

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO MARCO LEGAL DAS GARANTIAS – ECONOMIA PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E MAIOR FOMENTO AO CRÉDITO NACIONAL

Tax Aspects of the Legal Framework for Guarantees – Cost Savings for Financial Institutions and Enhanced Promotion of National Credit

Rafael Spínola Castro¹
Thaylan Granzotto²

ÁREAS: Direito Tributário. Direito Civil. Direito Registral Imobiliário.

RESUMO: Durante muitos anos, a hipoteca foi amplamente utilizada no sistema financeiro e habitacional nacional como a principal garantia das operações imobiliárias. Em 1997, houve o surgimento da alienação fiduciária imobiliária. Considerando a alta da inflação na economia, o aumento da inadimplência e a demora da execução judicial do crédito hipotecário, a hipoteca foi perdendo força, tendo ocorrido sua maior derrocada em 2005, com a edição da súmula 308 pelo STJ. Desde então, as instituições financeiras passaram a utilizar a alienação fiduciária como a regra geral de garantia imobiliária, dada sua maior segurança e rapidez de execução. Entretanto, no final de 2023, houve a criação do Marco Legal das Garantias, que alterou significativamente a dinâmica das garantias reais e suas respectivas execuções. Analisando esta nova lei, identificamos uma maior segurança jurídica para o sistema de crédito, como um todo, por meio de processos de execução mais céleres e menos onerosos, trazendo economia, inclusive tributária,

¹ Tabela de Notas no Cartório de Ipiguá-SP. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidad Social Del Museo Argentino (Buenos Aires - Argentina). Professor convidado da USP (FDRP) na pós-graduação em Direito Notarial e Registral. Pós-graduado em Direito Civil e Imobiliário pela Universidade Anhanguera. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral pelo Instituto Brasileiro de Estudos (IBEST - Faculdade Arthur Thomas - PR). Endereço eletrônico: rafael.cartorio@terra.com.br. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2184551012138205>>. Advogado tributarista do grupo Rodobens S.A. Pós-graduado em Direito Tributário pela PUC-Minas. Endereço eletrônico: granzotto.thaylan@gmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0614987009745231>>.

² Advogado tributarista do Grupo Rodobens S.A. Pós-graduado em Direito Tributário pela PUC-Minas. Endereço eletrônico: granzotto.thaylan@gmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0614987009745231>>.

para as instituições financeiras, com alto potencial de fomento ao crédito para a população. O presente artigo tem como objetivo examinar a Lei 14.711/2023 (Marco Legal das Garantias), compará-la com a legislação anterior, com enfoque tributário sobre as garantias da hipoteca e da alienação fiduciária, analisando a jurisprudência e os tributos que incidem sobre as operações patrimoniais (ITBI, IPTU e IPVA), para identificar melhores modelos de negócios e contratos, visando economia tributária com segurança, e por fim, estimar possíveis impactos no mercado de crédito, sobretudo imobiliário. A metodologia adotada pelos autores, quanto ao procedimento, é a bibliográfica (em que se analisa a legislação, a jurisprudência, a produção acadêmica e a literatura a respeito do tema), quanto à abordagem, é a qualitativa (busca-se valorar os modelos estudados para firmar juízos e emitir conclusões assertivas) e quanto à natureza, é a aplicada (busca-se solucionar problemas práticos e gerar conhecimento aplicável e replicável, para advogados, analistas, consultores, empresários, contadores e demais profissionais envolvidos nas operações de crédito financeiro).

PALAVRAS-CHAVE: Marco Legal das Garantias. Hipoteca. Alienação Fiduciária. IPTU. ITBI. IPVA.

ABSTRACT: For many years, mortgages were widely used in the national financial and housing systems as the primary form of collateral for real estate transactions. However, the introduction of fiduciary transfer for real estate in 1997 marked a turning point. With rising inflation, increasing defaults, and delays in the judicial enforcement of mortgage credit, the use of mortgages began to decline, culminating in their sharpest drop in 2005 following the issuance of Precedent 308 by the Superior Court of Justice (STJ). Since then, financial institutions have predominantly adopted fiduciary sale as the standard for real estate collateral due to its greater security and faster execution process. At the end of 2023, the introduction of the Legal Framework for Guarantees significantly reshaped the dynamics of real guarantees and their enforcement mechanisms. An analysis of this new law reveals enhanced legal certainty for the credit system, streamlined and less costly enforcement processes, and resulting cost and tax savings for financial institutions. These changes hold high potential for expanding access to credit for the population.

This article aims to examine Law 14,711/2023 (the Legal Framework for Guarantees) by comparing it with prior legislation, focusing on the tax implications of mortgage and fiduciary sale guarantees. It analyzes jurisprudence and taxes associated with property transactions (such as ITBI, IPTU, and IPVA) to identify optimal business models and contracts that balance tax efficiency with legal certainty. Finally, the study estimates the potential impacts of these changes on the credit market, particularly in real estate. The methodology employed is bibliographic, involving the analysis of legislation, jurisprudence, academic works, and literature on the subject. The approach is qualitative, aiming to evaluate the studied models to make judgments and provide assertive conclusions. This applied research seeks to address practical challenges and generate actionable and replicable knowledge for professionals such as lawyers, analysts, consultants, entrepreneurs, accountants, and others involved in financial credit operations.

KEYWORDS: Legal Framework of Guarantees. Mortgage. Fiduciary Sale. IPTU. ITBI. IPVA.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Hipoteca e Alienação Fiduciária. 2. Tributação. 3. Marco Legal das Garantias. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Visando diminuir o déficit habitacional e efetivar o direito à moradia, presente na Constituição Federal (Art. 6º), várias políticas públicas foram criadas pelo governo nacional. Uma delas foi a criação do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), pela Lei 4.380/1964. Junto ao SFH, na Lei 4.380/64, foi criado o Banco Nacional de Habitação (BNH), que utilizava recursos da caderneta de poupança e do FGTS para realizar financiamento habitacional de longo prazo.

No entanto, no final da década de 80, o BNH foi extinto em decorrência do colapso do sistema financeiro imobiliário, ocasionado pela alta inadimplência. Inadimplência esta, por sua vez, causada pela grave crise que vivia o país, com alta inflação, decorrente da crise do petróleo e da alta dívida externa. Os devedores (mutuários) não conseguiam arcar com o alto aumento das prestações e com os altos índices de correção dos saldos devedores.

Neste período, a garantia utilizada pelas instituições financeiras para lastrear o crédito imobiliário era basicamente a hipoteca, que existe no país desde 1843. No Código Civil de 1916, houve um capítulo próprio para tratar da hipoteca, previsto nos artigos 809 a 855.

Após a crise ocorrida no SFH, em 1997, a Lei 9.514/97 cria o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) e, junto a ele, a garantia real da alienação fiduciária, que até então só existia para bens móveis. Essa criação se deu para fomentar o mercado imobiliário e a habitação nacional. A Lei 9.514/97 trouxe a alienação fiduciária como uma nova garantia muito mais interessante para as instituições financeiras, porque permitia (e ainda permite) sua execução, no caso de inadimplemento/mora, de maneira extrajudicial com muito mais celeridade e menor custo. Pois um grande problema que ocorria com a hipoteca, na hora de executá-la, eram os gastos judiciais (com advo-

gado, taxas e custas judiciais), em que o processo tramitava por anos até se resolver.

Desse modo, a alienação fiduciária agilizou muito a execução da garantia e de maneira muito menos onerosa. Além do fato da alienação fiduciária ser mais interessante do ponto de vista financeiro e operacional, para as instituições financeiras, trazendo maior segurança jurídica para o mercado de financiamento imobiliário, outro fato que afastou as instituições financeiras da hipoteca foi a edição da súmula 308 pelo STJ.

De modo bastante sintético e simplório, a súmula 308 foi editada no contexto de operações triangulares, que envolviam: a) construtoras/incorporadoras; b) agentes financeiros; c) adquirentes de boa-fé. O caso central envolvia a empresa ENCOL, construtora e incorporadora imobiliária de Goiás, que faliu por ingerência e suspeita de fraude contra o sistema financeiro. A incorporadora tomava empréstimo de bancos para realizar empreendimentos e estes imóveis eram hipotecados como garantia. Porém, os valores recebidos de determinados empreendimentos eram utilizados em outros, de modo que os contratos com os bancos não eram quitados e, ao buscar judicialmente a execução da garantia hipotecária, o judiciário se deparava com imóveis na posse de adquirentes de boa-fé, que haviam quitado seu contrato com a incorporadora.

Anteriormente à súmula, havia decisões que consideravam como critério para que a instituição financeira pudesse ou não executar a garantia em posse de terceiro, o momento da promessa de compra e venda: se fosse antes da hipoteca, não haveria o direito; se depois, haveria. Então, depois de diversos processos semelhantes tramitarem em vários tribunais do país, o STJ ementou a seguinte súmula: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”, e definiu-se que o momento era irrelevante, tendo o terceiro adquirente boa-fé presumida.

Tendo em vista que na hipoteca a venda é permitida pelo mutuário e na alienação fiduciária, não, as instituições financeiras, que já haviam começado a utilizar a alienação fiduciária devido a sua rapidez e baixo custo de execução, viram nesta garantia uma segurança jurídica bastante superior à hipoteca.

Desde o surgimento da alienação fiduciária e da criação do SFI, com a Lei 9.514/97, o mercado imobiliário cresceu bastante no país, saindo de 1,5% do PIB, em 2003, para 10,25% hoje, em 05/2024. Nesse período houve oscilações, o crescimento não foi linear e ininterrupto, vale pontuar. De 2002 a 2014, houve crescimento contínuo, seguido de queda nos três anos seguintes (2015, 2016 e 2017). Contudo, em 2018 o financiamento imobiliário voltou a crescer, chegando a seu ápice em 2021, seguido por nova queda em 2022 e 2023.

O crescimento do mercado imobiliário é real e notável. Não obstante, apesar de todo este crescimento, de acordo com o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), quase 10% dos domicílios brasileiros possuem estrutura precária e o déficit habitacional é significativo, de modo que milhões de famílias precisam dispor de grande parte de sua renda com aluguel. O referido instituto realizou uma pesquisa, em 2020, onde concluiu que comprar um imóvel é mais vantajoso do que alugar em pelo menos 2/3 dos casos. Analisando o mercado nacional, mesmo considerando a taxa de juros dos financiamentos e a inflação e as diversas variáveis do mercado, constata-se que a longo prazo o financiamento de um imóvel próprio é mais vantajoso.

Novamente em 2023, houve alteração nas garantias reais com a criação do Marco Legal das Garantias (MLG), por meio da Lei 14.711/2023. Esta Lei fomenta a política habitacional na medida em que promove o crédito, ao trazer maior celeridade, economia e segurança jurídica às relações. Isso porque, embora a alienação fiduciária tenha modernizado o sistema de crédito imobiliário e mobiliário, ainda há problemas e custos que encarecem o crédito e sua execução, como os custos tributários com o ITBI (para a consolidação da propriedade resolúvel na execução extrajudicial) e/ou com o IPTU (no caso de imóveis) ou com o IPVA e multas (no caso de automóveis), que são cobrados da instituição financeira na condição de proprietária resolúvel do bem, enquanto credora fiduciária. Como consequência desses riscos tributários, que são efetivos encargos, despesas para o negócio, as instituições financeiras aumentam os juros e diminuem o crédito.

O novo MLG (Marco Legal das Garantias) inovou nas garantias reais, sobretudo na hipoteca, e resolveu este problema na medida em que a utilização da hipoteca afasta o ITBI e o IPTU do credor hipotecante e permite executar mais rapidamente o bem móvel alienado fiduciariamente, no caso

dos veículos, diminuindo os riscos e custas com IPVA e multas, mediante execução extrajudicial da garantia.

1. HIPOTECA E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Antes de nos debruçarmos sobre as questões tributárias, importante é definir as bases da hipoteca e da alienação fiduciária, não como mera repetição de conceitos, mas como forma de delimitar com precisão os objetos para trabalhar com rigor sobre eles.

A hipoteca é um direito real de garantia sobre coisa alheia, de natureza civil, indivisível (grava o bem em sua totalidade), que é embasada em dois princípios: a publicidade (para ser considerada efetivamente um direito real, deve ser registrada em cartório para produzir eficácia *erga omnes*) e a especialização (refere-se sobre um bem específico, indicado por suas características que o identificam por natural e *ope legis*, atributo de infungibilidade inerente aos bens imóveis), além de assegurar o direito de sequela ao seu titular (direito de buscar a coisa onde quer que ela esteja e independente de com quem esteja, sendo assim, oponível *erga omnes*). Esta garantia permanece vigente em favor do credor até que a dívida seja extinta.

No caso da venda do imóvel hipotecado, a dívida acompanha o bem e o adquirente deve entregar o imóvel caso não haja o pagamento (Art. 1.479 do CC):

Existem três tipos de hipoteca: a convencional (firmada em contrato), a legal (firmada em lei) e a judicial (firmada em decisão judicial). Abordaremos aqui somente a convencional. A hipoteca convencional decorre de um acordo de vontade entre partes (credor hipotecário e o devedor principal ou terceiro hipotecante). O direito de sequela indica a permissibilidade de alienação do bem hipotecado, o que revela ser um bom benefício para o devedor. Um ponto negativo da hipoteca é que no caso de falência, a hipoteca é preterida pelos créditos trabalhistas de até 150 salários-mínimos (Art. 83 da Lei 11.101/2005).

A alienação fiduciária, por sua vez, também é um direito real de garantia em que o credor possui a propriedade resolúvel (a garantia e o contrato se resolvem, se encerram, consolidando a propriedade em favor do credor,

no caso de inadimplemento do devedor fiduciante). O credor fiduciário tem direito de sequela para excutir o bem e satisfazer o crédito no caso de inadimplemento.

O professor Melhim Namen Chalhub descreve a alienação fiduciária como garantia real *sui generis*, pois não está prevista no título de direitos reais, mas tampouco pode ser classificada como propriedade do credor:

A nova redação do art. 1.367 do Código Civil afasta em definitivo a possibilidade de qualquer equívoco quanto à natureza jurídica da propriedade fiduciária, deixando claro que, por exercer função de garantia, esse direito real vincula o bem ao cumprimento de determinada obrigação (CC, art. 1.419) e priva o credor de fruição ou apropriação da coisa (CC, arts. 1.365 e 1.428). Assim, tal como nos demais direitos reais de garantia, a posse e a fruição do bem objeto de propriedade fiduciária são atribuídos com exclusividade ao devedor fiduciante e, no outro polo da relação jurídica, o Código Civil restringe os poderes do credor fiduciário mediante (i) vinculação do bem ao cumprimento da obrigação, e não à pessoa do credor (CC, art. 1.419),¹⁷ (ii) vedação ao pacto comissório, que impede o credor de ficar com a coisa objeto de propriedade fiduciária se a dívida não for paga no vencimento (CC, art. 1.365),¹⁸ e (iii) obrigação de vender o bem, judicial ou extrajudicialmente, para pagar-se em dinheiro, entregando ao devedor o saldo, se houver (CC, art. 1.364).

Assim, verifica-se que tanto a hipoteca quanto a alienação fiduciária são garantias reais relacionadas a algum bem que fica atrelado a um contrato com a instituição financeira, em troca de um empréstimo/financiamento em favor do devedor. O bem, objeto da garantia, não pode ser classificado como propriedade do credor, porque se trata de uma garantia relacionada a um valor, expresso em dinheiro, que a instituição financeira emprestou ao fiduciante. E em ambos os casos quem tem o *animus domini* é o devedor.

No caso da hipoteca isso é mais perceptível, tendo em vista que o imóvel pode ser alienado/vendido. Já na alienação fiduciária, pelo fato de o bem não poder ser vendido, enquanto o contrato não for resolvido ou quitado, a propriedade formal parece estar com o credor. Mas não está, pois a propriedade é caracterizada, cumulativamente pelos poderes de: uso, gozo, fruição, disposição e reivindicação (Art. 1.228 do CC/02). E o credor, tanto hipotecário quanto fiduciário, não possuem senão o direito de sequela, que se assemelha

ao direito de reivindicação, mas somente existe em potência, para evento futuro, quando houver a constituição da mora e o contrato for resolvido.

Cada uma dessas garantias possui vantagens e desvantagens comparativas. Para o devedor, a hipoteca é mais vantajosa sob a perspectiva de poder alienar o bem, até mesmo para quitar a hipoteca, por exemplo; ao passo que para o credor, a alienação fiduciária era mais interessante que a hipoteca (antes do MLG), porque com ela podia-se evitar o processo de execução judicial, em um processo mais célere e menos oneroso. No caso da hipoteca, outro ônus para o credor é o fato de poder ter a garantia preterida para saldar dívidas preferenciais no concurso de credores no caso de falência empresarial, o que também torna esta garantia menos interessante, pois a preferência dos credores garantidos, embora estabelecida por lei, não é absoluta e sofre algumas restrições, especialmente quando há incidência de créditos superpreferenciais, como os créditos trabalhistas e os decorrentes de acidente de trabalho (art. 83, inciso I). Esses créditos têm prioridade absoluta sobre os créditos garantidos, ainda que os titulares de garantias reais tenham o direito de serem pagos com o produto da alienação do bem.

Outra questão importante é a presença de créditos tributários que também podem interferir na satisfação integral do crédito garantido. Embora os créditos tributários venham depois dos créditos garantidos na ordem de preferência, tributos incidem diretamente sobre o bem e muitas vezes são exigidos dos credores.

Após nos debruçarmos sobre a tributação que incide sobre as operações envolvendo bens móveis e imóveis, objetos das garantias analisadas aqui (hipoteca e alienação fiduciária) e sobre o Marco Legal das Garantias, voltaremos a pontuar, de maneira mais completa e atualizada, as vantagens e desvantagens de ambas as garantias.

2. TRIBUTAÇÃO

No fim da introdução deste artigo, indicamos riscos e custos tributários envolvendo as operações de crédito. Estes riscos e custos são específicos da alienação fiduciária, cuja garantia é feita por meio de bens móveis (automó-

veis) ou imóveis. Referem-se ao IPTU, ITBI e IPVA. Mas há, também, riscos não tributários, como multas de trânsito, relacionados à alienação fiduciária.

Pelo fato de a instituição financeira constar no documento do bem (matrícula de imóvel ou CRV/DUT do automóvel) e ser economicamente mais forte que o devedor fiduciante, e pelo fato de a Constituição não definir o conceito de propriedade, os Fiscos municipais (no caso do IPTU) e estaduais (no caso do IPVA) possuem em sua legislação normas que abrangem indevidamente os credores fiduciários como sujeitos passivos desses tributos, classificando-os como proprietários sem fazer distinção entre proprietários plenos e detentores de propriedade resolúvel (garantia que pode transferir a propriedade do bem ao credor em caso de inadimplência do devedor).

O IPTU tem como fato gerador a propriedade imobiliária urbana e a posse ou domínio útil (Art. 156, I da CF e Art. 29 do CTN). Como dito, a definição de propriedade não é trabalhada na Constituição nem no Código Tributário Nacional (CTN); ela é expressa no Código Civil, em seu artigo 1.228, que explicita a propriedade exatamente como a expressão do domínio útil, ou seja, como o acúmulo dos direitos de: uso, gozo, fruição, disposição e reivindicação. Não é por outra razão que a lei 13.043/14 incluiu no Código Civil o parágrafo único do artigo 1.368-B que revela que o IPTU e demais tributos só serão devidos pelo credor fiduciário quando ocorrer a transferência da propriedade plena em seu favor (seja pela consolidação, adjudicação, recebimento em dação ou outra forma). E em 2023 a lei 14.620/23 incluiu na lei específica de alienação fiduciária (lei 9.514/97) o parágrafo 2º do artigo 23, que traz como obrigação do fiduciante o pagamento do IPTU.

Com relação à incidência do IPTU sobre a posse, não se trata do mero uso, gozo e fruição que o locatário tem do bem imóvel. A posse sobre a qual incide o IPTU é justamente aquela exercida com *animus domini*, por aquele que age como dono, por exemplo: o promitente comprador. E isso tudo é completamente de acordo com a lógica do sistema tributário, tendo no princípio da capacidade contributiva (Art. 145, §1º da CF) sua forma. Pois não faz sentido que a quem não é dado o uso, o gozo e tenha a possibilidade de extrair do bem recursos, ter de arcar com os tributos que incidem sobre a capacidade econômica daquele bem. Nesse sentido, o artigo 27, §8º da lei de alienação fiduciária também reitera que os tributos relativos ao imóvel são de responsabilidade do devedor fiduciante.

Importante pontuar que o legislador, ao deixar expresso na lei específica de alienação fiduciária que os tributos são de responsabilidade do devedor, não está utilizando a lei civil para tributar ou criar ou alterar previsão de responsabilidade tributária; está somente explicitando a natureza das operações e deixando mais claro o que significa ser proprietário. Daí porque o CTN veda a atribuição de conceitos (Art. 110), pois é o direito civil a fonte dos institutos jurídicos sociais. Assim é que prevalecem as leis especiais naquilo que têm de específico (Art. 1.368-A do CC/02).

O já citado professor Chalhub é bastante feliz ao afirmar que a natureza da “propriedade fiduciária” não é de propriedade, mas de garantia:

Em relação à garantia fiduciária, a neutralidade decorre da própria natureza dos direitos reais de garantia, pois a propriedade fiduciária é constituída mediante articulação dos elementos essenciais dessa categoria de direitos, isto é, (i) o crédito garantido, que é o direito principal, e (ii) a vinculação de determinado bem ao cumprimento da obrigação, mediante contrato acessório ao de crédito. Nessa configuração, o direito que integra o ativo do credor (proprietário fiduciário) é o direito de crédito, e não o direito de propriedade sobre o bem objeto da garantia; esse direito, de natureza resolúvel, constitui apenas uma garantia e não integra o ativo do patrimônio do credor-fiduciário, como ocorre em relação a qualquer outra espécie de garantia.

Oilustreprofessordemonstraqueoimóvelobjetodagarantianãoincrementa o patrimônio do credor e por isso possui natureza neutra. Disso tudo se deduz que o termo “propriedade”, da expressão “propriedade fiduciária”, é equívoco. A garantia imobiliária não é propriedade do credor fiduciário. Se fosse: a) não haveria a consolidação da propriedade em favor deste com a efetiva transferência, sobre a qual incide ITBI, quando ocorre a resolução do contrato; b) não haveria vedação ao pacto comissório (proibição do credor receber o bem do fiduciante para saldar a dívida); c) os bens entrariam no estoque ou no ativo imobilizado da contabilidade da instituição financeira, não obstante estes valores são contabilizados em Contas a receber, quando o fiduciante da instituição financeira está adimplente, ou na conta contábil de BNDU (Bens Não de Uso), quando após o fiduciante estar inadimplente a propriedade resolúvel (leia-se: garantia) se consolida.

Nos casos de bens móveis, mais especificamente automóveis, sobre os quais incide IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores),

além dos motivos já expressos, menos razão ainda tem os Estados em classificá-los como sendo de propriedade do credor fiduciário. Pois tratando-se de bens móveis, a propriedade é transferida mediante simples tradição (Art. 1.267 do CC). Não obstante, o credor fiduciário sofre com protestos e execuções fiscais decorrentes de débitos de IPVA e também com multas de trânsito.

A lei de alienação fiduciária sobre bens móveis (Decreto Lei 911/69) não veda a execução da garantia de maneira extrajudicial. Mas, para que haja a execução da garantia (automóvel), é necessário que o bem esteja na posse do credor. No caso de automóveis, a realidade fática, em regra, é que o bem fica na posse do devedor e este, quando está em mora, não o entrega amigavelmente. Então é necessário que o credor ajuíze uma ação de busca e apreensão. Apesar de atualmente esta execução judicial estar mais célere, exigindo do credor para o deferimento da liminar a simples comprovação de notificação do devedor (carta com AR registrado sem necessidade de recebimento pessoal pelo devedor) o custo de tal medida muitas vezes não é interessante e outras vezes o resultado é ineficaz, seja pela não localização do bem, seja pelo seu perecimento.

Com relação ao ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis Inter Vivos), ele é cobrado pelos Municípios (e pelo Distrito Federal) de onde está localizado o imóvel, quando há a transferência da titularidade. A sua incidência ocorre, na prática, quando há a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário. Chalhub defende que sobre a consolidação não deveria incidir ITBI, pois a Constituição prevê imunidade de ITBI sobre direitos reais de garantia e a Lei geral do ICMS (Lei Kandir) também isenta as operações de alienação fiduciária da incidência do imposto, que tem como fato gerador a transferência de titularidade (o mesmo fato gerador do ITBI, só que no caso do ICMS a incidência é sobre mercadoria e, no ITBI, é sobre transferência de imóvel à título oneroso).

Vejamos o texto na Constituição:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, **exceto os de garantia**, bem como cessão de direitos a sua aquisição (Negritos nossos).

Agora vejamos o que diz a Lei Kandir:

Art. 3º O imposto não incide sobre: VII - operações decorrentes de alienação fiduciária em garantia, **inclusive a operação efetuada pelo credor em decorrência do inadimplemento do devedor** (Negritos nossos).

De fato, o autor está correto em seu raciocínio. Os Municípios e o DF não poderiam exigir o ITBI no momento da consolidação da propriedade, posto que o credor fiduciário não teria todas as características e atributos de proprietário (uso, gozo, poder de fruição e poder de disposição), já que não poderá, após ocorrida a consolidação, fruir do bem (um dos atributos essenciais da propriedade) e que a estrutura tributária (a exemplo do dispositivo constitucional e do dispositivo da lei Kandir, citados acima) vê na consolidação não uma efetiva transferência, mas sim uma imposição legal da lei de alienação fiduciária, para que o credor alcance a efetivação da sua garantia e o pagamento do contrato, o que não se confunde com a propriedade.

No entanto, o STF entendeu, no tema de repercussão geral nº 1.124, que a propriedade imobiliária, para fins de transferência, é caracterizada pelo registro em cartório, tal como disciplina o Código Civil em seus artigos 1.227 e 1.245.

Além disso, a lei de alienação fiduciária imobiliária (Lei 9.514/97) exige o pagamento do ITBI (Art. 26, §7º) para a consolidação da propriedade, para que a garantia seja executada. Então, independentemente de haver imunidade ou não incidência do ITBI, a operacionalização da execução da garantia faz com que na prática não seja possível afastar o tributo de modo ordinário.

No próximo tópico deste artigo, em que trataremos do Marco Legal das Garantias (MLG), iremos sugerir uma alternativa para afastar a incidência do ITBI para os credores.

Vale ainda mencionar que há, no STF, o tema de repercussão geral nº 1.153, em que se discute a possibilidade de cobrança do IPVA dos credores fiduciários e, no STJ, o tema repetitivo nº 1.158, que trata da possibilidade de cobrança de IPTU dos credores fiduciários. Ambos os temas estão pendentes de julgamento até o presente momento.

3. MARCO LEGAL DAS GARANTIAS

Publicada em 31/10/2023, a Lei 14.711/2023 trouxe diversas mudanças nas garantias, por exemplo: a possibilidade de alienação superveniente (o devedor pode obter novo financiamento com outra instituição financeira, utilizando o mesmo imóvel, desde que haja valor positivo entre o saldo devedor e o valor do bem), a possibilidade de recarregamento da alienação fiduciária (parecido com a alienação superveniente, mas o crédito é obtido com a mesma instituição financeira sem necessidade de firmar novo contrato, bastando aditar e realizar nova averbação na matrícula); a figura do agente de garantias (sujeito intermediário entre o credor e o devedor, contratado por aquele para gerir as garantias firmadas em operações de crédito), cláusula *cross default* na alienação fiduciária (o credor pode exigir o vencimento antecipado de todos os contratos firmados entre ele e o devedor sobre aquele imóvel), a realização de arbitragem por tabeliães de notas e várias outras mudanças.

O Marco legal das garantias promove a desjudicialização, a segurança jurídica nas relações de crédito, além de fomentar o próprio crédito e a redução da taxa de juros, de maneira indireta. A desjudicialização é promovida a partir de práticas de soluções alternativas para resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, de modo a diminuir os litígios judiciais, promover uma cultura mais compositiva e menos litigiosa e reduzir custos e tempo nos processos com autonomia das partes (sem prejuízo de optarem pela via judicial que foi preservada).

Questionamentos sobre a ilegitimidade da realização de arbitragem por tabeliães no Brasil, desempenhando funções próximas da jurisdição privada, não se sustentam. Tendo em vista que os tabeliães são delegados públicos, concursados, com alto nível de conhecimento técnico-jurídico, diretamente fiscalizados pelo Poder Judiciário por meio da Corregedoria do Tribunal de Justiça que realiza inspeções e correições anuais, respondem administrativamente, civilmente e criminalmente por todas as infrações cometidas. Outro ponto bastante benéfico deste modelo é a abrangência territorial dos cartórios que estão espalhados por todo país. Há diversas regiões que não possuem fórum ou tribunal, mas que possuem cartórios.

A segurança jurídica é promovida na medida em que há meios mais rápidos e baratos para executar a garantia, como a execução extrajudicial da

hipoteca, no caso de imóveis (Art. 9º da Lei 14.711/2023), desde que haja previsão expressa em contrato, sobre a qual não incide nem há risco de cobrança do ITBI e do IPTU; e a possibilidade de busca e apreensão extrajudicial de automóveis (Art. 8-C do Decreto Lei 911/69), para executar a garantia sobre a qual se cobra IPVA e multas. Estas possibilidades previstas na nova lei do MLG fomentam o crédito e a redução da taxa de juros, ampliando o acesso ao financiamento, na medida em que reduz os custos e riscos das operações de crédito para as instituições financeiras, estimulando o setor.

Conforme vimos ao longo deste artigo, a garantia da hipoteca tinha desvantagens para os credores, se comparada com a alienação fiduciária. Pois na alienação o devedor não podia (e ainda não pode) vender o imóvel, de modo que o bem imóvel parece ser uma garantia mais sólida; na alienação fiduciária, não havia (e não há) concurso entre credores (no caso de falência); e na alienação fiduciária, a execução era mais rápida e barata por ser extrajudicial. Na hipoteca, o devedor poderia alienar o bem, o qual concorria com credores em processos de insolvência empresarial e a execução da garantia era somente judicial e levava anos para se resolver. Soma-se a isto o fato de correlacionarem negativamente a hipoteca com a grande inadimplência ocorrida nos anos anteriores à criação da alienação fiduciária e do SFI, além da correlação negativa da hipoteca à súmula 308 do STJ, que veda a execução da garantia contra adquirentes de boa-fé, a hipoteca foi quase que completamente abandonada.

Porém, como expusemos, a alienação fiduciária também possui riscos e custos tributários para as instituições financeiras, que o novo Marco Legal das Garantias (MLG) resolveu. No entanto, essas oportunidades não estão sendo visualizadas pelas instituições financeiras, haja vista que, de acordo com as estatísticas do Banco Central (BACEN), mesmo após o novo MLG, a quantidade de imóveis adquiridos com hipoteca está caindo, ao passo que os imóveis adquiridos por meio de alienação fiduciária sobem.

Antes do MLG, a hipoteca praticamente só tinha desvantagens com relação à alienação fiduciária para as instituições financeiras: a) a hipoteca precisava ser registrada (e a alienação fiduciária, não necessariamente. Agora com o MLG, ambas precisam ser registradas); b) a hipoteca tinha que ser executada judicialmente e a alienação fiduciária podia ocorrer pela via extrajudicial.

Além disso, como dito, associava-se a hipoteca à inadimplência, como se a causa fosse a fragilidade ou inconsistência da garantia, mas na realidade, como demonstramos, a causa foi a crise do petróleo na década de 80 e a elevada dívida externa, que aumentaram a inflação e, conseqüentemente, a taxa de juros e o saldo devedor dos mutuários que não conseguiam saldar suas dívidas. Outra correlação negativa e injusta à hipoteca é a súmula 308 do STJ. Injusta porque sua aplicação não se restringe à hipoteca, sendo estendida inclusive para a alienação fiduciária.

As operações envolvendo “plano empresário” — o modelo de crédito que o banco empresta à construtora/incorporadora para a construção de um empreendimento — não são mais tão arriscadas quanto antes. Primeiro porque a lei passou a determinar uma série de requisitos, como certidões negativas, memorial descritivo, projeto de construção, avaliação do custo global da obra e vários outros, para a incorporadora poder lançar um empreendimento (Art. 32 da Lei 4.591/64., alterada em 2022 pela lei 14.382/22); segundo porque “obriga”, indiretamente, a incorporadora a adotar o regime de patrimônio de afetação, evitando situações semelhantes àquelas que ocorreram com a ENCOL.

Agora, após o MLG, a hipoteca possui vantagens relevantes com relação à alienação fiduciária: 1º em caso de o primeiro e o segundo leilão serem infrutíferos, permite-se ao credor realizar a venda do bem imóvel (garantia) diretamente a um terceiro sem ter que recolher o ITBI; 2º após a execução da garantia, caso haja saldo remanescente, o credor pode acionar o judiciário para realizar a cobrança (na alienação fiduciária isso não é permitido); 3º está isenta de riscos e custos tributários (IPTU e ITBI). Ademais, a hipoteca atual, pós MLG, tem outro importante e interessante benefício: permite ao credor, no caso de os leilões serem infrutíferos, vender diretamente o bem imóvel sem que haja a consolidação da propriedade (Art. 9º, §9º, II da Lei 14.711/23).

Do ponto de vista do devedor, a hipoteca é bem mais interessante, porque permite a ele a venda do bem, podendo obter recursos para quitar a hipoteca e ainda obter algum retorno lucrativo a partir da venda. Além disso, porque pode purgar a mora até o leilão (na alienação fiduciária esse prazo é menor, vai até a consolidação da propriedade).

Na falência da pessoa jurídica devedora, a posição do credor fiduciário é diferenciada. A Lei de Falências protege o credor com garantia fiduciária, garantindo-lhe preferência e destacando que os bens dados em garantia fiduciária não se sujeitam aos efeitos da falência (art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005). Isso significa que o bem alienado fiduciariamente não integra o patrimônio da massa falida, por força do Princípio da Separação Patrimonial, que postula que o bem imóvel alienado fiduciariamente não pertence ao devedor (massa falida), mas ao credor fiduciário. Portanto, o bem não pode ser liquidado em favor dos demais credores da falida, preservando o direito do credor fiduciário de reaver ou consolidar a propriedade do imóvel. Esta, portanto, é a única desvantagem da hipoteca para o credor, que persiste atualmente.

Vimos que a hipoteca imobiliária, agora, pode ser executada extrajudicialmente, com uma série de benefícios para as instituições financeiras e para os devedores. Dentre os benefícios daqueles está o afastamento dos riscos e custos tributários, como o ITBI e o IPTU. Já com relação ao IPVA e às multas, do ponto de vista das instituições financeiras, o MLG trouxe a previsão de que haverá a possibilidade de busca e apreensão extrajudicial dos automóveis alienados fiduciariamente (Art. 8-C, §1º da Lei 14.711/23) para a execução da garantia, depois de cumprir os requisitos que são: previsão expressa da possibilidade de busca e apreensão extrajudicial em contrato, notificação ao devedor sobre a mora, consolidação da propriedade extrajudicial, exigência do devedor a entrega voluntária do bem (art. 8º-B e 8-C do Decreto-Lei nº 911/1969).

Essa questão gerou intensas controvérsias, chegando a ocorrer o veto presidencial sobre o dispositivo, que depois foi reintegrado ao texto pelo Congresso Nacional. Esta possibilidade que a nova lei prevê tem como razão não só a desjudicialização e o fomento da economia e do crédito por meio de resoluções menos onerosas, mas também o fato de que esta celeridade se justifica na medida em que bens móveis, sobretudo automóveis, possuem alto potencial de perda e perecimento. Fato é que duas ADIs (Ação Direta de Inconstitucionalidade) foram ajuizadas no início do ano, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos do MLG que permitem a busca e apreensão extrajudicial das garantias: uma ação ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros

(ADI 7601) e outra pela Associação Nacional dos Oficiais de Justiça (ADI 7608). Ambas as associações entendem que a execução extrajudicial dos créditos é inconstitucional por representar desapropriação de patrimônio sem a observância do devido processo legal e sem respeito ao princípio da reserva da jurisdição.

Em outubro de 2023, o STF decidiu o tema de repercussão geral nº 982, sobre a possibilidade de execução extrajudicial da alienação fiduciária e fixou a seguinte tese: “É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”. Como a *ratio decidendi* é a mesma, é razoável esperar que o STF julgue as ADIs como improcedentes.

Importante pontuar também que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ainda não regulamentou a questão das apreensões de automóveis pelos cartórios de registro. O procedimento deverá ser semelhante ao executado pelos oficiais de justiça, que deverá ser realizado por meio de escreventes do Registro de Títulos e Documentos (RTD).

CONCLUSÕES

O sistema de crédito financeiro é um instrumento eficaz para promoção de políticas públicas, tais como as de acesso à moradia. É necessário que haja segurança para que o sistema subsista, daí a importância das garantias que dão lastro às operações. O fato de a sociedade ser dinâmica e a economia seguir o fluxo da sociedade indica que as leis precisam de revisão e atualização constante, para se adequarem ao contexto fático social, a fim de facilitar e dar segurança às relações. Nesse sentido é que houve, na década de 90, a criação da alienação fiduciária, para superar fragilidades da garantia da hipoteca, naquele momento.

Devido às mudanças ocorridas nessas duas primeiras décadas do século XXI, o instrumento da alienação fiduciária também se mostrou problemático. Daí que o Marco Legal das Garantias renovou a hipoteca, tornando-a mais interessante, atualmente, para as operações de crédito imobiliário, se comparada à alienação fiduciária. Isso porque a hipoteca é isenta de riscos e

custos tributários (ITBI e IPTU) e o devedor tem mais liberdade com relação ao bem gravado, podendo aliená-lo para saldar sua dívida e eventualmente obter lucro na operação.

O presente trabalho demonstrou que a hipoteca é tão segura quanto à alienação fiduciária, com exceção dos empréstimos realizados com pessoas jurídicas, por causa da preferência que têm os créditos trabalhistas no processo de falência. A opção pelo instrumento hipoteca, ao invés da alienação fiduciária, tem alto potencial de economia para as instituições financeiras que parecem não estarem tão atentas, ainda, para isto.

O novo Marco Legal das Garantias (MLG) é uma inovação bastante interessante e importante, com alto potencial de desjudicialização, que tende a gerar maior rapidez nas execuções, diminuição de custos, segurança jurídica e fomento de crédito.

E, apesar de haver discussões quanto à possibilidade de alguns dispositivos do MLG serem declarados inconstitucionais, entendemos que não o são. Estimamos que dentro de médio prazo (5 anos, aproximadamente), as instituições financeiras irão utilizar a hipoteca como a regra para as operações de crédito com garantia imobiliária, tendo em vista os benefícios apresentados aqui, presentes no novo MLG.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm>>. Acesso em: 25 de set. 2024

BRASIL. Decreto- Lei 911/69, de 1º de outubro de 1969. Dispõe sobre normas processuais sobre alienação fiduciária. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm>>. Acesso em: 25 de set. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm>>. Acesso em: 25 de set. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>>. Acesso em 25 de set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 329.968/DF. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em: 09 out. 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&seq_uencial=34343&num_registro=200100773930&data=20020204&formato=PDF>> Acesso em: 25 de set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.576.164-DF – Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 14 maio 2019. Disponível em: <<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1813567&tipo=0&nreg=201503248360&dt=20190523&formato=PDF>>> Acesso em 25 de set. 2024.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Gráfico Imobiliário 2014- 2024. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estatisticas/detalhamento-Grafico/GraficoImobiliario/indices_imobiliario_pib>> Acesso em 25 de set. 2024.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Gráfico Imobiliário – imóveis em garantia. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estatisticas/detalhamentoGrafico/GraficoImobiliario/imoveis_g_arantia>> Acesso em 25 de set. 2024.

CHALHUB, M. N. IPTU de imóvel objeto de propriedade fiduciária. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil**, Belo Horizonte, v. 32, n. 1, p. 171-187, jan./ mar. 2023.

CHALHUB, M. N. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário** – 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

COÊLHO, S. C.N. Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. São Paulo: Saraiva, 1982, páginas 119-120.

FRANCISCO, B.A. Políticas de habitação comparativas: simulações com mercados endógenos. Radar: tecnologia, produção e comércio exterior, Brasília, n. 66, 31 p., ago. 2021.

FURTADO, B.A. Comprar ou alugar: há uma melhor escolha? Radar: tecnologia, produção e comércio exterior, Brasília, n. 63, 36 p., ago. 2020.

GIARETTA, S. F. Juros atrelados à alienação fiduciária em garantia e à hipoteca sob a análise econômica do direito em financiamentos imobiliários. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Vale dos Rios dos Sinos, São Leopoldo, p.94, 2017.

JARDIM, E. LORRANY, L. Evolução recente do mercado de crédito imobiliário no Brasil. Radar: tecnologia, produção e comércio exterior, Brasília, n. 63, 36 p., ago. 2020.

Sistema Financeiro habitacional. Associação brasileira das entidades de crédito imobiliário e poupança (ABECIP), 2023. Disponível em: <<[246 • Themis Revista Jurídica • Volume 05 • Número 09 • Jul-Dez 2024](https://www.abecip.org.br/credito-imobiliario/historia#:~:text=O%20Sistema%20Financeiro%20da%20Habita%C3%A7%C3%A3o,geral%20do%20Sistema%20Financeiro%20Nacional.>> Acesso em 24 de set. 2024.</p></div><div data-bbox=)

Sistema Financeiro habitacional. Associação brasileira das entidades de crédito imobiliário e poupança (ABECIP), 2023. Disponível em: <<<https://www.abecip.org.br/credito-imobiliario/indicadores/cgi>>> Acesso em 24 de set. 2024.

Submissão: 29.setembro.2024

Aprovação: 22.outubro.2024