

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

**Os obstáculos da utilização da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis
em operações fora do sistema financeiro de crédito imobiliário**

Rafael Nascimento Accioly

Anteprojeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 26.07.2020

1. Tema, contexto e modelo de pesquisa predominante

O que se busca na dissertação em questão é a análise dos principais entraves na utilização do instituto da alienação fiduciária de imóvel em garantia nas operações não vinculadas ao sistema financeiro do crédito imobiliário, bem como a melhor forma para tentar superá-los.

Em que pese a lei que instituiu tal modalidade de garantia – qual seja, a lei federal nº. 9.514/97 – ter sido editada há mais de 20 (vinte) anos e voltada principalmente para o sistema financeiro imobiliário *lato sensu* (apesar de formalmente não restringir sua utilização a este mercado), ao longo do tempo ela foi sendo cada vez mais utilizada na grande maioria das operações em que se tem imóvel como garantia, mesmo não relacionada a negócios imobiliários em si, em substituição à hipoteca.

Considerando o formato inicialmente pensado para tal instituto quando da sua concepção, qual seja, a formalização de garantia para o financiamento da compra de imóveis, observa-se, ainda, a existência duas grandes discussões e polêmicas relacionadas ao tema nas operações firmadas fora do mercado imobiliário.

O primeiro deles se refere ao que pode ser objeto da garantia e a sua determinação. Isto porque, de acordo com o artigo 24, I e II, da Lei nº. 9.514/97, que instituiu e regula a alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato que serve de título ao negócio deve conter, dentre outros, o valor do principal da dívida, o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou crédito fiduciário.

Assim, numa hipótese de contratos relacionados a concessão de crédito para futura aquisição de mercadorias, firmado diretamente entre fornecedor e uma indústria, por exemplo, a estipulação exigida pelos incisos antes referidos não se tem como ser atendida, pois, no momento da constituição da garantia, a dívida sequer existe, de forma

que não se sabe qual o valor do principal e, muito menos, o prazo e condições em que o débito será quitado por parte do devedor.

Esta ausência de indicação, no título que lastreia a garantia, das informações que a lei exige, muitas vezes provoca a não aceitação pelo registro geral de imóveis da registrabilidade do documento, impedindo, desta forma, a sua constituição.

Outro tema que também gera bastante discussão para as partes contratantes desta modalidade de garantia é aquele relacionado à quitação integral da dívida após a realização do segundo leilão, exigido no procedimento de execução da garantia.

Isto porque o artigo 27, os parágrafos 4º e 5º da Lei nº. 9.514/97 estabelecem que após a realização do segundo público leilão “considerar-se-á extinta a dívida”.

Ou seja, com isso, em tese, ainda que eventualmente o valor do bem seja inferior ao valor da dívida, operar-se-á a quitação do débito após a realização dos leilões, o que faz com que algumas vezes o credor se socorra às vias tradicionais (execução de título judicial) para satisfação do seu crédito.

Destaque-se que há alguns dispositivos legais posteriores à 9.514/97 tratando de exceções a tal regra da quitação recíproca após os leilões, como no caso da Lei nº. 11.795/2008, a qual dispõe sobre o sistema de consórcio e em seu artigo 14, § 6º, estabelece que o oferecedor da garantia ficará responsável pelo pagamento integral da dívida “inclusive da parte que remanescer após a execução dessa garantia”.

No mesmo sentido a Lei nº. 13.476/2017, aplicável exclusivamente às instituições financeiras, disciplina que se após a excussão das garantias objeto de instrumento de abertura de crédito, estas não foram suficientes para quitação da dívida e despesas, “o tomador e os prestadores de garantia pessoal continuarão obrigados pelo saldo devedor remanescente”, afastando expressamente o disposto nos parágrafos 4º e 5º, da 9.514/97.

Por fim, há, ainda, a recém editada Medida Provisória nº. 992, de 16 de julho de 2020, a qual normatiza a possibilidade do “compartilhamento da alienação fiduciária” e estabelece também que “o disposto no § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514, de 1997, não se aplica às operações garantidas pelo compartilhamento da alienação fiduciária, hipótese em que o credor fiduciário poderá exigir o saldo remanescente”.

No entanto, ainda que eventualmente tenhamos no ordenamento jurídico atual alguns dispositivos que afastam a regra da quitação integral da dívida após a realização dos leilões, tais dispositivos não se aplicam a todos os negócios em que a alienação fiduciária em garantia é utilizada, sobretudo quando não pactuada por instituição financeira.

Além disso, os dispositivos que afastam a previsão da quitação da dívida não indicam de forma clara como se processaria a cobrança do saldo remanescente, trazendo, ainda, inúmeras dúvidas às partes contratantes, havendo alguns doutrinadores que, inclusive, indicam serem inexecutíveis tais disposições da forma como estão postas.

Os pontos acima citados geram bastante insegurança às operações e fazem com que, muitas vezes, as partes, em especial o credor, opte por contratar a tradicional hipoteca, a qual – apesar de permitir expressamente a contratação de “dívida futura ou condicionada” e a manutenção da obrigação do devedor pelo saldo restante – tem sua forma de execução bastante morosa, pois depende de execução judicial específica, sujeita a defesas e recursos.

O presente trabalho se propõe a buscar um formato de resolução de problema relacionado ao tema em questão, tentando identificar as melhores soluções jurídicas para superação ou minoração dos obstáculos existentes na utilização do referido instituto, em especial quanto aos temas acima tratados.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

I - Contextualização fática:

a) Em que situações e como é possível utilizar a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis em operações fora do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI)?

Fontes: pesquisa da legislação, doutrina e jurisprudência

b) Quais os principais problemas que se observa neste tipo de negócio?

Fontes e formas de acesso: experiência do pesquisador na vivência profissional, entrevistas com registradores de imóveis e usuários a que o pesquisador tem acesso (clientes e participantes de grupos de trabalho do qual o pesquisador faz parte).

II - Referenciais normativos:

a) A Lei nº. 9.514/97 e demais que lhes são conexas permite de forma clara uma maior flexibilidade na adaptação das regras aos demais negócios fora do SFI?

Fontes: pesquisa da legislação, doutrina e jurisprudência

b) O disposto no artigo 9º da Lei nº. 13.476/2017 poderia ser aplicável também a contratos fora do sistema financeiro?

Fontes: pesquisa da legislação, doutrina e jurisprudência

III - Análise Crítica:

a) Quais os principais riscos para o credor na utilização deste tipo de garantia nos negócios fora do SFI?

Fontes: pesquisa da legislação, doutrina e jurisprudência

b) Qual o limite da autonomia da vontade para disciplina das obrigações garantidas por alienação fiduciária de imóvel?

Fontes: pesquisa da legislação, doutrina e jurisprudência

c) Como a estipulação do pacto marciano nos instrumentos de constituição da garantia pode conferir mais segurança jurídica às condições ajustada pelas partes?

Fontes: pesquisa da legislação, doutrina e jurisprudência

IV - Proposição de conduta:

a) Que cautelas devem ser observadas na construção deste tipo de contrato?

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

Como a Lei nº. 9.514/97, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis em garantia, parece ter sido pensada inicialmente para o sistema financeiro do mercado imobiliário, há diversos temas e peculiaridade não previstas na norma criadora que não se adequam de forma plena a realidade dos negócios firmados fora de tal mercado, fazendo com que muitas vezes as partes busquem outro formato de garantia, seja através de hipoteca ou de natureza fidejussória, por exemplo.

Tais dúvidas e inseguranças surgem, principalmente, nas situações em que se busca instituir sobre o imóvel a garantia para uma dívida futura ou condicionada ou, ainda, quando eventualmente o imóvel pode não ser suficiente para satisfação integral da dívida, situações bastante comuns.

No presente trabalho se pretenderá abordar os riscos jurídicos atualmente existentes, inclusive com o cotejo das leis que vieram posteriormente à 9.514/97, bem como explorar de que forma se pode superar tais riscos e entraves para buscar uma maior estabilidade e segurança na garantia instituída.

Com isso, acaso se obtenha sucesso no intento, poder-se-á, com as proposições de conduta sugerida, ter mais segurança jurídica e previsibilidade na utilização da alienação fiduciária de imóveis em garantia, com menor chance de questionamento por parte dos credores, medidas que poderão vir a ser utilizadas pelas empresas que costumam, por

exemplo, fornecer crédito rotativo a seus clientes para a aquisição de produtos ou instituir tal direito real para garantia de operações societárias.

4. Familiaridade do pesquisador com o objeto da pesquisa

Como advogado de direito imobiliário há cerca de 9 (nove) anos, atuo, desde então, com demandas relacionadas à alienação fiduciária de imóveis em garantia, tanto na constituição como na sua execução, com alguma familiaridade na adoção deste instrumento em diversos setores de mercado (construtoras e incorporadoras, instituições financeiras (dentro e fora do mercado imobiliário), além de fornecedores de outros setores da economia que costumam ofertar créditos a seus cliente para a compra de seus produtos (distribuidoras de combustíveis, empresas de fertilizantes, telefonia etc.).

Diante disso, ao longo dos últimos anos, pude vivenciar algumas das problemáticas que o presente trabalho se propõe a enfrentar.

Além disso, participo de algumas comissões (vinculadas à OAB Federal, OAB de Pernambuco, Instituto dos Advogados de Pernambuco (IAP), Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (IBRADIM), Associação dos Registradores de Pernambuco (ARIPÉ)) em que este tema, em algumas situações costuma ser tratado e discutido.

5. Bibliografia preliminar

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PERES, Tatiana Bonatti; TERRA, Marcelo; DIAS José Guilherme Gregori Siqueira. (Coord.) **Alienação fiduciária de bem imóvel e outras garantias**. 1ª ed. São Paulo: Editora Foco, 2020.

PRADO, Marcos Lopes. **Eventual não extinção legal da dívida garantida por meio de alienação fiduciária de imóvel, em caso de segundo leilão negativo**. In: ROCHA, Mauro Antonio; KIKUNAGA, Marcus Vinícius (Coord.). **Alienação fiduciária de bem imóvel: 20 anos da lei nº. 9.514/1997: aspectos polêmicos**. São Paulo: Editorial Lepanto, 2018.

SILVA, Fábio Rocha Pinto e. **Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária**. São Paulo: Almedina, 2014.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências**

e insuficiências da disciplina legal. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). Direito das garantias. São Paulo: Saraiva, 2017a.

TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. **A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de direito e economia.** In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti e PAIVA, João Pedro Lamana (coord.) – Novo Direito Imobiliário e Registral – 2ª ed. – São Paulo: Quartier Latin, 2010.

6. Sumário Executivo

1 - INTRODUÇÃO

2 - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS

2.1 - Conceito e principais características

Neste item, a pretende-se introduzir o instituto, com todas as suas características e peculiaridades, destacando a natureza jurídica da garantia (propriedade resolúvel e suas nuances), bem como ressaltando os procedimentos de constituição e forma de execução.

2.2 - Histórico e contexto fático da Lei nº. 9.514/97

Aqui a ideia é tratar do momento histórico em que a Lei nº. 9.514/97 foi editada e de que a ideia inicial do projeto seria apenas tratar do Sistema Financeiro Imobiliário e, ao final, acabou-se incluindo também a previsão da nova modalidade de garantia. Com base nisso, tentar-se-á destacar que todas as características da garantia foram voltadas para o sistema financeiro habitacional/imobiliário, em que pese a lei expressamente permitir a sua utilização fora dele.

2.3 - Normas Supervenientes (Código Civil, Leis nº. 10.931/2004, 11.795/2008, 13.476/2017, MPV 992/2020) e reflexos na aplicação da garantia

Neste item a ideia é tratar como cada uma destas normas, de alguma forma, interferiram na utilização ou regras aplicáveis à alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

3 - UTILIZAÇÃO DA GARANTIA FORA DO MERCADO IMOBILIÁRIO E PRINCIPAIS PROBLEMAS RELACIONADOS À CONSTITUIÇÃO E EXCUSSÃO

3.1 - A evolução do sistema de garantias fora do mercado imobiliário com a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis

Antes de adentrar em cada um dos problemas que se pretende abordar, tratar de como o sistema ficou mais seguro com a adoção da alienação fiduciária em garantia nas operações fora do mercado imobiliário. Tratar da questão da natureza extraconcursal dos créditos garantidos por alienação fiduciária em garantia (art. 49 – Lei nº. 11.101/2005) e de outras proteções decorrentes da implementação do instituto.

3.2 – A questão da alienação fiduciária em garantia de crédito superveniente

Neste item a ideia será tratar do problema relacionado à necessidade da prévia estipulação do prazo e condições de reposição do empréstimo (art. 24, II) e talvez as razões para tal delimitação, sendo, neste momento, o registrador como grande mediador e julgador de uma futura excussão, assim como eventuais problemas relacionados ao registro de contratos sem todos os requisitos previstos no artigo 24. Ainda se pretende aqui abordar outros questionamentos que podem advir da não determinação dos vencimentos e forma de reposição do crédito ou, ainda, do que precisa ser provado no momento da execução extrajudicial da garantia (liquidez, certeza e exigibilidade, por exemplo).

3.3 – A questão da quitação recíproca das obrigações com a consolidação da propriedade;

Neste item a ideia seria abordar o objetivo trazido pela legislação para a quitação recíproca das obrigações após a consolidação e realização dos leilões (superendividamento da população, mais voltado para o crédito imobiliário) e a finalidade da realização dos leilões como vedação ao pacto comissório.

Neste ponto, tratar também que a quitação é recíproca e abrangeria também qualquer eventual direito à indenização pelo devedor em razão de novas benfeitorias acrescentadas ao imóvel e, ainda, das dificuldades de criação de regras de revisão do valor de avaliação do imóvel.

Tentar-se-á, ainda, destacar os problemas que tais regras vem causando para os créditos fora do mercado habitacional e imobiliário decorrente de tal dispositivo.

4 – TENTATIVA DE RESOLUÇÃO DAS PROBLEMÁTICAS

4.1. – A (im)possibilidade da utilização na alienação fiduciária em garantia de bens imóveis das regras gerais da propriedade fiduciária e da hipoteca

Neste ponto, a ideia seria buscar soluções para ter-se mais segurança jurídica com a estipulação de garantias de créditos futuros e com vencimentos ainda a serem delimitados.

Para auxiliar neste intento, poder-se-ia tentar aplicar as regras do código civil quando tratam da propriedade fiduciária (art. 1.366) e permitem, regra geral, a cobrança do remanescente, tentando deixar claro que a regra da quitação apenas se aplicaria ao mercado imobiliário, sob pena de pacto marciano “às avessas”. Adicionalmente, poderia citar a norma da hipoteca que permite a garantia para “dívida futura ou condicionada” (art. 1.487 - CC)

Verificar se tal tema já foi objeto de apreciação pelo judiciário e como foi entendido o tema.

4.2. – O Pacto Marciano como instrumento de juridicidade da cobrança do remanescente.

Aqui, buscará se fazer um cotejo da proposição de tentativa de superação da quitação recíproca com o pacto marciano, indicando que, se este último é válido, também o seria a cobrança do remanescente na execução da garantia.

4.3 – A utilização do artigo 190 do Código de Processo Civil para disciplinar novas regras no procedimento de excussão.

Neste tópico, se tentará enfrentar como o artigo 190 do CPC poderia ser aplicável também aos procedimentos administrativos e como ele pode ajudar nesta tentativa de superação da quitação recíproca criando novos procedimentos para a execução da garantia, de forma a possibilitar a cobrança do remanescente da dívida.

5 - CONCLUSÃO

7. Cronograma de execução

Atividade	2020						2021						Horas
	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	
Pesquisa e revisão bibliográfica	■	■	■	■	■	■							90h
Pesquisa e coleta de decisões		■	■	■	■	■							40h
Entrevistas				■	■	■	■						20h
Elaboração da dissertação				■	■	■	■	■	■				120h
Revisão da dissertação										■	■	■	50h