

Escrow Account – instrumento de segurança jurídica máxima ao negócio imobiliário. Parte I

Eduardo Moreira Reis e Mauro Antônio Rocha

Considerações iniciais sobre o ‘escrow account’, instrumento jurídico-financeiro incluído na Lei 8.935/1994 pelo Marco Legal das Garantias para conferir máxima segurança jurídica ao adquirente de imóvel.

1. Introdução

A aquisição de propriedade imobiliária no Brasil pode ser considerado um negócio de risco que expõe pessoas nacionais e estrangeiras à insegurança jurídica e ao desgaste emocional e psicológico, por demandar do investidor, ou adquirente de imóvel para utilização própria, razoável conhecimento das inúmeras variáveis estruturais e conjunturais do sistema jurídico brasileiro, do qual decorre ser o registro do título finalizado em seu nome a melhor – mas não definitiva – garantia.

Entretanto, é da praxe do mercado que nos negócios de compra e venda de imóveis celebrados sem financiamento o pagamento integral do preço ao vendedor seja realizado até o momento da lavratura da escritura pública, transferência da posse e entrega das chaves – independentemente do efetivo registro do título – antes, portanto, da transferência da propriedade.

Por conta de tal necessidade de efetuar o pagamento do preço, a incerteza sobre o registro e efetiva aquisição da propriedade, esse período – entre a assinatura da escritura e o registro do título – será profundamente estressante para o comprador. Além disso, a demora na superação de eventuais óbices ao registro pode representar uma trava ao negócio

imobiliário, impedindo a circulação de riquezas e o desenvolvimento econômico do país.

Outro fator inibidor de negócios imobiliários é a existência de dívidas do alienante, que podem colocar em risco a aquisição ou resultar em penhoras do imóvel, débitos que em muitos casos poderiam ser quitados ou renegociados de forma vantajosa com parte do próprio preço de venda.

A observação sistemática realizada pelos autores, em muitos anos de prática da advocacia imobiliária e acompanhamento de numerosos negócios que originaram litígios e distratos, não atingiram os objetivos visados pelo comprador, tiveram seus efeitos retardados no tempo ou não foram concluídos por vicissitudes dos sistema registral brasileiro e em decorrência da interpretação variável dos tribunais sobre questões atinentes à matéria, aponta para algumas questões, a seguir expostas de forma sintética:

- a maioria dos compradores de imóveis desconhece a matéria registral imobiliária e supõe que as obrigações do vendedor estarão findas com a assinatura da escritura de venda, deixando de reservar parcela do pagamento como precaução contra problemas comuns na fase de registro do título. Por outro lado, como a escritura é o título translativo, os vendedores exigem a quitação plena para sua outorga;
- potenciais compradores deixam de concluir bons negócios por rezear as exigências registrais que impedem o registro imediato das escrituras de compra e venda celebradas, postergando a transmissão da propriedade por longo tempo, com custos e riscos consideráveis;
- a impossibilidade ou a demora no registro pode resultar em conflitos diversos, ações de desfazimento dos negócios, de indenização, procedimentos de usucapião como forma de se contornar os óbices registrais etc.;

- muitas são as razões que podem obstar ou dificultar o registro do título para o comprador que já efetuou o pagamento do preço: divergências cadastrais, descrição imprecisa do imóvel nos assentos registrais existentes, problemas fiscais, divergências de dados pessoais ou reais, necessidade de busca de dados de registros anteriores em outras comarcas, inconsistências em formais de partilha de divórcios e inventários ainda não registrados, loteamentos e incorporações com irregularidades, sobreposição de imóveis rurais, externalidades desconhecidas no momento da lavratura da escritura, como indisponibilidades de bens, penhoras ou arrestos ainda não registrados, uniões estáveis não publicizadas no Registro Civil do vendedor e outras mais.

Para enfrentar as dificuldades acima descritas a Lei 14.711/2023 trouxe para o mercado imobiliário um instrumento bastante conhecido e utilizado nas operações comerciais *on line* e que consiste resumidamente na possibilidade do investidor efetivar o pagamento ou consignação do valor, por meio de um terceiro – tabelião de notas – que efetuará o depósito em conta vinculada ao negócio em instituição financeira e providenciará o repasse do montante à parte devida, tão logo constatada a ocorrência das condições negociais aplicáveis.

Com a adoção do referido instrumento confere-se a necessária segurança jurídica à operação e supera-se, a princípio, dois riscos:

- O risco de o vendedor outorgar escritura antes do recebimento do preço e amargar o inadimplemento do comprador, que com o registro já terá transferido para si o bem – o que exigirá uma ação judicial do vendedor, para eventual desfazimento do negócio ou recebimento do preço;
- O risco de o comprador pagar a integralidade do preço no momento da outorga da escritura e depois não conseguir aperfeiçoar a

aquisição, por problemas no registro – o que igualmente exigirá intervenção judicial para desfazimento do negócio e cobrança do valor pago.

2. *Escrow account* – Conceito, aplicação e utilidade ao negócio imobiliário

O *escrow*, originário do direito anglo-saxônico, é um contrato de depósito irregular, inominado e atípico, com função de garantia, em favor de sujeito alternativamente determinado. É modalidade não contemplada pelo artigo 632 do Código Civil Brasileiro, que trata do depósito no interesse de terceiroⁱ.

Comumente previsto como depósito em garantia em um contrato ou acordo comercial é mantido sob a responsabilidade de um terceiro, até que as cláusulas desse acordo sejam cumpridas por ambas as partes envolvidas no negócio. Normalmente se faz na forma de um depósito em dinheiro em uma conta criada especificamente para isso - uma *escrow account*, que em português poderia ser traduzida como “conta-caução” ou “conta de garantia”ⁱⁱ.

Daí é possível extrair-se que o *escrow* é um contrato necessariamente ligado a uma relação jurídica principal, baseado na fidúcia que as partes assentam em terceiro a quem se confiará o bem, cuja função consiste na garantia de cumprimento de obrigações, assegurando-se ao beneficiário do depósito que, demonstrado seu status de credor, poderá facilmente realizar seu créditoⁱⁱⁱ.

Dentre seus elementos essenciais, no que tange às partes, a doutrina portuguesa aponta o *escrow* como um contrato trilateral, subscrito por duas partes contratantes em negócio jurídico coligado, em razão do qual se realiza o depósito, e um ente fiduciário, o depositário *escrow*, que acompanhará a execução do contrato principal e a que se confia a guarda dos bens dados em sua garantia^{iv}

O *escrow* é utilizado cotidianamente por milhões de brasileiros em plataformas digitais como PayPal, Mercado Pago, Mercado Livre, Shopee, entre outras, que recebem pagamentos dos consumidores em contas próprias, para repasse ao fornecedor após a entrega regular do produto. Mas a forma de *escrow* que nos parece mais próxima daquela aplicável aos negócios imobiliários é a do crédito documentário praticado no comércio exterior^v, agregado a elementos do negócio fiduciário^{vi}, cuja tipologia mais comum no Brasil é a propriedade fiduciária.

O crédito documentário é um compromisso irrevogável do banco emitente que, atuando por instruções de um importador, fica obrigado a efetuar um pagamento - à vista ou a prazo - a um exportador ou à sua ordem, contra a apresentação de documentos em conformidade com os termos enunciados na carta de crédito. O crédito documentário entra no circuito bancário pela via do importador e constitui uma garantia de pagamento a favor do exportador, desde que observados todos os termos e condições previstos na carta de crédito. É um meio de pagamento/recebimento que oferece maior segurança às transações de comércio internacional, em especial no relacionamento com novos parceiros comerciais. Para o importador é garantido que o compromisso do banco emitente de pagar o montante da carta de crédito só se verificará se forem cumpridos por parte do exportador todos os requisitos a que obriga a carta de crédito. Para o exportador (beneficiário) há a garantia do pagamento da mercadoria expedida, contra entrega dos documentos e cumpridos os termos e condições expressos na carta de crédito.

Percebe-se, a partir de tal estrutura negocial, que um contrato de *escrow* atrelado à apresentação documental, como forma de cumprimento de obrigações, serve bem aos negócios imobiliários. Dada a abstração consubstanciada nos dados registrares e cadastrais, em especial nas certidões a eles pertinentes, o cumprimento da quase totalidade das obrigações normalmente pactuadas em negócios imobiliários pode ser aferido por documentos, o que reduz a discricionariedade do *escrow holder* (depositário), simplificando e tornando mais seguro o negócio. Pois embora seja pouco

comum na prática comercial, é possível atribuir-se ao *escrow holder* poderes para aferir a verificação das contingências do contrato a que se sujeita a definição do credor do depósito - se o bem (ou dinheiro) será restituído ao depositante ou entregue ao beneficiário, caso em que desempenhará função análoga a de juiz ou árbitro^{vii}.

Neste caso, emerge a questão da responsabilidade do depositário decorrente da deliberação sobre a verificação ou não da condição acordada, que pode ser contornada, segundo Antunes^{viii}, com a previsão de cláusula que exonere o depositário de responsabilidades pela decisão assumida, desde que baseada no conteúdo do contrato, “como se estivéssemos perante uma decisão de um árbitro ou juiz a quem não se podem ser assacadas responsabilidades pelo mérito das suas decisões”.

3. O *escrow account* no Marco Legal das Garantias.

A Lei nº 14.711/2023, conhecida como Marco Legal das Garantias, reconfigurou o *escrow* como garantia dos negócios imobiliários, ao permitir sua utilização pelos tabeliães, com o apoio de uma instituição bancária, no papel de *escrow holders* e atribuir ao depósito bancário do valor o status de patrimônio de afetação. Tal reconfiguração se deu mediante a inclusão, na Lei 8.935/1994 (Lei dos Cartórios), dos seguintes dispositivos:

Art. 7º-A Aos tabeliães de notas também compete, sem exclusividade, entre outras atividades

I - certificar o implemento ou a frustração de condições e outros elementos negociais, respeitada a competência própria dos tabeliães de protesto;

(...)

III - atuar como árbitro.

§ 1º O preço do negócio ou os valores conexos poderão ser recebidos ou consignados por meio do tabelião de notas, que repassará o montante à parte devida ao constatar a ocorrência ou a frustração das condições negociais aplicáveis, não podendo o depósito feito em conta vinculada ao negócio, nos termos de convênio firmado entre a entidade de classe de âmbito nacional e instituição financeira credenciada, que constituirá patrimônio segregado, ser constrito por autoridade judicial ou fiscal em razão de obrigação do depositante, de qualquer parte ou do tabelião de notas, por motivo estranho ao próprio negócio.

§ 2º O tabelião de notas lavrará, a pedido das partes, ata notarial para constatar a verificação da ocorrência ou da frustração das condições negociais aplicáveis e certificará o repasse dos valores devidos e a eficácia ou a rescisão do negócio celebrado, o que, quando aplicável, constituirá título para fins do art. 221 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), respeitada a competência própria dos tabeliães de protesto.

(...)

Observa-se que a nova lei atribuiu ao tabelião de notas a atribuição tanto para atuar como *escrow holder*, ou seja, ser o terceiro a quem é confiado o bem (no caso o numerário depositado em garantia) no contrato de *escrow*, quanto *para atuar como árbitro*, certificando o implemento ou a frustração de condições e outros elementos negociais, sob sua fé pública notarial. E como desdobramento desse papel conjunto de *escrow holder* e árbitro, para *interpretar* o cumprimento ou descumprimento de obrigações e o implemento ou não de condições e a partir das conclusões de tal interpretação, *certificar* o fato (e o fenômeno jurídico dele decorrente) e *repassar* o montante à parte devida, seja o depositante, seja o beneficiário do *escrow*.

Em paralelo, a nova lei atribuiu ao depósito na *escrow account* o caráter de patrimônio de afetação, a salvo de penhoras, bloqueios ou constrições, exceto as que derivem do próprio negócio principal, ao qual o *escrow* é acessório. Pois até então a penhora do depósito por dívida do depositante era um risco inerente ao negócio, como se verifica em várias decisões judiciais que reconhecem a plena penhorabilidade dos valores em *escrow account*^{ix}.

Verifica-se, portanto, que aos tabeliães de notas foi atribuída uma certa carga de poder decisório, que não é mera aferição da ocorrência de fatos, certificáveis pela fé pública notarial, a serem consignados em ata notarial, mas sim a qualificação jurídica de tais fatos, em face das cláusulas contratuais pactuadas pelas partes.

Certificada a ocorrência de fatos e condições, haverá uma decisão notarial para determinar o beneficiário dos valores, que poderá inclusive ser ambas as partes, conforme a pactuação contratual preveja, por exemplo, uma

devolução parcial para uma parte, com multa em favor da outra parte contratante. Em outros termos, ao optar pela atuação do tabelião como *escrow holder* os contratantes lhe atribuem, em maior ou menor parcela, conforme a complexidade do negócio, também o papel de árbitro.

No tocante ao patrimônio de afetação representado pelo dinheiro depositado em conta bancária, entendemos que, a partir da novel previsão legislativa, tal depósito pode perfeitamente se dar mediante transferência à instituição bancária em caráter fiduciário, como autêntico negócio fiduciário, estipulado pelas partes com interveniência e sob ordens do tabelionato. Pois transferindo-se a propriedade fiduciária do numerário ao banco, sob ordens do tabelionato, ter-se-á uma segregação patrimonial mais eficaz, em titularidade diferente das partes e a princípio não alcançável por ordens de bloqueio judicial em abstrato ou penhoras *on line* por débitos da parte depositante (evitando-se assim bloqueios e desbloqueios).

A propriedade fiduciária de bens fungíveis (como o dinheiro), embora não admitida pela redação do art. 1.361 do Código Civil, pode ser prevista em legislação especial. Veja-se:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

(...)

*Art. 1.368-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.** (destacamos).*

A Lei 10.931/2004 alterou a Lei 4.728/1965 (Lei do Mercado de Capitais) para autorizar a alienação fiduciária de coisas fungíveis no âmbito do mercado financeiro:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

(...)

§ 3o É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada. (Incluído pela Lei 10.931, de 2004 – negritos nossos)

Observa-se, portanto, que não há óbice, ao menos sob a égide da legislação federal, para que o *escrow* estipulado perante o tabelionato tenha o valor entregue à instituição financeira em caráter fiduciário, ficando sob a titularidade resolúvel desta, até que incidam os encargos, termos ou condições contratualmente previstos para o levantamento dos valores, no todo ou em partes.

A recente mudança legislativa, quando devidamente regulamentada, poderá dinamizar o mercado de bens imóveis, especialmente de imóveis com pendências regularização ou de registro de títulos com defeito a ser suprido, ou de casos em que há dívidas do vendedor a serem pagas com os recursos oriundos da venda, dentre outras várias hipóteses. E as partes, se o quiserem, podem perfeitamente reduzir o nível de discricionariedade do tabelião quanto à análise da ocorrência de condições ou cumprimento de obrigações, simplesmente elegendo claramente quais os documentos representativos de cada fato jurídico, para que com a sua mera apresentação, a tempo e modo, se demonstre o direito ao levantamento do numerário – tal qual já ocorre há muito no crédito documentário para importação e exportação.

Embora a princípio contratos particulares imobiliários possam se valer de *escrow* mediado pelos tabelionatos dentro da nova competência legal que lhes foi atribuída, certamente a grande maioria dos contratos acessórios será instrumentalizada nas escrituras públicas lavradas pelos próprios tabeliões como contratos principais, até mesmo pela possibilidade de se lavrar

documentos definitivos, mesmo que com cláusulas resolutivas, com desembolso e salvaguarda dos recursos até o implemento de condições. Tal fato é benéfico ao mercado imobiliário e à segurança jurídica dos negócios, pois no sistema de notariado latino, vigente no Brasil, o tabelião de notas desempenha uma função de assessoria neutra às partes, traduzida na escolha e interpretação de sua vontade, no auxílio a essa formação, na sua adaptação ao ordenamento jurídico, na escolha e aconselhamento sobre os meios jurídicos mais adequados à realização dos fins pretendidos, na redação dos próprios documentos e na explicação às partes sobre o conteúdo e efeito dos atos^x. A par do trabalho desempenhado pelos tabeliães, a participação dos advogados das partes contratantes na elaboração das cláusulas protetivas de seus interesses é de grande importância, especialmente em se tratando de contratos complexos e que geralmente envolvem quantias significativas.

Eduardo Moreira Reis

Advogado especializado em Direito Registral, Imobiliário e Urbanístico. Professor da pós-graduação da PUC/MG. Trabalha há cerca de 30 anos com questões jurídico-fundiárias.

Membro da AD NOTARE – Academia Nacional de Direito Notarial, Registral, Crédito e Garantias Imobiliárias.

Mauro Antônio Rocha

Advogado especializado em Direito Imobiliário, Notarial, Registral, Crédito e Garantias Imobiliárias.

Presidente da AD NOTARE – Academia Nacional de Direito Notarial e Registral.

ⁱ MARQUES FILHO, Vicente de Paula e GIMENES, Amanda Goda, in *A ação de depósito e o contrato de escrow nas operações de fusões e aquisições*, p 14 - <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4206e38996fae402>, acesso em 4 de março de 2024.

ⁱⁱ <https://www.dicionariofinanceiro.com/escrow/>, acesso em 4 de março de 2024.

ⁱⁱⁱ MARQUES FILHO e GIMENES, *op cit*, p. 8

^{iv} ANTUNES, João Tiago Morais. *Do contrato de depósito escrow*. Coimbra: Almedina, 2007, p 165.

^v *Os Créditos Documentários encontram-se sujeitos às Regras e Usos Uniformes Relativas aos Créditos Documentários da Câmara de Comércio Internacional*.

In: https://ind.millenniumbcp.pt/pt/negocios/internacional/Pages/cred_doc_importexport.aspx

Crédito Documentário: Como Funciona?

In: <https://www.economias.pt/credito-documentario-como-funciona/>

Ver também: <https://jus.com.br/artigos/39970/a-moderna-concepcao-do-credito-documentario-nas-relacoes-de-comercio-internacional>

^{vi} MARCOS BERNARDES DE MELLO define o **negócio fiduciário** como “negócios jurídicos pelos quais se transmite a propriedade, a posse, o crédito ou o direito com outra finalidade que não, apenas, a específica de alienar” (Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 203).

^{vii} MARQUES FILHO e GIMENES, *op cit*, p. 9

^{viii} *Op. cit*, p. 167-168

^{ix} AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1904340 - SP (2021/0158860-8) EMENTA AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE VALORES EM CONTA DE NATUREZA "ESCROW". CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO PAUTADA EM PECULIARIDADES DO CASO. REVISÃO INVIÁVEL. SÚMULAS N. 5 E 7/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO (...) De todo modo, não há se falar em penhora de crédito em reserva exclusiva da agravante. Ainda que dos processos noticiados a fls. 318/322 pela vendedora no contrato firmado com a C., a agravante afirme que só há pendência de débito da executada no processo 1025875-93-93.2015.8.26.0562, com quem admite dividir o valor, fato é que a solução não passa por sua escolha. Já há, inclusive, credores de outro processo com incidente de habilitação em apenso aos autos principais (Proc.1017691-17.2016), onde já manifestaram a pretensão de integrarem o concurso de preferência de credores. Da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que a conclusão adotada pelo Tribunal de origem derivou de ampla cognição sobre as premissas fáticas dos autos, sobretudo em relação ao contrato existente entre a recorrente e terceiro (empresa C.), entendendo pela possibilidade de penhora de valor mantido em conta de natureza "escrow" diante das peculiaridades do caso. O acolhimento da pretensão recursal, a fim de reconhecer a impenhorabilidade do montante, demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório, bem como interpretação de cláusula contratual, o que encontra óbice nas Súmulas n. 5 e 7/STJ. Ante o exposto, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Fiquem as partes científicas de que a insistência injustificada no prosseguimento do feito, caracterizada pela apresentação de recursos manifestamente inadmissíveis ou protelatórios a esta decisão, ensejará a imposição, conforme o caso, das multas previstas nos arts. 1.021, § 4º, e 1.026, § 2º, do CPC/2015. Publique-se. Brasília, 14 de junho de 2022. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator - (STJ - AREsp: 1904340 SP 2021/0158860-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 01/07/2022)

EMBARGOS DE TERCEIRO. CONSTRIÇÃO DE CONTA "ESCROW". Sentença de improcedência do pedido de liberação de constrição de conta "escrow" que não comporta reparo. Cerceamento de defesa não verificado. Regular observância ao art. 370, parágrafo único, do CPC/2015. É lícita a penhora incidente sobre conta na modalidade "escrow", não se admitindo a alegação de impossibilidade da constrição em razão da destinação exclusiva dos valores por acordo entre as partes, por não haver previsão da alegada impenhorabilidade no art. 833 do CPC/2015. Precedentes. Honorários recursais. Majoração. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-SP - AC: 10164982720188260002 SP 1016498-27.2018.8.26.0002, Relator: Alfredo Attié, Data de Julgamento: 23/03/2021, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/03/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE - IMPUGNAÇÃO À PENHORA - PENHORA EM CONTA "ESCROW ACCOUNT" – POSSIBILIDADE – BEM NÃO INSERIDO NO ROL DO ARTIGO 833 DO CPC – AUSÊNCIA DE PROVA DE SE TRATAR DE BEM DE TERCEIRO. Ocorre que a conta "escrow account" é, pela natureza jurídica, conta de depósito em garantia, portanto, não alcançada pela impenhorabilidade. ART. 252, DO REGIMENTO INTERNO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Em consonância com o princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, inc. LXXVIII, da Carta da República, é de rigor a ratificação dos fundamentos da sentença recorrida. Precedentes deste Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça. – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (TJ-SP - AI: 20276967920208260000 SP 2027696-79.2020.8.26.0000, Relator: Eduardo Siqueira, Data de Julgamento: 29/04/2020, 38ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/04/2020)

* RODRIGUES, Marcelo Guimarães, *Tratado de registros públicos e direito notarial*, São Paulo, Atlas, 2014, p. 222.