) La forma è inseparabile dal contenuto e lo stesso negozio non è relegabile al piano della struttura, della *fattispecie* e dei suoi requisiti meccanicisticamente descritti, ma è da considerare quale ordinamento del caso concreto, valore da integrare e confrontare con il sistema dell’ordinamento, come una parte al tutto in stretta indissolubilità logica e storica”.

²⁵ Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 427-428; grifou-se. No original: “La garanzia della parte e la certezza della vicenda – che rappresentano l’interesse prevalente – sono conseguite mediante le tecniche del formalismo. L’utilizzazione della forma legale risponde ad una politica del diritto che, tanto nelle vicende costitutive quanto in quelle modificative, regolamentari o estintive del rapporto, tende a garantire, tutelare e promuovere interessi maggiormente meritevoli specie se rispondenti alle esigenze di soggetti che nell’ambito del sistema hanno uno statuto di favore e verso i quali si giustifica ancor più l’attenzione del legislatore ordinario. Sì che della forma non basta asserire l’esistenza o inesistenza ma è necessario anche chiedersi a che serve”.

Compreende-se dessa maneira o art. 108 do Código Civil, de acordo com a qual os 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 não de observar a escritura pública. Em contratos desta natureza, a forma revela-se essencial à constituição do ato, precisamente por garantir a segurança jurídica no âmbito dos valores patrimoniais e existenciais tutelados. Assim sendo, apenas com autorização legal específica, e circunscrita ao espectro de incidência definido pelo legislador, os negócios imobiliários poderão adotar instrumento particular.

Pode-se afirmar, nesta direção, que, nos negócios imobiliários, vige a regra de observância imperativa da forma por instrumento público, admitindo-se, em caráter excepcional, nas hipóteses indicadas especificamente pelo legislador, o emprego do instrumento particular. Tais hipóteses, evidentemente, encontram justificativa na percepção, pelo legislador, de que o instrumento particular, dadas as excepcionais circunstâncias subjetivas e objetivas em que é elaborado, mostra-se suficiente a tutelar os mesmos valores protegidos pela atuação do oficial público.

Dentre estas hipóteses nas quais o legislador autoriza o instrumento particular em contratos que versem acerca de direitos reais sobre imóveis situa-se o art. 38 da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, o qual dispõe:

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 instrumento particular, com efeito de escritura pública.

Indaga o Consultante acerca da interpretação do aludido dispositivo, verificando-se em que medida e em quais circunstâncias os atos e contratos referidos na Lei 9.514/97 ou resultantes de sua aplicação poderão ser celebrados por instrumento particular.

A abrangência do dispositivo há de ser definida pela identificação das circunstâncias subjetivas e objetivas que justificam a equivalência, excepcionalmente cogitada pelo art. 38 da Lei 9.514/97, do instrumento particular ao instrumento público, este previsto

como regra geral, de ordem pública, nos negócios imobiliários, nos termos do art. 108 do Código Civil.

Diga-se, entre parênteses, que o dispositivo em análise sofreu sucessivas alterações de redação no processo legislativo, chegando-se à forma atual, mais restritiva, após fracassada tentativa de alargar a incidência do preceito. Com efeito, em sua redação original, o artigo dispunha que “os contratos resultantes da aplicação desta 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”.²⁶

O dispositivo, como se vê, excetuava da obrigatoriedade da adoção da forma pública os contratos resultantes da lei sobre a alienação fiduciária celebrados com pessoa física como destinatária final da operação.

Posteriormente, a Medida Provisória 2.223/2001 conferiu nova redação ao artigo 38, passando a dispor que “os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária, de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real e, bem assim, quaisquer outros atos e contratos resultantes da aplicação desta lei, mesmo aqueles constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública, para todos os fins de direito, não se lhes aplicando a norma do artigo 134, II, do Código Civil”.

A redação, mais abrangente, atribuiu ao instrumento particular a força de escritura pública, suprimindo a restrição anterior relativa aos negócios que tivessem como beneficiária final da operação a pessoa física. De todo o modo, o dispositivo, mais uma vez, excetua os negócios celebrados em razão da alienação fiduciária em garantia da regra geral dos negócios imobiliários quanto à necessidade de observância da escritura pública.

Em seguida, a Lei 10.931/2004 atribuiu nova redação ao dispositivo, com o seguinte teor: “Os contratos de compra e venda com financiamento e 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”.

²⁶ O artigo 134, II, foi substituído, no Código Civil de 2002, pelo artigo 108.

Novamente o legislador optou por atribuir caráter de escritura pública aos instrumentos particulares, diminuindo o rol de negócios passíveis de celebração por instrumento particular. Reafirmou, portanto, a regra do artigo 108 do Código Civil, figurando os contratos enumerados no art. 38 como hipótese excepcional de utilização do instrumento particular.

Por fim, a terceira e última alteração, quarta redação da norma, foi dada pela Lei 11.076/2004, a qual se encontra atualmente vigente. Transcreva-se, por oportuno, ainda uma vez, o dispositivo: “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 instrumento particular com efeitos de escritura pública”.

Em redação mais restritiva, o art. 38 não atribuiu ao instrumento particular o caráter de escritura pública, como se verificava anteriormente. Ao contrário, elegeu como regra geral para os contratantes a utilização da escritura pública, se referindo, em seguida, ao instrumento particular com efeitos de escritura pública.

De acordo com a literalidade do aludido art. 38, mostra-se possível a realização dos atos e contratos referidos pela lei ou “resultantes de sua aplicação” por instrumento particular. Os contratos referidos pela lei consistem nos contratos de alienação fiduciária, definidos no art. 22, Lei 9.514/97, *in verbis*:

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.

Pelo contrato de alienação fiduciária em garantia, o devedor (fiduciante) demite-se do direito de propriedade de bem imóvel em favor do credor (fiduciário), o qual obtém a propriedade resolúvel do bem, com o escopo de garantia de determinada dívida, em geral relativa à obrigação de pagar o saldo de financiamento imobiliário. O fiduciante, por sua vez, passa a deter direito real de aquisição sob condição suspensiva, especificamente a quitação da dívida e seus encargos. Opera-se, assim, o desdobramento da posse sobre o bem imóvel, permanecendo a posse direta com o devedor (fiduciante) e a posse indireta com o credor (fiduciário) (art. 23, parágrafo

único²⁷, Lei 9.514/97). O fiduciante, tendo a posse direta, é responsável pelo pagamento de todos os impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, até a data em que o fiduciário ou seus sucessores sejam imitidos ou reintegrados na posse (art. 27, § 8^o²⁸, Lei 9.514/97).

O conteúdo do contrato de alienação fiduciária em garantia é disciplinado nos arts. 22 a 24, Lei 9.514/97, devendo conter, como cláusulas indispensáveis, aquelas atinentes ao valor do principal da dívida; prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; taxa de juros e os encargos incidentes; cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária, e indicação do título e modo de aquisição; cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; cláusula dispendo sobre os procedimentos de que trata o art. 27 da Lei 9.514/1997.²⁹ Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel.

Ao tipificar o contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, o art. 22 acima transcrito admite, evidentemente, que referido negócio jurídico possa ser celebrado por qualquer particular, seja ou não integrante do Sistema Financeiro Imobiliário. Do ponto de vista formal, o art. 38 prevê duas hipóteses de instrumentalização do contrato. Ao lado do instrumento público ali expressamente mencionado, que, em consonância com o art. 108 do Código Civil, deve ser observado como regra geral, permite-se excepcionalmente a adoção de instrumento particular, desde que mediante a participação de entidades do Sistema Financeiro Imobiliário.

Para que se admita, portanto, o instrumento particular, exige o legislador a presença de circunstâncias objetiva e subjetiva.

²⁷ “Art. 23. (...) Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel”.

²⁸ “Art. 27. (...) § 8^o Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitido na posse”.

²⁹ Melhim Namem Chalhub, *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. Aspectos da Formação, Execução e Extinção do Contrato*, in *Revista de Direito Imobiliário*, n.º. 63, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 86. Sobre a matéria, v. Cândido Rangel Dinamarco, *A Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*, in *Revista de Direito Imobiliário*, n.º. 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 236-237.

Do ponto de vista objetivo, o contrato de alienação fiduciária em garantia poderá ser firmados por instrumento particular, em consonância com o disposto no art. 38, Lei 9.514/97, por se incluir dentre os contratos referidos por esta Lei, a circunscrever, assim, nos tipos ali descritos, o espectro da excepcionalidade.

Além desta modalidade contratual, o contrato de compra e venda do bem imóvel subjacente ao contrato de alienação fiduciária em garantia, embora não expressamente referido pela Lei 9.514/97, é por esta cogitado. Com efeito, os contratos de compra e venda dos bens imóveis inserem-se naqueles contratos “resultantes de sua aplicação [da Lei 9.514/97]”, os quais são assinados em decorrência da alienação fiduciária em garantia. Cuida-se de contratos coligados³⁰, de modo que o contrato de compra e venda decorre do contrato de alienação fiduciária em garantia.³¹ Vale dizer, o contrato de compra e venda apenas é assinado em razão da celebração de contrato de alienação fiduciária em garantia, que permitirá a liberação de recursos para a aquisição do bem imóvel pretendido.³²

Incluem-se também na expressão “resultantes de sua aplicação” os contratos decorrentes de leilão público mencionado no art. 27 da Lei 9.514/97.³³

A tal circunstância objetiva (natureza dos negócios previstos expressamente pela lei), o legislador assegura-se, no mesmo diploma legal, para a admissão do instrumento particular (segunda hipótese prevista pelo art. 38), da presença da entidade autorizada

³⁰ Sobre a noção de contrato coligado, leciona Francesco Galgano: “aqui não existe um único contrato, mas uma pluralidade coordenada de contratos, que conservam cada um uma causa autônoma, ainda que todos reunidos almejem e atuem em unitária e complexa operação econômica” (*Il negozio giuridico*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 108-109; tradução livre). No original: “qui non c’è un unico contratto, ma una pluralità coordinata di contratti, che conservano ciascuno una autonoma causa, anche se nel loro insieme mirano ad attuare una unitaria e complessa operazione economica”.

³¹ Quanto ao espectro de incidência do art. 38, afirma-se abranger “todos os atos e contratos relacionados à comercialização de imóveis e à constituição de garantias imobiliárias previstas na Lei n° 9.514/97 ou resultantes dela”. (...) Portanto, a compra e venda, desde que com financiamento nas condições do sistema de financiamento imobiliário, é resultante da aplicação da Lei n° 9.514/97 e, conseqüentemente, pode ser formalizada por instrumento particular” (Melhim Namem Chalhub, *Negócio Fiduciário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 234-235). V. tb., criticamente, Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, *Os Títulos Particulares no Registro de Imóveis*, cit., pp. 136-139, para o qual os objetivos sociais perseguidos pelo legislador, ao prever o instrumento particular, com a finalidade de propiciar “economia de tempo e despesas para o adquirente (em razão dos procedimentos adotados e dos valores cobrados pelas entidades do SFH)”, observação aplicável também à hipótese regulada pelo art. 38, Lei 9.514/97, nem sempre são atingidos, em desfavor da segurança jurídica.

³² Sobre a utilização de contratos coligados de compra e venda e alienação fiduciária em garantia na comercialização de unidades integrantes de incorporação imobiliária, v. Melhim Namem Chalhub, *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. Aspectos da Formação, Execução e Extinção do Contrato*, cit., pp. 85-86.

³³ Sobre o tema, v. Adroaldo Furtado Fabrício, *A Alienação Fiduciária de Imóveis Segundo a Lei n° 9.514/97*, in Revista da AJURIS, vol. 26, n° 80, Porto Alegre: AJURIS, 2000, pp. 362-363.

a operar no Sistema Financeiro Imobiliário³⁴ (art. 2º³⁵, Lei 9.514/97), à qual é atribuído o dever de assegurar a viabilidade contratual e zelar pela compatibilidade das declarações de vontade ao conteúdo e ao escopo contratual pretendido pelas partes. Eis a circunstância subjetiva que integra a *ratio* do dispositivo, a justificar a flexibilização do instrumento público previsto no art. 108 do Código Civil.

Assim sendo, as partes poderão se valer do instrumento particular nos contratos de compra e venda com financiamento imobiliário se (e somente se) houver a participação de entidades autorizadas a operar no Sistema Financeiro Imobiliário (art. 2º, Lei 9.514/97), as quais irão financiar a compra e venda. Dito por outros termos, para que esses contratos de compra e venda sejam celebrados por instrumento particular, a teor do disposto no art. 38, Lei 9.514/97, devem ser concretizados com os recursos de financiamento obtidos nas condições da mesma Lei 9.514/97.

Insista-se: os contratos de compra e venda com financiamento imobiliário podem ser formalizados por instrumento particular, desde que haja a participação de entidade do Sistema Financeiro Imobiliário na qualidade de parte. Eis a *ratio* do art. 38 da Lei 9.514/97, o qual abre mão da obrigatoriedade, ali expressamente reiterada, da observância do instrumento público em negócios imobiliários, justamente por exigir a participação, nos contratos resultantes da aplicação da Lei 9.514/97, de entidades do Sistema Financeiro Imobiliário. Estas, por se submeterem a rígido controle legal em sua atuação, podem excepcionalmente fazer as vezes do tabelião, intérprete e tradutor das vontades das partes, para garantir a igualdade e a paridade das informações disponíveis, de molde a preservar os valores constitucionais perseguidos em todo o sistema imobiliário, a partir do art. 108 do Código Civil.

³⁴ O Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), regulado pela Lei 9.514/97, foi criado com o objetivo de propiciar o financiamento imobiliário em geral segundo as condições de mercado e observadas as regras previstas no diploma mencionado, distintas, diga-se, das regras que disciplinam o Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Como sublinhado em doutrina: “O Sistema Financeiro Imobiliário (SFI) tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos. (...) As operações de financiamento imobiliário em geral serão livremente efetuadas pelas entidades autorizadas a operar no SFI, segundo condições de mercado e observadas as prescrições legais. Nas operações poderão ser empregados recursos provenientes da captação nos mercados financeiros e de valores mobiliários, de acordo com a legislação pertinente. (...)” (Lair da Silva Loureiro Filho; Cláudia Regina Magalhães Loureiro, *Notas e Registros Públicos*, cit., pp. 385-392). V. tb. Bruno Mattos e Silva, *Compra de Imóveis: Aspectos Jurídicos, Cautelas Devidas e Análise de Riscos*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 343.

³⁵ “Art. 2º. Poderão operar no SFI as caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo, as companhias hipotecárias e, a critério do Conselho Monetário Nacional - CMN, outras entidades”.

A interpretação que ampliasse o espectro de incidência da segunda hipótese cogitada pelo art. 38, Lei 9.514/97, para permitir a celebração de contratos de compra e venda por instrumento particular sem a participação de entidades autorizadas, fragmentaria o sistema, perdendo-se de vista os valores perseguidos pelo ordenamento com a previsão do requisito formal nos negócios imobiliários. Criar-se-ia, em última análise, situação anômala na qual os contratos de compra e venda de negócio imobiliário, mais simples, se sujeitariam à escritura pública, mediante aplicação do art. 108 do Código Civil, ao passo que os contratos de compra e venda de negócio imobiliário assinados em decorrência da alienação fiduciária em garantia, de maior complexidade, e em que há maior risco de assimetria de informações entre os contratantes, poderiam ser firmados por instrumento particular.

De outra parte, tal interpretação ampliativa tornaria incompreensível o art. 108 do Código Civil, o qual, repita-se, se constitui na regra geral do sistema de registro, a propiciar até mesmo a fraude à lei³⁶, nos casos em que, por exemplo, os particulares assumissem irrisório financiamento apenas para legitimar o instrumento particular, sem a presença de instituição do Sistema Financeiro Imobiliário que garantisse a segurança ao ato e a proteção dos valores constitucionais almejada pela publicidade do registro. Vislumbra-se, ainda, a possibilidade, diante do abrandamento inadequado dos requisitos de forma, de aceitação do instrumento particular para a consolidação, no patrimônio de instituição financeira estrangeira, da propriedade de imóveis rurais, por elas fiduciariamente financiados, nos termos do art. 27 da Lei 9.514/97, a despeito da exigência da forma pública expressamente contida nos arts. 1º, §1º³⁷, 8º³⁸ e 11º³⁹, da lei 5709/71. Estar-se-ia diante da *déblacle* do instrumento público.

³⁶ A respeito do tema, v., por todos, Regis Fichtner, *Da Regra Jurídica Sobre Fraude à Lei*, in *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, vol. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, *passim*.

³⁷ “Art. 1º. O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei. § 1º - Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior”.

³⁸ “Art. 8º. Na aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira, física ou jurídica, é da essência do ato a escritura pública”.

³⁹ “Art. 11. Trimestralmente, os Cartórios de Registros de Imóveis remeterão, sob pena de perda do cargo, à Corregedoria da Justiça dos Estados a que estiverem subordinados e ao Ministério da Agricultura, relação das aquisições de áreas rurais por pessoas estrangeiras, da qual constem os dados enumerados no artigo anterior. Parágrafo único. Quando se tratar de imóvel situado em área indispensável à segurança nacional, a relação mencionada neste artigo deverá ser remetida também à Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional”.

Por tais razões, apenas a participação de entidade do Sistema Financeiro Imobiliário nos contratos de compra e venda com alienação fiduciária em garantia justificaria a possibilidade de adoção do instrumento particular.

Na lógica do sistema, convém repisar, as entidades do Sistema Financeiro Imobiliário encontram-se aptas a preservar a segurança jurídica dos contratos de compra e venda firmados por instrumento particular, desempenhando excepcionalmente a função de controle que, em regra, é exercida pelo tabelião na celebração dos contratos por instrumento público. Tais entidades coordenam, orientam e fiscalizam o ato.

Por outro lado, como se viu, o art. 108 do Código Civil, ao prescrever a forma pública para os negócios que versem acerca de direitos reais sobre imóveis de valor acima de 30 salários mínimos, traduz a espinha dorsal dos negócios imobiliários, pretendendo garantir segurança jurídica aos contratos, mediante a atuação do notário, não como instância burocrática adicional e passiva, mas como instrumento proativo de promoção e tutela de valores fundamentais à ordem jurídica.

Não se trata de formalismo anódino ou estático, mas de compromisso de política legislativa entre a ampla liberdade de contratar e interesses extraproprietários dignos de tutela, estabelecido mediante a adoção do elemento formal como instrumento para a promoção de valores relevantes ao sistema jurídico. Pelo documento público assegura-se que, em cada setor alcançado pelo mercado imobiliário, os objetivos do legislador sejam respeitados, atuando o notário como síndico da compatibilidade do ato em face dos valores perseguidos pelo sistema, a partir da simetria de informações.

Tal garantia, por meio do instrumento público, apenas poderá ser atenuada, mediante previsão legal, para a consagração de outros interesses em jogo, como se verifica no art. 38, Lei 9.514/97, a qual, sob a justificativa de impulsionar os negócios imobiliários, e certamente tendo em conta os custos inerentes à própria atuação da entidade do sistema financeiro, autorizou a celebração de atos e contratos referidos na lei e dela decorrentes por instrumento particular, desde que haja a participação de entidade do Sistema Financeiro Imobiliário.

Em definitivo, não se pode admitir a forma particular para compra e venda firmada em decorrência de financiamento obtido nas condições da Lei 9.514/97 sem a participação de entidade do Sistema Financeiro Imobiliário.

3. Síntese conclusiva

O art 38 da Lei 9.514/97, interpretado em consonância com o art. 108 do Código Civil, revela hipótese excepcional em que, em negócios imobiliários, se admitem contratos redigidos em instrumentos particulares desde que haja a participação de entidade autorizada a operar no Sistema Financeiro Imobiliário (art. 2º, Lei 9.514/97). A eficácia de escritura pública atribuída pela lei ao instrumento particular condiciona-se, assim, a circunstâncias: (i) objetiva (contratos de alienação fiduciária previstos na própria lei e os negócios dela decorrentes); e (ii) subjetiva (entidade autorizada a operar no Sistema Financeiro Imobiliário). Pretendeu, com isso, o legislador vincular o instrumento particular, admitido aqui excepcionalmente, à participação de entidades rigidamente controladas pelo Poder Público, preservando-se, desse modo, o sistema notarial que tem, na forma pública do instrumento, elemento essencial para a validade dos negócios imobiliários. Equivale a dizer: a regra geral é a do instrumento público, reiterada expressamente no art. 38, Lei 9.514/97, com a presença do tabelião, o qual, longe de ser visto pelo legislador como instância passiva de conferência de dados, apresenta-se na tradição romano-germânica como intermediário imparcial dos declarantes, intérprete de suas vontades reais, decodificador da linguagem técnica e promotor do princípio constitucional da isonomia, incumbido de suplantando a assimetria de informações entre os contratantes. Daqui a posição proativa do tabelião, destinatário da função de controle da legalidade e de viabilidade jurídica do negócio, cuja presença só pode ser dispensada, na segunda hipótese alvitada pelo art. 38, em face da participação, nos atos aí previstos, de entidades que, na lógica legislativa, se encontram aptas a tutelar os princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Como citar: TEPEDINO, Gustavo. O papel do tabelião no ordenamento jurídico brasileiro e a interpretação do art. 38, Lei 9.514/97 (parecer). **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-papel-do-tabeliao/>>. Data de acesso.