

Parecer 564/2021-BCB/PGBC

Parecer que examina anteprojeto de lei que “dispõe sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel já alienada fiduciariamente [alienação fiduciária a *non domino*], o agente de garantia, a execução extrajudicial dos créditos garantidos por hipoteca, a execução extrajudicial da garantia imobiliária em caso de concurso de credores; aprimora regras que disciplinam a alienação fiduciária de coisa imóvel e a impenhorabilidade do bem de família; versa sobre transferência de valores das contas únicas e específicas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb; retira o monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis; altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, a Lei nº 13.476, de 28 de agosto de 2017, a Lei nº 14.113, de 25 de dezembro de 2020, o Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, e o Decreto-Lei nº 759, de 12 de agosto de 1969”.

José de Lima Couto Neto

Procurador do Banco Central

Diana Loureiro Maciel de Moura

Subprocuradora-Chefe do Banco Central

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Marcel Mascarenhas dos Santos

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

Cristiano Cozer

Procurador-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 564/2021-BCB/PGBC

Brasília (DF), 7 de setembro de 2021.

Ementa: Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro. Anteprojeto de lei que dispõe sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel já alienada fiduciariamente (alienação fiduciária a non domino), o agente de garantia, a execução extrajudicial dos créditos garantidos por hipoteca, a execução extrajudicial da garantia imobiliária em caso de concurso de credores; aprimora regras que disciplinam a alienação fiduciária de coisa imóvel e a impenhorabilidade do bem de família; versa sobre transferência de valores das contas únicas e específicas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb; retira o monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis; altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, a Lei nº 13.476, de 28 de agosto de 2017, a Lei nº 14.113, de 25 de dezembro de 2020, o Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, e o Decreto-Lei nº 759, de 12 de agosto de 1969. Proposição legislativa que, considerada em abstrato, não permite vislumbrar inconstitucionalidade formal nem material. Recomendação referente à conexão com a proposta de medida provisória objeto da exposição de motivos conjunta EMI nº 221/2021 ME BACEN. Manifestação jurídica submetida a “restrição de acesso em razão de informação protegida por sigilo legal”, especificamente na hipótese de “documento preparatório”, na forma do art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012 (Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018, do Procurador-Geral do Banco Central).

Senhora Subprocuradora-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de anteprojeto de lei que “dispõe sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel já alienada fiduciariamente [alienação fiduciária a non domino], o agente de garantia, a execução extrajudicial dos créditos garantidos por hipoteca, a execução extrajudicial da garantia imobiliária em caso de concurso de credores; aprimora regras que disciplinam a alienação fiduciária de coisa imóvel e a impenhorabilidade do bem de família; versa sobre transferência de valores das contas únicas e específicas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb; retira o monopólio da Caixa Econômica Federal em relação aos penhores civis; altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, a Lei nº 13.476, de 28 de agosto de 2017, a Lei nº 14.113, de 25 de dezembro de 2020, o Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, e o Decreto-Lei nº 759, de 12 de agosto de 1969”, acompanhado de exposição de motivos conjunta (identificada como EMI nº 224/2021 ME BACEN, de 24 de agosto de 2021), encaminhado pelo Ministério da Economia (ME) ao Banco Central do Brasil (BCB) por meio do Sistema de Geração e Tramitação de Documentos (Sidof).

2. No que se refere à alienação fiduciária a non domino (prestada por quem não era, ao tempo do ato, proprietário do bem), na hipótese específica de coisa imóvel já alienada fiduciariamente, a principal inovação da proposta consiste em disciplinar o registro desse ato desde sua celebração, mediante a inclusão dos §§ 3º e seguintes no art. 22 da Lei nº 9.514, de 1997. A justificativa para a

medida, conforme anunciado na exposição de motivos, é o atual cenário de “insegurança jurídica e recusa de cartórios em empreender o registro desde a data da celebração do negócio fiduciário, não obstante a legislação já preveja a possibilidade de pós-eficacização daquela garantia prestada originalmente *a non domino*”.

3. Ainda no que tange à alienação fiduciária de coisa imóvel, a proposta dispõe especialmente sobre o procedimento para a execução da garantia, alterando diversos dispositivos da Lei nº 9.514, de 1997. Nos termos da exposição de motivos, “corrige fragilidades existentes no processo de intimação do devedor, elimina a atual indefinição legal sobre preço considerado vil, passando a estabelecer critérios objetivos para o valor mínimo da arrematação, endereça questões relativas ao processo de leilão e à exoneração de credor em caso de insuficiência do valor de alienação do imóvel para fazer frente ao valor da dívida”.

4. A proposta também insere na Lei nº 9.514, de 1997, capítulos voltados à disciplina da execução extrajudicial da garantia imobiliária, de qualquer natureza, em caso de concurso de credores, bem como da execução extrajudicial da hipoteca. Quanto a esse último tópico, a exposição de motivos sustenta que a disciplina vigente (Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966) tem falhas e está desatualizada, o que acarreta insegurança jurídica que, por sua vez, levou a garantia hipotecária ao desuso.

5. No que tange à proteção do bem de família legal, regido pela Lei nº 8.009, de 1990, a proposta torna mais abrangente a exceção à impenhorabilidade na hipótese em que o imóvel tenha sido oferecido em garantia (art. 3º, V, da citada lei). Sobre o tema, a exposição de motivos sustenta que a redação legal atual “tem causado insegurança jurídica, com conseqüente aumento dos riscos e dos custos das operações de crédito”.

6. Mediante a inclusão de capítulo no Código Civil (CC), a proposta busca disciplinar o agente de garantia, que poderá ser designado pelos credores para atividades como constituir, levar a registro, gerir e pleitear a execução de qualquer garantia. A exposição de motivos justifica a inovação afirmando que “haverá maior probabilidade de profissionalização da gestão, do registro e da execução de garantias, com potencial de ganhos de escala e de escopo”.

7. Também por meio de alterações no CC, pretende-se instituir a extensão da hipoteca, instituto novo e assemelhado à extensão da alienação fiduciária, objeto de anteprojeto de medida provisória (EMI nº 221/2021 ME BACEN, de 20 de agosto de 2021) examinada por meio do Parecer Jurídico 538/2021-BCB/PGBC, de 25 de agosto de 2021¹. Em síntese, trata-se de inovação voltada a viabilizar que novas operações de crédito em favor do mesmo credor sejam asseguradas pela mesma garantia (mesmo negócio jurídico de garantia) – e não meramente por novo gravame sobre o mesmo bem, como já ocorre, por exemplo, nas hipotecas de graus sucessivos.

8. Busca-se, ainda, promover duas alterações na Lei nº 13.476, de 2017. A primeira incide sobre seu art. 9º, que, no contexto do contrato de abertura de limite de crédito, dispõe sobre a situação em que o produto da excussão das garantias é insuficiente para quitar a dívida e as despesas. A

¹ Do Procurador José de Lima Couto Neto, com despachos da Subprocuradora-Chefe Diana Loureiro Maciel de Moura, da Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, do Procurador-Geral Adjunto Marcel Mascarenhas dos Santos e do Procurador-Geral Cristiano Cozer.

segunda dirige-se ao § 4º do art. 9º-D da Lei nº 13.476, de 2017, que não existe na legislação em vigor. Trata-se de dispositivo que se pretende criar por meio de proposição veiculada na já mencionada EMI nº 221/2021 ME BACEN, ainda em tramitação no âmbito da Administração Pública Federal, e cujo objetivo é instituir a extensão da alienação fiduciária, mediante a inclusão dos arts. 9º-A a 9º-D na Lei nº 13.476, de 2017.

9. Nos dois casos (art. 9º e § 4º do art. 9º-D da Lei nº 13.476, de 2017), pretende-se adaptar as remissões dirigidas a dispositivos da Lei nº 9.514, de 1997, que serão modificados pela mesma proposição ora examinada.

10. Prossegue a minuta acrescentando o § 9º ao art. 21 da Lei nº 14.113, de 2020, para dispor sobre transferência de valores das contas únicas e específicas do Fundeb. Trata-se de matéria alheia às competências do BCB, de modo que extrapola as atribuições consultivas da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC).

11. Por fim, busca-se revogar uma série de dispositivos legais, a maioria como decorrência das alterações já referidas. Destaca-se, a esse respeito, a revogação dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70, de 1966, que atualmente dispõem sobre a execução extrajudicial da hipoteca, matéria que passará a ser regida pelo almejado art. 33-G da Lei nº 9.514, de 1997. Já a revogação da alínea “e” do art. 2º do Decreto-Lei nº 759, de 1969, produzirá o efeito específico de extinguir o monopólio das operações sobre penhores civis, com caráter permanente e de continuidade, atualmente conferido à Caixa Econômica Federal (CEF). A exposição de motivos sustenta que o fim desse monopólio permitirá “redução ainda maior, via competição, nos custos e taxas para o uso de garantias”.

12. A seguinte passagem da exposição de motivos sintetiza a linha de raciocínio adotada como justificativa de mérito para a medida:

12. As alterações propostas neste anteprojeto de lei inserem-se em estratégia de médio e longo prazos do Ministério da Economia, com a finalidade de corrigir falhas e tornar o mercado de crédito mais eficiente para todos os agentes. Apesar desse desígnio, não se deve descartar que os aprimoramentos propostos contribuirão para o processo de retomada da atividade econômica, fortemente afetada pelos efeitos da crise sanitária que se instalou a partir do início de 2020.

13. Ressalte-se que o anteprojeto favorecerá o aumento da oferta de crédito direto a pessoas físicas e a pessoas jurídicas, não apenas por meio do aumento da eficiência das garantias, mas também pela diminuição da insegurança jurídica atualmente existente no processo de execução de bens imóveis. O consequente aumento da confiança de investidores tenderá a aumentar o volume de negócios e a liquidez no mercado de crédito imobiliário brasileiro, fatores essenciais neste momento de recuperação nacional. Conclui-se, dessa forma, que a proposta é relevante pelo seu potencial de propiciar maior alavancagem e sustentabilidade ao crédito no mercado nacional.

13. No BCB, o mérito da proposta (em versão anterior) foi examinado pelo Departamento de Regulação do Sistema Financeiro (Denor), que se manifestou favoravelmente por meio da Nota Técnica NOTA 391/2021-DENOR/COCIP, de 16 de agosto de 2021. A proposição, na versão objeto deste pronunciamento, foi submetida à PGBC em 27 de agosto de 2021.

APRECIÇÃO

14. Inicialmente, reitera-se que este parecer jurídico restringe-se aos aspectos do anteprojeto de lei relacionados com as competências do BCB, não abrangendo, portanto, as disposições referentes ao Fundeb. Feita essa ressalva, passa-se ao exame da compatibilidade da proposição com a Constituição Federal (CF).

15. Do ponto de vista da **constitucionalidade formal**, analisa-se, inicialmente, a competência legislativa para a matéria. Por tratar de direito civil, comercial e processual, a proposição insere-se na competência legislativa privativa da União, conforme o art. 22, inciso I, da CF².

16. Tratando-se de proposição a ser apresentada ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, não há utilidade prática em verificar eventual presença dos assuntos elencados no art. 61, § 1º, da CF³, que estabelece as matérias de **iniciativa** privativa do chefe do Poder Executivo federal. Além disso, não se identifica, na proposição, assunto que seja da iniciativa privativa de outras autoridades.

17. Quanto à **espécie legislativa**, parece adequada a opção pelo **rito da lei ordinária**, modalidade legislativa de aplicação residual, tendo em vista que não se identificou, na CF, exigência de lei complementar para disciplinar as matérias que integram a proposição.

18. A minuta de exposição de motivos contém a motivação de mérito, explicitando as razões de conveniência e oportunidade para o encaminhamento da proposição legislativa, aspectos que se inserem no âmbito de discricionariedade do Presidente da República, autoridade competente para apresentar o projeto de lei ao Congresso Nacional.

19. No que tange à **constitucionalidade material**, de modo geral, não se vislumbra incompatibilidade entre o conteúdo do anteprojeto e disposições da CF. Alguns aspectos da proposta, contudo, merecem especial atenção, sobretudo quanto aos possíveis efeitos e à forma como se relacionam com o direito infraconstitucional vigente. Passa-se à análise específica dessas questões, cabendo antecipar que, embora demandem observações de ordem jurídica, não permitem vislumbrar, à primeira vista, a existência de disposição do anteprojeto que, considerada em abstrato, viole normas constitucionais.

² “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]”

³ “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.”

I. Alienação fiduciária *a non domino*

20. A alienação fiduciária de coisa alheia (*a non domino*), especificamente na hipótese em que a garantia recai sobre coisa imóvel já alienada fiduciariamente e é prestada pelo mesmo fiduciante do primeiro negócio, é objeto dos parágrafos que a proposição busca incluir no art. 22 da Lei nº 9.514, de 1997, nestes termos:

Art. 22. [...]

§ 3º A alienação fiduciária de imóvel já alienado fiduciariamente, quando realizada pelo mesmo fiduciante do primeiro negócio jurídico, é admitida a registro imobiliário desde a data de sua celebração e tem sua eficácia condicionada a que o fiduciante adquira a propriedade na forma do art. 25.

§ 4º A propriedade superveniente do imóvel alienado fiduciariamente na forma do § 3º, adquirida pelo fiduciante em decorrência da resolução da propriedade fiduciária nos termos do art. 25, torna eficaz a transferência da propriedade fiduciária ao credor desde seu registro.

§ 5º É facultado ao credor beneficiário da garantia constituída na forma do § 3º sub-rogar-se na propriedade fiduciária, nos termos do art. 31.

§ 6º O inadimplemento de qualquer das obrigações garantidas pela propriedade fiduciária, ainda que na forma do § 3º, faculta ao credor declarar vencidas as demais obrigações de que ele for titular garantidas pelo mesmo imóvel, inclusive quando a titularidade decorrer do disposto no art. 31.

§ 7º O instrumento constitutivo da alienação fiduciária na forma do § 3º deve conter cláusula com a previsão de que trata o § 6º.

§ 8º A informação sobre o exercício, pelo fiduciário, da faculdade de que trata o § 6º, deverá constar da intimação a que se refere o § 1º do art. 26.

§ 9º Independentemente do implemento da condição de que trata o § 4º, o credor garantido pela alienação fiduciária constituída na forma do § 3º fica sub-rogado, desde a data de seu registro, no direito do fiduciante à percepção da importância que restar do produto de eventual venda do imóvel na forma dos arts. 26-A, 27 ou 27-A, observados os procedimentos estabelecidos no art. 33-H.

21. Na legislação atual e passada, encontram-se exemplos do expediente legal consistente em, num primeiro momento, considerar juridicamente inviáveis alienações e onerações feitas por quem não é proprietário no tempo da prática do ato e, paralelamente, prever a possibilidade de esse ato vir a ser aceito pelo ordenamento jurídico na hipótese de sobrevir a propriedade. O revogado Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) já dispunha nesse sentido em algumas situações, como se via em seus arts. 622 e 756:

Art. 622. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade. Mas, se o adquirente, estive de boa fé, e o alienante adquirir depois o domínio, considerar-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato.

Parágrafo único. Também não transfere o domínio a tradição, quando tiver por título um ato nulo.

[...]

Art. 756. Só aquele que pode alienar, poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar. Só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese, ou hipoteca.

Parágrafo único. O domínio superveniente revalida, desde a inscrição, as garantias reais estabelecidas por quem possuía a coisa a título de proprietário.

22. O CC vigente, por sua vez, traz disposições parecidas, por exemplo, nos arts. 1.268, § 1º, 1.361, § 3º⁴, 1.420, § 1º:

Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.

§ 1º Se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição.

[...]

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

[...]

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.

[...]

Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.

§ 1º A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono. [...]

23. Como se percebe, aquilo que o código revogado abordava do ponto de vista da validade (“considerar-se revalidada a transferência”; “o domínio superveniente revalida”), o CC vigente passou a enxergar a partir, sobretudo, do plano da eficácia (“considera-se realizada a transferência desde o momento”; “a propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz”; “a propriedade superveniente torna eficaz”). Uma explicação doutrinária dessa evolução pode ser encontrada no seguinte comentário à regra do art. 1.268, § 1º, do CC, evidenciando tratar-se de **pós-eficacização**:

Nesse ponto, o Código Civil caminhou bem. No Código de 1916, dizia-se que a aquisição superveniente do bem produziria a revalidação da transferência do bem, retroativamente ao momento do ato (art. 622, 2ª parte). Agora, o § 1º do art. 1.268 abdica da expressão revalidação.

Indubitavelmente, não há de se falar em revalidação, pois o plano de validade do negócio jurídico é aferido ao momento de sua gênese: ele nasce válido ou inválido. Não há validade ou invalidade superveniente [...], mas sim a pós-eficacização do negócio jurídico que era válido mas não poderia produzir efeitos reais pelo fato de o então alienante não ser o verdadeiro proprietário ao tempo da conclusão do negócio jurídico. [FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direitos reais. v. 5. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 514-515.]

⁴ Aplicável à alienação fiduciária de coisa imóvel por força da parte final do art. 1.368-A do CC: “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.”

24. Prosseguem os autores, examinando detalhadamente cada aspecto da alienação *a non domino* a partir dos planos da existência, da validade e da eficácia:

Em outras palavras, a venda de coisa alheia é, em princípio, um negócio jurídico inexistente perante o verdadeiro proprietário – que poderá reivindicá-la de quem quer que a detenha – e ineficaz perante o adquirente. Porém, tendo o vendedor adquirido a propriedade em razão de evento superveniente, o negócio jurídico que já era existente e válido para as partes ingressará finalmente no plano da eficácia, pois produzirá a transmissão de propriedade, retroativamente ao momento da celebração do negócio jurídico, em homenagem à boa-fé do adquirente. [FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. Op. cit., p. 515.]

25. Também é esclarecedora a seguinte passagem doutrinária referente ao art. 1.361, § 3º, do CC, que dispõe especificamente sobre a alienação fiduciária *a non domino*:

Em princípio, o fiduciante é o proprietário da coisa, que cuidará de aliená-la ao credor, surgindo a propriedade fiduciária. Entretanto, o § 3º do art. 1.361 do Código Civil permite que o negócio jurídico seja encetado pelas partes, com a concessão do crédito ajustado, mesmo que o devedor ainda não tenha adquirido a propriedade da coisa, bastando que em momento superveniente se promova tal aquisição, que produzirá eficácia retroativa à data da alienação fiduciária, como se desde o dia em que se concretizou o devedor alienante já fosse o dono. [FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. Op. cit., p. 532.]

26. Como se vê, a legislação atual só traz disposição expressa acerca do fato superveniente (aquisição da propriedade posteriormente à celebração da alienação fiduciária) e de sua consequência jurídica (atribuição de eficácia ao negócio jurídico de alienação fiduciária que havia sido celebrado quando o fiduciante não era proprietário do bem). Não há regramento específico dispondo sobre o ato antecedente, qual seja, a própria celebração do negócio de alienação fiduciária por fiduciante que não é proprietário ao tempo do ato. Essa ausência de disciplina expressa do ato antecedente é considerada pela exposição de motivos como a causa das dificuldades práticas enfrentadas para a aplicação do art. 1.361, § 3º, do CC, como se extrai do seguinte trecho daquele documento:

4. Passa-se, também, a prever de maneira expressa a possibilidade de se levar a registro imobiliário a alienação fiduciária de imóvel já alienado fiduciariamente. Atualmente, a falta de previsão legal expressa tem causado insegurança jurídica e recusa de cartórios em empreender o registro desde a data da celebração do negócio fiduciário, não obstante a legislação já preveja a possibilidade de pós-eficacização daquela garantia prestada originalmente a non domino.

27. Além disso, o regramento vigente não especifica a forma nem a razão da aquisição superveniente da propriedade. Assim, em tese, teriam enquadramento no art. 1.361, § 3º, do CC, situações em que aquele que alienou fiduciariamente coisa alheia adquirisse, posteriormente, a propriedade em decorrência de compra e venda ou herança, por exemplo.

5 A circunstância de o trecho transcrito tratar como sinônimas as figuras do devedor e do fiduciante não invalida nem prejudica a explicação quanto ao disposto no art. 1.361, § 3º, do CC. De fato, na origem, o regramento da alienação fiduciária de coisa imóvel levava à conclusão de que apenas o devedor poderia prestar a garantia fiduciária, tratando-o como “devedor fiduciante”. A título de exemplo o art. 22, *caput*, da Lei nº 9.514, de 1997, vale-se dos termos como sinônimos: “o devedor, ou fiduciante, [...]”. A possibilidade de a garantia de alienação fiduciária de coisa imóvel ser prestada por terceiros e para as obrigações em geral foi introduzida pelo art. 51 da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. A propósito, o anteprojeto em exame adapta diversos dispositivos da Lei nº 9.514, de 1997, a essa nova realidade em que o devedor e o fiduciante podem ser pessoas distintas.

28. Já aquele que era proprietário do bem e o alienou fiduciariamente em garantia de uma primeira obrigação – transferindo, portanto, a propriedade fiduciária a esse primeiro credor –, caso celebrasse nova alienação fiduciária daquele mesmo bem (*a non domino*, portanto) a um segundo credor, poderia, em tese, incidir na conduta penalmente relevante a que se refere o art. 66-B, § 2º, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965:

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.

[...]

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal.

29. Diante desse cenário, o novo § 3º do art. 22 da Lei nº 9.514, de 1997, tal qual proposto no anteprojeto, enfrenta simultaneamente duas importantes questões. Primeiramente, traz disciplina própria para o ato antecedente, aquele que ocorre antes da superveniente aquisição da propriedade pelo fiduciante. Nessa linha, estabelece que, especificamente na hipótese de imóvel já alienado fiduciariamente pelo mesmo fiduciante, a alienação fiduciária *a non domino* pode ser levada a registro. Assim, viabiliza a concretização do ato jurídico (o registro) que fixa o marco temporal até o qual retroagirão os efeitos da segunda alienação fiduciária, caso venha a ser preenchida a condição consistente na aquisição (ou reaquisição, na hipótese em exame) da propriedade pelo fiduciante. Tal consequência é especialmente relevante para fins de conferir prioridade ao crédito do beneficiário da alienação fiduciária *a non domino*, em relação a eventuais credores posteriores garantidos pelo mesmo imóvel.

30. Além disso, ao legitimar expressamente aquela conduta antecedente na hipótese específica em exame, o novo § 3º do art. 22 da Lei nº 9.514, de 1997, evidenciará que o fiduciante de coisa imóvel tem o direito de, mais uma vez, alienar fiduciariamente esse mesmo bem – ainda que esse segundo negócio fiduciário dependa de certa condição para que possa produzir efeitos. Assim, nessa situação específica, ficará excluída qualquer preocupação com a incidência da norma penal transcrita, já que não há crime quando o agente pratica o fato em exercício regular de direito (art. 23, inciso III, do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940⁶). Ou ainda, sem a necessidade de adentrar em minúcias do Direito Penal, pode-se sustentar que haverá revogação tácita parcial do art. 66-B, § 2º, da Lei nº 4.728, de 1965, apenas no que tange à alienação fiduciária de coisa imóvel, pois a lei nova trará disciplina incompatível com a anterior criminalização daquela conduta⁷.

31. Assim, uma situação que parecia ser apenas tolerada – e, em alguns casos, vedada – pelo sistema, passará a ser expressamente admitida, e seus efeitos terão disciplina mais detalhada.

⁶ “Exclusão de ilicitude: Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

⁷ Nesse sentido, a parte a seguir destacada do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942: “Art. 2º [...] § 1º **A lei posterior revoga a anterior** quando expressamente o declare, **quando seja com ela incompatível** ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

32. À luz da análise acima, vislumbra-se que, com a proposta, o proprietário de um imóvel poderá aliená-lo fiduciariamente a um primeiro credor, transferindo-lhe a propriedade fiduciária, mas preservando o direito real de aquisição (ou reaqquisição, desde que cumpra regularmente as obrigações garantidas), conforme o art. 1.368-B, do CC. Em seguida, contando com a expectativa de reaqquisição do imóvel, decorrente do citado direito real, aquele mesmo fiduciante aliena fiduciariamente o bem que não mais lhe pertence a um segundo credor que, ciente da situação (pois a primeira alienação fiduciária está registrada na matrícula do imóvel), terá ponderado os riscos envolvidos e decidido aceitar aquela garantia.

33. No cenário acima, caso a primeira obrigação seja inadimplida, o primeiro credor tenderá a consolidar a propriedade do imóvel (como estabelece o vigente art. 26, *caput*, da Lei nº 9.514, de 1997) e a proceder à execução extrajudicial para satisfazer seu crédito, de modo que o fiduciante não readquirirá a propriedade. Assim, não incidirá a regra da pós-eficacização (o futuro § 4º do art. 22 da Lei nº 9.514, de 1997, proposto pelo anteprojeto), e a segunda alienação fiduciária nunca produzirá efeitos⁸, comprometendo a garantia do segundo credor. Esse último terá a faculdade de, para preservar sua garantia, pagar a primeira dívida e, conseqüentemente, sub-rogar-se no crédito e na propriedade fiduciária do primeiro credor, na forma do já vigente art. 31 da Lei nº 9.514, de 1997 – hipótese expressamente prevista no almejado § 5º a ser incluído no art. 22 da mesma lei pelo anteprojeto.

34. Se, ao contrário, a primeira obrigação for devidamente cumprida, o fiduciante readquirirá a propriedade plena do imóvel (conforme o vigente art. 25, *caput*, da Lei nº 9.514, de 1997). Essa aquisição da propriedade pelo fiduciante, supervenientemente à realização da segunda alienação fiduciária, atrairá a incidência do futuro § 4º do art. 22 da Lei nº 9.514, de 1997. Em conseqüência, automaticamente, a propriedade fiduciária passará ao segundo credor, com efeitos retroativos à data do registro da segunda alienação fiduciária efetuado na forma do pretendido § 3º do art. 22 da mesma lei.

35. Assim, independentemente do mérito, a inovação em exame parece integrar-se de maneira harmônica com as disposições vigentes que regem os temas afins. Os efeitos dos novos dispositivos e dos atos praticados nos diversos cenários examinados também parecem suficientemente delineados, conferindo às partes previsibilidade razoável quanto às possíveis conseqüências de suas condutas.

II. Mudanças na regra da impenhorabilidade do bem de família legal

36. Outro aspecto do anteprojeto que demanda especial atenção é a alteração na regra que excepciona a impenhorabilidade do bem de família legal, quando o imóvel tiver sido dado em garantia. Trata-se da seguinte alteração no art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009, de 1990:

- Texto vigente:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

⁸ Salvo no que diz respeito ao direito do beneficiário da alienação fiduciária *a non domino* “à percepção da importância que restar do produto de eventual venda do imóvel”, conforme previsto no almejado § 9º a ser incluído no art. 22 da mesma lei pelo anteprojeto.

[...]

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; [...]

- Texto proposto:

Art. 3º [mantido]

[...]

V - para excussão de imóvel oferecido como garantia real, qualquer que seja a obrigação garantida ou a destinação dos recursos obtidos, e ainda que a dívida seja de terceiro; [...]

37. A proposição suprime limitações quanto à modalidade de garantia, elimina a exigência de que a garantia tenha sido prestada por casal ou entidade familiar e explicita não haver qualquer exigência no que tange à obrigação garantida ou à destinação dos recursos obtidos por meio da operação garantida. Assim, amplia o âmbito de incidência do dispositivo. E, como se trata de exceção à impenhorabilidade conferida por aquela lei, a proposição envolve a disciplina, no plano legal, do grau de proteção à dignidade da pessoa humana, à família e ao direito à moradia, positivados no arts. 1º, inciso III, 6º e 226, *caput*, da CF:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

38. Diante do caráter programático dos dispositivos acima, não há como afirmar, *a priori*, que as limitações buscadas pelo anteprojeto caracterizariam, por si só e em abstrato, violação direta do texto constitucional. A previsão constitucional dos direitos relativos à dignidade, à família e à moradia parece comportar diversos graus de concretização, pelo Direito infraconstitucional, deixando margem para as escolhas do legislador.

39. Por outro lado, a intenção de reduzir a insegurança jurídica, explicitada na exposição de motivos, pode não ser completamente alcançada pela proposição em análise. Afinal, justamente porque o novo dispositivo ampliará significativamente a exceção à impenhorabilidade, o Poder Judiciário pode entender que o futuro texto confere proteção insuficiente aos valores constitucionais citados. Consequentemente, tenderá a interpretar a exceção de modo restritivo, a fim de compatibilizar sua aplicação com o respeito a um núcleo mínimo dos direitos referentes à dignidade, à moradia e à família.

40. A respeito desse aspecto da proposição, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) chamou a atenção para o Tema de Repercussão Geral nº 1.127, pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ressaltando que trata de outra exceção à impenhorabilidade do bem de família (obrigação de fiança concedida em contrato de locação, especificamente no caso da locação não residencial), mas esclarecendo que a decisão daquele caso pode trazer fundamentação que tenha impacto na hipótese em exame. Diante dessa situação, adverte para o risco jurídico que pode surgir, a depender do sentido do futuro julgamento, como se extrai das seguintes passagens do Parecer SEI nº 11040/2021/ME, que acompanha a proposição:

Tendo em vista a divergência na solução dessa controvérsia constitucional pelas Turmas do STF, ora considerando impenhorável o bem de família do fiador em contrato de locação comercial (Segunda Turma), ora assentando sua penhorabilidade (Primeira Turma), e que o debate em torno do assunto tende a colocar em xeque, ainda que sob viés exclusivo do contrato de locação, os princípios que fundam a alteração legislativa pretendida, incumbe a este órgão alertar o possível risco que o citado julgamento pode gerar na defesa da constitucionalidade do projeto de lei.

Nesse sentido, o STF terá a oportunidade de se pronunciar, mais uma vez, sobre a ponderação entre os princípios da liberdade e da moradia e trilhar a direção de entendimento que reputa correta, considerando o novo marco jurídico inaugurado com a Lei de Liberdade Econômica, que enaltece o primeiro.

Há, dessa maneira, no panorama atual um possível risco de aumento de litigiosidade em torno da defesa da constitucionalidade do projeto de lei, difícil de ser mensurado enquanto não for finalizado o julgamento do Tema nº 1.127 de repercussão geral, mas que pode vir a ser ponderado pelos idealizadores da medida proposta, a fim de mapear o melhor momento para prosseguir com a sua tramitação.

[...]

À vista do exposto, a minuta não padece de nódoa de inconstitucionalidade formal ou material, podendo ser apresentada ao Congresso Nacional, em relação aos dispositivos aqui analisados, por meio de projeto de lei ordinária, ressaltando-se apenas a análise do risco da tramitação do seu art. 2º, enquanto pende o julgamento do Tema nº 1.127 de repercussão geral, que, apesar de tratar de outra exceção legal à regra de impenhorabilidade do bem de família, pode ter o condão de impactar a defesa da sua validade, a depender do rumo da argumentação esposada pelo STF.

III. Relação com a EMI nº 221/2021 ME BACEN e condição para a viabilidade jurídica do encaminhamento da proposição em exame

41. Como antecipado, o anteprojeto em exame busca alterar o § 4º do art. 9º-D da Lei nº 13.476, de 2017, que não existe na legislação em vigor. Trata-se de dispositivo que se pretende criar por meio da já mencionada EMI nº 221/2021 ME BACEN, ainda em tramitação no âmbito da Administração Pública Federal, cujo objetivo é instituir a extensão da alienação fiduciária, mediante a inclusão dos arts. 9º-A a 9º-D na Lei nº 13.476, de 2017.

42. Eventual apresentação de projeto de lei alterando a redação de parágrafo em artigo que não existe seria inconsistente com a técnica legislativa, pois a consequência esperada desse ato (que seria a aprovação do projeto e a publicação da lei) resultaria na presença de parágrafo isolado na lei alterada, sem vinculação com qualquer artigo.

43. Essa situação atentaria contra a exigência de ordem lógica das leis e seria, portanto, juridicamente inviável, como se extrai dos arts. 10, inciso II, e II, inciso III, alínea “c”, da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998:

Art. 10. Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:

[...]

II - os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens;

[...]

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

[...]

III - para a obtenção de ordem lógica:

[...]

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; [...]

44. Em última análise, a edição de lei ordinária em desconformidade com a citada Lei Complementar, apesar de não configurar inconstitucionalidade patente, poderia gerar insegurança jurídica, consistente na dificuldade de interpretação dos citados dispositivos.

45. Assim, para assegurar a melhor técnica legislativa e a necessária segurança jurídica, recomenda-se que o anteprojeto em exame seja apresentado ao Congresso Nacional apenas depois de editada a medida provisória objeto da EMI nº 221/2021 ME BACEN; ou, alternativamente, que o texto seja adequado à realidade vigente no ato da apresentação, excluindo-se a alteração do dispositivo inexistente, se for o caso.

CONCLUSÃO

46. Diante do exposto, trata-se de proposição legislativa que, considerada em abstrato, não permite vislumbrar inconstitucionalidade formal nem material, não havendo óbice jurídico a que o Presidente do BCB subscreva a exposição de motivos conjunta, na forma do art. 29-A combinado com o art. 29 do Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017.

47. No que se refere especificamente à proposta de alteração do § 4º do art. 9º-D da Lei nº 13.476, de 2017 (artigo que não existe atualmente), para assegurar a melhor técnica legislativa e a necessária segurança jurídica, recomenda-se que o anteprojeto em exame seja apresentado ao Congresso Nacional apenas depois de editada a medida provisória objeto da EMI nº 221/2021 ME BACEN (que incluirá naquela Lei o citado art. 9º-D); ou, alternativamente, que o texto seja adequado à realidade vigente no ato da apresentação, excluindo-se a alteração do dispositivo inexistente, se for o caso.

48. Embora não constituam óbice, alguns aspectos da proposta merecem especial atenção, sobretudo no que diz respeito aos possíveis efeitos e à forma como se relacionam com o direito infraconstitucional, especialmente no que tange à alteração da impenhorabilidade do bem de família, conforme exposto no **tópico “II”** deste parecer, a título de subsídio jurídico para as escolhas de conveniência e oportunidade.

49. Reitera-se a ressalva de que esta análise jurídica não abrange a parte da proposição que não se relaciona com as competências do BCB.

50. Por força da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018, do Procurador-Geral do Banco Central (especialmente os arts. 2º, IV, 3º, III, “i”, e § 3º), registra-se que esta manifestação submeteu-se a “restrição de acesso em razão de informação protegida por sigilo legal”, especificamente na hipótese de “documento preparatório”. Destaca-se que se trata de “restrição de acesso provisória, até a edição do ato ou decisão, na forma do art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.527, de 2011, e do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012”.

51. Mais especificamente, o assunto discutido ainda depende de decisões no Poder Executivo, de modo que a restrição de acesso não se aplica às instâncias governamentais responsáveis pelas etapas remanescentes do processo de discussão e encaminhamento da proposição.

A sua consideração.

JOSÉ DE LIMA COUTO NETO
Procurador do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)
OAB/BA 17.584

De acordo.

À Senhora Subprocuradora-Geral Titular da Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCiPG).

DIANA LOUREIRO MACIEL DE MOURA
Subprocuradora-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (PRNOR)
OAB/AL 8.074

De acordo.

Ao Senhor Procurador-Geral Adjunto da Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial (PGA-1), em razão da matéria.

WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA
Subprocuradora-Geral do Banco Central
Câmara de Consultoria Geral (CCiPG)
OAB/DF 10.000

(Seguem despachos.)

Aprovo o escoreito pronunciamento legal.

Ao Sr. Procurador-Geral, em atendimento ao art. 9º, inciso I, da Ordem de Serviço nº 4.747, de 19 de abril de 2012, e ao art. 32, inciso V, do Regimento Interno do Banco Central.

MARCEL MASCARENHAS DOS SANTOS
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central
Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial (PGA-1)
OAB/DF 31.580

Aprovo, chamando atenção para o aspecto indicado nos parágrafos 41 a 45 e 47 do pronunciamento legal.

Remeta-se ao senhor Presidente.

CRISTIANO COZER
Procurador-Geral do Banco Central
OAB/DF 16.400 – Matrícula 2.191.156-8