

ASPECTOS PRÁTICOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS

Valestan Milhomem da Costa

Tabelião e registrador substituto do 1º Ofício de Cabo Frio - RJ

Palestra proferida no XXXV Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, realizado de 20 a 24 de outubro de 2008, em João Pessoa – PB.

SUMÁRIO: 1. Contextualização do negócio de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei nº 9.514/97). 2. Visão geral do negócio de alienação fiduciária da Lei nº 9.514/97. 3. Atos do negócio de alienação fiduciária de bem imóvel. 4. Efeito da constituição da propriedade fiduciária. 5.1. Efeitos e requisitos da intimação do fiduciante. 5.2. Meios de intimação do fiduciante. 5.3. Questões sobre o edital e contagem do prazo para purgação da mora. 5.4. Purgação da mora: meios e procedimentos. 5.5. Questões sobre formas atípicas de purgação da mora. 5.6. Efeitos da não purgação da mora no prazo legal. 5.7. Consolidação da propriedade: permite a venda direta do bem? 5.8. Hipótese de resolução da propriedade do fiduciário em favor do fiduciante. 5.9. Atos decorrentes do leilão. 5.10. Título a ser expedido na arrematação em leilão. 6. Outras questões. 7. Conclusão.

1. Contextualização do negócio de alienação fiduciária de bem imóvel (Lei nº 9.514/97)

Os procedimentos relacionados ao negócio de alienação fiduciária de bem imóvel no âmbito do Registro de Imóveis, exigem, antes de tudo, uma melhor compreensão do que é o negócio de alienação fiduciária da Lei nº 9.514/97, o qual possui características distintas dos negócios de alienação fiduciária que o antecederam, sobretudo do negócio de alienação fiduciária regulado pelo Decreto-Lei nº 911/69.

No Direito Romano, a alienação fiduciária era constituída pela inclusão, em um contrato de transferência de propriedade (sobretudo imóvel), de cláusula explicitando a razão da transferência e os termos da devolução da propriedade ao fiduciante.

Esse tipo de transferência ocorrida, em regra, em duas situações: para garantir o pagamento de uma dívida, e nesse caso era denominada fiducia cum creditore; e para preservar os bens de uma pessoa em caso de guerra ou numa viagem de longa distância, visando que os bens lhe fossem devolvidos quando do seu retorno, ou devolvidos a alguém indicado pelo fiduciante, e, nesse caso, era denominada fiducia cum amico, porque em regra havia uma relação de amizade entre o transmitente e o adquirente.

Contudo, em ambos os casos os efeitos do negócio eram os mesmos. A propriedade era efetivamente transmitida ao adquirente (credor ou amigo) e se fazia necessário um novo contrato para que o transmitente (fiduciante) voltasse a ser proprietário.

Sendo proprietário, o fiduciário podia dispor livremente do bem e não havia possibilidade de o fiduciante anular o negócio, pois a cláusula fiduciária não tinha natureza de direito ou de obrigação real, nem mesmo de obrigação geral, consistindo em simples obrigação natural, uma vez que não havia ação que assegurasse ao fiduciante a execução da obrigação assumida pelo fiduciário. Somente mais tarde, diante dos muitos casos de fraude nesse tipo de contrato, foi criada a *actio fiduciae*, possibilitando ao fiduciante a execução da obrigação de devolver o bem. Mesmo assim, nos casos em que o fiduciário já havia transmitido o bem para terceiro, a ação não possibilitava anular o negócio de transferência.

Com essas fragilidades o negócio de alienação fiduciária foi descontinuado no Direito Romano, ressurgindo, depois de muito tempo, no Direito anglo-saxão, através do *trust*, e também no Direito dos países latinos, através do fideicomisso, em suas diferentes modalidades.

No Brasil, o negócio fiduciário surgiu através do Decreto-Lei nº 911/69, que alterou o art. 66 da Lei nº 4.728/65, visando equipar o mercado de capitais de uma garantia eficaz em vista da necessidade de impulsionar o mercado de consumo de bens duráveis.

A alienação fiduciária do Decreto-lei 911/69 tem características semelhantes à da fidúcia do direito romano, no sentido de que a contratação da alienação fiduciária constitui efetiva transferência da propriedade do bem ao fiduciário, com a diferença de que a propriedade transmitida tem caráter de garantia real, e de que o fiduciário somente poderá transferir a propriedade do bem após a consolidação da propriedade plena em seu nome, o que somente ocorre na hipótese de inadimplemento do devedor. Ou seja: o direito de propriedade do fiduciário, enquanto resolúvel, está limitado pela lei, visando atender à finalidade contratada.

Em 20 de novembro de 2007, com a edição da Lei nº 9.514, que regulou o Sistema Financeiro Imobiliário, foi instituída a alienação fiduciária de coisa imóvel, com regramento distinto de todas as formas de alienação fiduciária anterior, não obstante possuir a mesma denominação.

Aliás, há quem critique a denominação "alienação fiduciária", tendo em vista ser a fidúcia um elemento de confiança entre as partes. Porém, na forma como está disciplinada na lei essa confiança subjetiva é inteiramente desnecessária, pois o próprio instituto é a garantia do cumprimento das obrigações pactuadas, seja de pagamento da dívida e execução do crédito, seja de retomada do imóvel em razão do adimplemento do contrato.

Porém, a denominação "alienação fiduciária" justifica-se na medida em que o fator confiança, consciente ou não, ainda existe. Apenas deixou de ter como base um elemento subjetivo e passou a ter como sustentação um elemento objetivo, a saber, a lei, ou o próprio instituto jurídico.

É nas garantias legais conferidas ao instituto que reside a confiança das partes. Seja credor, seja devedor.

2. Visão geral do negócio de alienação fiduciária da Lei nº 9.514/97

O negócio de alienação fiduciária de bem imóvel contempla, simultaneamente, dois institutos jurídicos. A propriedade fiduciária e a propriedade resolúvel sobre o bem.

A **propriedade fiduciária** constitui direito real de garantia (art. 17, IV e § 1º, Lei nº 9.514/97) e confere a posse indireta sobre o bem em favor do fiduciário (art. 23, § único). Por ser direito real, a propriedade fiduciária somente de constitui por ato de **registro** no Registro de Imóveis (art. 23), estando a Lei 9.514/97 nesse passo, em sintonia com o disposto no art. 1.227 do Código Civil.

A **propriedade resolúvel**, cuja transmissão é contratada nos termos do art. 22 da Lei nº 9.514/97, somente é transmitida com a consolidação, e constitui o domínio resolúvel do imóvel em favor do fiduciário.

O domínio resolúvel consolidado tem finalidade distinta da propriedade fiduciária. Esta visa garantir o cumprimento regular do contrato e proteger os direitos e interesses do fiduciário. Aquela visa a execução do contrato, solvendo a dívida através da venda do bem em leilão, em consequência do inadimplemento do fiduciante.

O domínio resolúvel do bem é **direito real de propriedade**, e a sua transmissão, pela consolidação, é fato gerador do imposto de transmissão, nos termos do art. 156, II, da Constituição Federal de 1988. Tratando-se de transmissão onerosa, a competência de fixação e recolhimento do tributo é do Município de localização do bem, sem prejuízo do pagamento do laudêmio, quando for o caso (art. 22, § 1º, I, Lei nº 9.514/97).

A transmissão do domínio resolúvel do bem confere ao fiduciário a disponibilidade do mesmo, poder esse não conferido pela constituição da propriedade fiduciária, período no qual a disponibilidade do imóvel fica concentrada na pessoa do fiduciante.

Isto nos leva a discernir duas distinções entre as alienações fiduciárias do Decreto-Lei nº 911/69 e da Lei nº 9.514/97.

Na primeira, o registro do contrato de alienação fiduciária em Títulos e Documentos constitui em favor do fiduciário a propriedade resolúvel do bem, razão porque o fiduciante não poderá alienar o bem a terceiros, sob pena de praticar o ilícito penal previsto no art. 171, § 2º, I, do Código Penal, ou seja: “vender coisa alheia como própria”.

Por ser proprietário resolúvel, ou seja, por já possuir o poder de disponibilidade do bem, em caso de inadimplemento ou mora do fiduciante o fiduciário poderá alienar o objeto da garantia independentemente de consolidação da propriedade. Por sua vez, a consolidação da propriedade implicará na concentração da propriedade plena e exclusiva no fiduciário (ou ex-fiduciário) e no cancelamento da propriedade fiduciária, podendo o fiduciário, a partir daí, vender ou não o bem, como lhe aprouver, por representar evidente solução do negócio fiduciário.

Na segunda, é a própria Lei nº 9.514/97 (art. 29) quem autoriza o fiduciante a transmitir os direitos que possui sobre o imóvel, os quais, a toda evidência, não são direitos de crédito, mas de propriedade (usar, gozar, usufruir, dispor), ficando evidente que o legislador foi tímido ao não especificar os direitos do fiduciante, ou, simplesmente, por não dizer que o fiduciante pode transmitir o imóvel, gravado da propriedade fiduciária, já que essa transmissão, em todo caso, necessita da anuência do fiduciário.

Por ser apenas titular de um direito real de garantia, desprovido do poder de disponibilidade, o fiduciário terá primeiro que consolidar a propriedade resolúvel contratada (art. 22) para depois viabilizar a venda do bem em leilão.

Logo vemos que a consolidação da propriedade confere ao fiduciário o domínio resolúvel do bem, o qual, por ser direito real de propriedade (razão de ser da exigência do recolhimento do ITBI e laudêmio), deveria ocorrer no Registro de Imóveis por ato de **registro**, e não por ato de **averbação**, conforme dispõe atualmente o § 7º do art. 26 da Lei nº 9.514/97, com a redação da Lei nº 10.931/04. A previsão da averbação, nesse caso, constitui antinomia com o art. 1.227 do Código Civil e viola a sistemática dos atos registrais do art. 167 da Lei nº 6.015/73, que somente admite a constituição de direitos reais por ato de averbação para as hipóteses previstas antes da Lei de Registros Públicos.

No que se refere aos **sujeitos do contrato**, o parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 9.514/97, autoriza a contratação por pessoa física ou jurídica, integrante ou não do Sistema Financeiro Imobiliário, uma vez que uma das finalidades da lei é ampliar os meios de financiamento da casa própria e, ainda, reduzir o custo do capital pela livre concorrência do mercado, objetivos que ainda não foram atingidos, tendo em vista que os financiamentos continuam a ser realizados quase que exclusivamente pelas instituições financeiras.

Porém, nada impede que a alienação fiduciária seja contratada na comercialização de imóveis em loteamento e nas incorporações imobiliárias, tendo os próprios empreendedores como financiadores da aquisição,

capitalizando juros; como nada impede que o adquirente utilize crédito aprovado junto a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, integrante ou não do SFI, e adquira um imóvel em um ou mais desses empreendimentos mediante a contratação de negócio fiduciário. Essas seriam formas de ampliar os meios de financiamento imobiliário.

Em relação ao objeto da garantia, dispõe o § 1º do art. 22 da lei em comento, que poderá ser dada em garantia a propriedade plena ou enfiteutic, o direito de uso especial de moradia, o direito real de uso e a propriedade superficiária, evidentemente ficando o negócio fiduciário sujeito às restrições temporais nos casos do direito real de uso ou de propriedade superficiária, se qualquer desses negócios tiver sido contratado por tempo limitado.

É de se esclarecer, ainda, que o imóvel dado em garantia poderá ser um lote de terreno, um prédio construído ou em construção, uma vez que a propriedade fiduciária não é regime de financiamento da casa própria, mas modalidade de garantia para as operações de financiamento imobiliário em geral.

O negócio de alienação fiduciária exige contrato escrito, podendo ser instrumentado por instrumento público ou particular, na forma do art. 38 da Lei nº 9.514/97.

Contudo, tendo em vista os fins do negócio imobiliário de viabilizar operações de crédito mediante a constituição da propriedade fiduciária pelo registro do contrato no Registro de Imóveis, o permissivo legal para a contratação por instrumento particular é temerária, não somente na contratação direta do negócio, como em razão dos múltiplos negócios indiretos que podem nascer do negócio fiduciário, tendo como sujeitos pessoas físicas ou jurídicas, integrantes ou não do SFI.

Não obstante as instituições financeiras contarem com um corpo jurídico para elaboração de instrumentos particulares, o fato é que, um dos efeitos da escritura pública é a "prova plena" da existência e validade do ato, inclusive contra terceiros, em decorrência da fé pública do tabelião (art. 215, CC), ao passo que o instrumento particular somente surte efeitos contra terceiros após o seu registro no competente registro público (art. 221, CC), sendo, portanto, falácia atribuir ao instrumento particular efeitos de escritura pública, uma vez que esta decorre do exercício de função delegada nos termos da Lei nº 8.935/94.

3. Atos do negócio de alienação fiduciária de bem imóvel

O negócio de alienação fiduciária comporta atos diretos e indiretos. Os atos diretos podem ser divididos em principais e derivados.

Os atos diretos principais são a constituição e a extinção da propriedade fiduciária mediante um **registro** e uma **averbação**, respectivamente, no Registro de Imóveis (artigos 23 e 25, Lei 9.514/97, c/c art. 167, I, 35, e art. 248, Lei 6.015/73).

Dessa sorte, em todo negócio de alienação fiduciária haverá, necessariamente, ao menos um registro e uma averbação, no Registro de Imóveis. Esses atos dizem respeito à constituição e execução regular do negócio de alienação fiduciária de imóvel.

Os atos diretos derivados são: (i) a intimação do fiduciante para purgar a mora; (ii) a purgação da mora ou, a não purgação da mora; (iii) a consolidação da propriedade; (iv) a resolução da propriedade em favor do fiduciante, na fase do leilão; (v) a arrematação em leilão; (vi) o cancelamento da dívida e (vii) a extinção da dívida, não havendo arrematação do bem em leilão.

Os atos indiretos são a transmissão dos direitos do fiduciante sobre o imóvel, por título singular ou universal, na hipótese do fiduciante ser pessoa física, e os atos de transmissão do crédito do fiduciário, por título singular ou universal, na hipótese também deste ser pessoa física.

A transmissão dos direitos do fiduciante sobre o imóvel deve ocorrer por contrato de natureza definitiva, como a compra e venda, a permuta, a doação, a dação, a cisão, a incorporação e a fusão (estes últimos na hipótese do fiduciante ser pessoa jurídica), e não por contrato de cessão de direitos.

Não obstante a cessão de direitos tenha o sentido lato de transmissão de um crédito ou de direitos, em sentido estrito ela não figura em nosso sistema jurídico como contrato para transmissão definitiva de direitos reais sobre imóveis, mas apenas em caráter preliminar, como a cessão dos direitos aquisitivos de imóvel, exigindo, sempre, a outorga do título definitivo respectivo.

Contudo, havendo a transmissão dos direitos do fiduciante a um terceiro por contrato de cessão de direitos, e promovendo o terceiro o pagamento da dívida junto ao fiduciário, este somente poderá conferir àquele a quitação da dívida para averbação e resolução da propriedade fiduciária (direito real de garantia), mas não poderá conferir-lhe título definitivo de propriedade, uma vez que, sem a consolidação, não é proprietário. Tampouco poderá o antigo fiduciante conferir esse título, uma vez que já transmitiu seus direitos.

Este fato terá como resultado a aquisição da propriedade imobiliária definitiva por um título inusitado em nosso direito; ou seja, por cessão de direitos, e haverá, por consequência, a quebra regular na cadeia sucessória dos títulos definitivos, fazendo surgir no sistema jurídico brasileiro hipótese em que alguém, havendo adquirido por cessão de direitos, contrato de natureza preliminar, transmitirá este seu direito (após a extinção da propriedade fiduciária) por compra e venda ou outro contrato definitivo.

Todo esse imbróglio jurídico é produto da equivocada conclusão de que o fiduciante não é proprietário do bem, ou que sobre o bem tem mero direito expectativo, tal como uma propriedade suspensiva, muito embora não haja regra jurídica que determine que o direito suspensivo, ainda que fosse o caso, tenha que ser transmitido por cessão de direitos.

Ora, o título haverá de ser, em todo caso, definitivo, sem prejuízo da condição suspensiva, sobretudo na alienação fiduciária, que se faz necessária anuência do fiduciário.

Para desclassificar o contrato de cessão de direitos para transmissão dos direitos do fiduciante, basta que pensemos o fiduciante como pessoa jurídica e que ocorra uma cisão (divisão em outras), incorporação (por outra) ou fusão (formação de outra).

Em qualquer desses casos a transmissão será por contrato de natureza definitiva, equivalente a uma compra e venda, dação ou permuta, embora em decorrência de um negócio próprio do Direito Empresarial, e operará a transmissão dos direitos reais do fiduciante sobre o imóvel, não sendo possível pensar em mera cessão de direitos em sentido estrito, pois a transmissão é definitiva e decorre do próprio contrato de alteração social, inclusive por escritura pública.

Havendo a transmissão dos direitos do fiduciante sobre o imóvel, o ato a ser praticado no Registro de Imóveis é o **registro** do contrato, por ser hipótese de transmissão de direitos reais de propriedade, exigindo-se, por conseqüência, a prova do recolhimento do imposto de transmissão e, se for o caso, do laudêmio.

A transmissão do crédito do fiduciário, por outro lado, sempre ocorrerá por cessão em sentido estrito, ainda que essa transmissão decorra de título universal (exemplo: formal de partilha ou carta de adjudicação, na hipótese de sucessão do fiduciário pessoa física) ou por algum contrato do Direito Empresarial (fiduciário pessoa jurídica), pois a cessão é o contrato típico para transmissão das obrigações, conforme estabelecem os artigos 286 a 298 do Código Civil.

Em todo caso de transmissão do crédito do fiduciário, o ato a ser praticado no Registro de Imóveis é de **averbação**, não se exigindo, em nenhuma hipótese, o recolhimento do imposto de transmissão ou do laudêmio, por não ser hipótese de transmissão de direitos reais de propriedade. Essa exigência somente se verificará se a transmissão for da propriedade do imóvel, na fase do leilão, após a consolidação da propriedade resolúvel.

4. Efeito da constituição da propriedade fiduciária

A constituição da propriedade fiduciária, direito real de garantia (art. 17, IV e § 1º), tem como efeito imediato o desdobramento da posse do imóvel em direta e indireta, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.514/97.

5. Desdobramentos do negócio de alienação fiduciária de imóvel, e respectivos atos no registro de imóveis

Se não ocorrer a execução regular do contrato de financiamento, mediante o pagamento pontual das prestações, o negócio de alienação fiduciária de imóvel poderá ter vários desdobramentos, o qual terá início com a intimação do devedor (fiduciante) para purgar a mora.

5.1. Efeitos e requisitos da intimação do fiduciante (art. 26)

A intimação do fiduciante tem por efeito imediato a sua constituição em mora, a partir da qual deverá efetuar o pagamento do valor cobrado, sob pena de desencadear a consolidação da propriedade e a execução imediata do contrato.

O pagamento do valor cobrado na intimação corresponde à purgação da mora e tem por efeito a convalidação do contrato, o que significa o restabelecimento das condições regulares de execução das obrigações contratadas.

O procedimento de intimação do fiduciante, porém, deve obedecer ao rito minudenciado no art. 26 da Lei nº 9.514/97, tendo início com o requerimento do fiduciário dirigido ao oficial do registro de imóveis para intimar o fiduciante, devendo conter (ou vir acompanhado das) as informações constantes, na sua maioria, no parágrafo **§1º**, a saber: a) o valor das prestações vencidas, acrescido dos juros convencionais, e o das que vencerem até a data do pagamento; b) a data das prestações vencidas e não pagas; c) a declaração de haver escoado o prazo de carência ajustado para intimação (**§ 2º**); d) o valor das penalidades e demais encargos contratuais; e) o valor dos encargos legais, inclusive tributos; f) o valor das contribuições condominiais, se devidas; g) o valor das despesas de cobrança e intimação; e) o prazo de 15 dias para purgação da mora.

Todo o procedimento de intimação do fiduciante, desde o requerimento para intimação, a eventual circunstância da intimação por edital, a purgação ou a não purgação da mora e o encerramento do procedimento de intimação deverão ser lançados no protocolo, para fixação dos prazos legais envolvidos no procedimento, que devem ser observados, sob pena de comprometer eventual consolidação e execução do contrato, por inobservância de formalidade legal.

5.2. Meios de intimação do fiduciante

Estabelece o § 3º do art. 26 da Lei nº 9.514/97, que a intimação deverá ser feita **pessoalmente** ao devedor, seu representante legal ou procurador regularmente constituído (§ 3º) da seguinte forma: a) pelo oficial do próprio Registro de Imóveis; b) por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva receber a intimação, a critério do oficial do Registro de Imóveis; c) pelo correio, com AR, a critério do oficial do Registro de Imóveis.

A exigência da intimação pessoal dá-se em razão da natureza da mora do devedor, que, nesse caso, é *ex persona*, ou seja, exige o recebimento pessoal do devedor para que se caracterize, diferente da *mora ex re*, que decorre do simples atraso no pagamento, conforme estabelecido na lei.

Disso resulta que o oficial do registro de imóveis deverá, através dos meios que a lei lhe confere, diligenciar, no pleno sentido da palavra, todo esforço possível para intimar pessoalmente qualquer dos legitimados a receber a intimação, a fim de que não se alegue alguma falha no procedimento, uma vez que não sendo possível a intimação pessoal será deflagrado o procedimento de intimação por edital, constituindo-se a mora do devedor, nesse caso, por presunção legal do conhecimento da intimação.

A circunstância que autoriza a intimação por edital é a constatação de que o devedor encontra-se em local incerto e não sabido, o que nem sempre será possível ao oficial declarar, porque várias são as hipóteses de não localização do devedor (horário anormal ou prolongado de trabalho, vários empregos, trabalho itinerante, viagem a negócio ou a passeio, desencontros casuais, enfim) sem que isso indique estar o mesmo em local incerto e não sabido, uma vez que a sua residência fixa é aquela do endereço da diligência, estando lá todos os pertences do devedor, e para onde são enviadas suas correspondências.

É certo que o oficial do registro de imóveis, em regra, não dispõe de intimador para tal diligência, sobretudo nessas circunstâncias, tendo em vista que a intimação foge à rotina e/ou vocação natural dos Serviços de Registro de Imóveis, o que leva a crer que essa intimação será procedida predominantemente pelo oficial do Registro de Títulos e Documentos, o que é aconselhável, inclusive em preferência à intimação pelo correio.

Isso é aconselhável, inclusive, porque, não obstante ausência de autorização legal expressa, parece possível ao oficial de Registro de Títulos e Documentos proceder a intimação por hora certa, por força do princípio da eficiência contemplado no art. 37 da Constituição Federal de 1988, que rege os serviços públicos, e também no art. 38 da Lei nº 8.935/94, que regula os serviços cartorários, a qual, uma vez frustrada, daria maior sustentação à hipótese da intimação por edital.

A intimação **por edital**, contudo, será feita exclusivamente pelo oficial do Registro de Imóveis, após certificar no protocolo que, das circunstâncias verificadas nas diligências evidencia-se não ser possível localizar o devedor, tal como na hipótese de estar o mesmo em local incerto e não sabido, devendo o credor (fiduciário) aquiescer, expressamente, com a intimação por edital, com vista a prevenir eventual responsabilidade do oficial.

O edital será publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa, ou, em último caso, na imprensa oficial, desde que o credor concorde em pagar o alto custo da publicação oficial.

5.3. Questões sobre o edital e a contagem do prazo para purgação da mora

A intimação por edital pode suscitar algumas questões ao oficial do Registro de Imóveis, como, por exemplo, se é possível haver intervalo entre as três (03) publicações do edital.

A resposta se revela negativa, à medida que o art. 26, § 4º, parte final, da Lei nº 9.514/97, exige que a publicação seja feita em jornal de publicação diária, o que seria dispensável caso pudesse haver intervalo entre uma publicação e outra.

Outra questão diz respeito ao marco inicial para contagem do prazo de 15 dias para o fiduciante purgar a mora.

Não obstante o silêncio da lei especial, uma interpretação sistemática para procedimento análogo, como aquele previsto no art. 49, § 2º, da Lei 6.766/79, leva a conclusão que o prazo começa a correr após a última publicação do edital, devendo, a partir daí, obedecer-se ao regramento estabelecido nos artigos 184 e 240 do Código de Processo Civil, referente à realização da intimação e os critérios para contagem dos prazos, e o disposto no art. 241 do mesmo CPC, quanto ao marco deflagrador da contagem dos prazos.

O art. 184 do CPC estabelece: "Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento", esclarecendo o § 2º do referido artigo, que "Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação (art. 240 e parágrafo único)."

Por sua vez, o parágrafo único do art. 240 esclarece: "As intimações consideram-se realizadas no primeiro dia útil seguinte, se tiverem ocorrido em dia em que não tenha havido expediente forense" (grifos acrescentados), no caso, do Cartório, já que a diligência deverá ser realizada pelo registro de imóveis e a purgação da mora deverá ocorrer no registro de imóveis.

Em resumo, somente se começa a contar o prazo para a purgação da mora no primeiro dia útil seguinte ao da intimação, considerando-se dia útil aquele em que tenha havido expediente normal, ou seja, por inteiro. Do mesmo modo, os prazos somente terminam em dia útil.

Contudo, essas regras devem ser combinadas com o disposto no art. 241 do CPC, segundo o qual o marco inicial para contagem dos prazos é a data da juntada da realização da intimação, o que reforça a relevância do lançamento desse fato no Livro 1 – Protocolo, no Registro de Imóveis, lembrando-se que, se a entrega da diligência cumprida ocorrer em dia em que não haja expediente normal, o prazo começa a contar do próximo dia útil.

5.4. Purgação da mora. Meios e procedimentos.

A purgação da mora deve ocorrer no registro de imóveis da forma mais segura possível, evitando-se, de todo modo, eventual frustração quanto à efetiva realização do pagamento.

Dessa sorte, o pagamento não poderá ser realizado através de cheque de emissão do devedor ou de terceiro, senão na modalidade de cheque administrativo ou em dinheiro, moeda nacional, não sendo possível a purgação da mora em moeda estrangeira.

A realização do pagamento, contudo, exige a emissão da respectiva prova ao devedor, tudo de forma a garantir a convalidação do contrato, que deverá prosseguir o seu rito regular de execução.

Com isso em mira, ao receber o valor devido o oficial do registro de imóveis deverá emitir recibo contendo a discriminação do valor pago e a declaração da purgação da mora, com referência ao número da matrícula e ao registro da propriedade fiduciária.

No máximo em 03 (três) dias após a purgação da mora, o oficial deve intimar o fiduciário para levantar o valor pago, sem prejuízo do desconto de eventuais despesas de cobrança e intimação ainda não satisfeitas pelo fiduciário, o qual também deverá firmar recibo do levantamento do valor pago, contendo declaração da regularidade do pagamento e da convalidação do contrato.

5.5. Questões sobre formas atípicas de purgação da mora

A purgação da mora deverá ocorrer no Registro de Imóveis, conforme considerado no item anterior.

Porém, algumas situações atípicas podem ocorrer, como a de o fiduciante purgar a mora diretamente ao fiduciário, após ser intimado pelo registro de imóveis.

As questões são: a purgação será válida? Como fica o procedimento de intimação no RI?

Pode-se dizer que não há impedimento legal para que o fiduciante purgue a mora diretamente ao fiduciário, não obstante tratar-se de forma atípica de purgação da mora, com quebra do procedimento traçado na lei.

Todavia, nesse caso, fica evidente que caberá ao fiduciário a responsabilidade de informar ao oficial do registro de imóveis o pagamento integral do valor cobrado, encaminhando a quitação e o pedido de cancelamento da intimação do fiduciante, sem prejuízo do imediato pagamento de eventual diferença das despesas de intimação e cobrança que forem devidas.

Uma outra situação que se afigura possível é o fiduciante ter realizado os pagamentos em atraso antes de ser intimado pelo oficial do registro de imóveis, e, após receber a intimação, comparecer no registro de imóveis apresentado os respectivos comprovantes.

Nesse caso, como deverá proceder o oficial do RI?

O oficial do RI poderá encaminhar ao fiduciário os pagamentos apresentados pelo fiduciante e intimá-lo a manifestar-se sobre a regularidade dos pagamentos, cuja resposta será arquivada no RI.

Se o fiduciário confirmar os pagamentos, o oficial certificará o fato e a sustação da intimação do fiduciante. Se o fiduciário não confirmar os pagamentos, a intimação do fiduciante terá sido regular e o prazo para purgação da mora correrá normalmente desde a data da devolução da intimação cumprida ao RI.

Aliás, situação análoga pode ser encontrada parte final do art. 33 da Lei nº 6.766/79.

Em ambos os casos de purgação atípica da mora, havendo a confirmação do pagamento pelo credor, esse fato deverá constar do protocolo para justificar o encerramento antecipado do procedimento de intimação, tendo em vista que não mais será possível ao fiduciário consolidar a propriedade por meio daquele procedimento de intimação específico, após dar quitação da purgação da mora.

5.6. Efeitos da não purgação da mora no prazo legal

O primeiro efeito da não purgação da mora no prazo legal é a impossibilidade do pagamento ocorrer no registro de imóveis após esse prazo.

O efeito conseqüente é possibilidade da consolidação da propriedade resolúvel do bem em nome do fiduciário, mediante novo requerimento, acompanhado da prova do recolhimento do imposto de transmissão e, se for o caso, do laudêmio, para promover a execução e satisfação de toda a dívida, mediante a venda do bem em público leilão extrajudicial, ou seja, através de leiloeiro comercial.

A consolidação da propriedade deve corresponder a novo lançamento no Livro 1 – protocolo, do requerimento da consolidação da propriedade, cujo requerimento poderá ser instruído com certidão do oficial do registro de imóveis da não purgação da mora nos termos da lei, sem prejuízo dos emolumentos devidos pela expedição da certidão, que não integra o procedimento da intimação.

Após isso, o oficial averbará a consolidação da propriedade, a requerimento do fiduciário, certificando a não purgação da mora e a apresentação do recolhimento do imposto de transmissão e, se for o caso, do laudêmio.

5.7. A consolidação da propriedade permite a venda direta do bem?

Tendo em vista o entendimento de que a consolidação da propriedade confere ao fiduciário a propriedade plena do imóvel, é possível concluir que após consolidação da propriedade o fiduciário possa realizar a venda do bem, independente de leilão.

Contudo, conforme demonstrado no item 2 acima, a propriedade consolidada não é plena, ou, ao menos, não confere ao fiduciário poderes plenos e irrestritos de ação, como, por exemplo, o de ficar com o bem em pagamento da dívida, estando o fiduciário obrigado a realizar a venda do bem em público leilão para satisfação do seu crédito, e, ainda, a entregar ao fiduciante o valor que ultrapassar o seu crédito, se a venda ocorrer em primeiro leilão.

Essas restrições não se harmonizam com o conceito tradicional de propriedade plena. Ao contrário.

Demonstram que a consolidação da propriedade visa atender a um fim específico, a satisfação do crédito, indicando, ainda, que se trata de propriedade resolúvel, a qual, nas precisas e notórias palavras de Caio Mário, é aquela “que nasce contaminada com o germe da sua extinção”.

Esse germe é a obrigatoriedade da venda em leilão, que, por si só, demonstra a impossibilidade do fiduciário promover a venda do bem à parte do público leilão.

Aliás, o art. 27, caput, e o art. 30 da Lei nº 9.514/97, são categóricos quanto à forma em que o fiduciário deverá realizar a venda do bem.

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

Art. 30. É assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel por força do público leilão de que tratam os §§1º e 2º do art. 27, a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, na forma do disposto no art. 26, a consolidação da propriedade em seu nome.

O tópico seguinte apontará, ainda, outra razão.

5.8. Hipótese de resolução da propriedade do fiduciário em favor do fiduciante

O art. 39, II, da Lei nº 9.514/97, estabelece que “Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei: [...] II - **aplicam-se** as disposições dos arts. **29 a 41 do Decreto-lei nº 70**, de 21 de novembro de 1966”.

Dentre aqueles artigos do Decreto-lei nº 70, o de número 34 assegura que “É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito [...]”.

Não obstante a impropriedade do termo “purgar o débito” na fase do leilão, tendo em vista que a purgação do débito corresponde à convalidação do contrato, o que nos parece improvável nessa fase, de qualquer modo a aplicação do art. 34 do Decreto-Lei nº 70/66 ao negócio de alienação fiduciária, nos termos do comando do inciso II, art. 39 da Lei nº 9.514/97, nos leva a concluir que ainda remanesce ao fiduciante o direito de reaver o imóvel, resolvendo a propriedade do fiduciário, caso consiga pagar o débito antes a assinatura do auto de arrematação.

Também é possível entender que, mesmo havendo lance superior ao mínimo estabelecido na lei para venda do bem em primeiro ou segundo leilão, bastará ao fiduciante pagar o valor mínimo cobrado, uma vez que qualquer diferença apurada em leilão, superior a esse mínimo, deverá ser entregue ao fiduciante, não sendo razoável exigir que este deposite valor que lhe será restituído, por simples apego a um formalismo vazio de sentido.

Assim, realizando o fiduciante o pagamento da dívida, serão praticados dois atos no registro de imóveis. Uma **averbação** da quitação da dívida, que produzirá os efeitos da resolução da propriedade fiduciária nos termos do art. 25 da Lei nº 9.514/97, e um **registro** da resolução da

propriedade do fiduciário em favor do fiduciante, por força do pagamento de toda a dívida, devendo o fiduciante apresentar o comprovante do recolhimento do ITBI e, se for o caso, do laudêmio, por ser a resolução hipótese de transmissão de direito real de propriedade, tal qual ocorre na reversão da propriedade em favor do doador.

O termo de quitação da dívida deverá fazer menção à resolução da propriedade do fiduciário em favor do fiduciante, por força do disposto no art. 39, II, da Lei nº 9.514/97, e, subsidiariamente, do art. 33 da mesma lei, que manda aplicar o disposto nos artigos 647 e 648 (atualmente 1.359 e 1.360) do Código Civil, acerca da resolubilidade da propriedade.

Não fosse o disposto no art. 38 da Lei nº 9.514/97, a hipótese seria de outorga de escritura pública, na forma do art. 108 do Código Civil.

5.9. Atos decorrentes do leilão (art. 27)

Não ocorrendo a hipótese do item anterior, poderá haver ou não arrematação em primeiro ou segundo leilão.

Havendo arrematação em primeiro ou segundo leilão, serão praticados dois atos no registro de imóveis. Uma **averbação** do termo de quitação (§ 4º) e um **registro** do título de arrematação, devidamente acompanhado do comprovante do recolhimento do ITBI e, se for o caso, do laudêmio.

O termo de quitação deverá fazer expressa menção à realização do leilão, inclusive quanto à sua classificação, se primeiro ou segundo, e se primeiro, o valor restituído ao fiduciante.

Sendo hipótese de leilão negativo, ocorrerá a extinção da dívida, consolidando-se a propriedade plena na pessoa do fiduciário.

Nessa hipótese, deve-se **averbar** a extinção da dívida, a qual deverá ser procedida mediante requerimento circunstanciado do fiduciário, esclarecendo a realização dos leilões e a não arrematação do bem, cujas circunstâncias deverão constar expressamente da averbação da extinção da dívida, inclusive para atender o disposto no art. 248 da Lei nº 6.015/73.

Esclareça-se que o fiduciário não poderá dispor do bem antes de requerer a averbação da extinção da dívida, nos termos do § 6º da Lei nº 9.514/97 e do art. 248 da LRP, tendo em vista o princípio da continuidade, nos termos dos artigos 195 e 237 da LRP.

5.10. Título a ser expedido na arrematação em leilão

Não obstante ter a Lei nº 9.514/97 minudenciado os procedimentos da realização do leilão, o legislador não fez menção ao título que deverá instrumentar a venda do bem em leilão, o que tem, sem sentido amplo, suscitado dúvidas e questionamentos quanto ao título que poderá ser apresentado.

Alguns somente admitem a escritura pública de venda; outros admitem tanto a escritura pública quanto o escrito particular de venda, mas não admitem a carta de arrematação, muito embora não apresentem os fundamentos jurídicos da sua conclusão.

Evidente que a escritura pública será possível em qualquer hipótese, inclusive para instrumentar carta de arrematação.

A carta de arrematação em leilão extrajudicial, não sendo instrumentada por escritura pública, terá, necessariamente, natureza jurídica de instrumento particular, pois será firmada por pessoas sem o atributo da fé pública.

O art. 38, da Lei nº 9.514/97, porém, admite o instrumento particular para todos os contratos resultantes da aplicação da referida lei, atribuindo, com a impropriedade já esclarecida, efeito de escritura pública a esses escritos particulares, inclusive, naturalmente, para a eventual carta de arrematação, que será, nesse caso, um instrumento particular com força de escritura pública.

Não bastasse o disposto no artigo 38, o já referido inciso II do art. 39, da Lei nº 9.514/97, ao dizer que "**aplicamse** as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966", autoriza a expedição da carta de arrematação para esses leilões, pois o artigo 37 do referido Decreto-lei diz: "Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o artigo 32, será emitida a respectiva **carta de arrematação**, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas, documento **que servirá como título para a transcrição no Registro Geral de Imóveis**."

Por sua vez, o § 1º do referido artigo, orienta: "O devedor, se estiver presente ao público leilão, deverá assinar a carta de arrematação que, em caso contrário, conterà necessariamente a constatação de sua ausência ou de sua recusa em subscrevê-la."

Logo, o título poderá ser carta de arrematação, instrumentada por escritura pública ou escrito particular.

6. Outras questões pertinentes.

Tendo em vista a possibilidade dos direitos do fiduciante, pessoa física, transmitir-se a título universal, sem a correspondente quitação da dívida por ausência de seguro, sobretudo quando o fiduciário também for pessoa física, ou jurídica não integrante do SFI ou SFH, é possível indagar sobre a necessidade da anuência do fiduciário para a transmissão desse direito.

A hipótese não enseja grande polêmica, tendo em vista que a transmissão da herança, nesse caso, ocorre por força de lei, no chamado princípio da *saisina* ou *saisine*. Não havendo possibilidade do fiduciário impedir tal transferência, desnecessária se faz sua anuência.

Porém, sendo o fiduciante pessoa jurídica e ocorrendo a transmissão dos seus direitos sobre o imóvel por cisão, fusão ou incorporação, necessária se faz a anuência do fiduciário, tendo em vista que tal transmissão decorrerá de ato voluntário do fiduciante, com expressa manifestação de vontade, devendo, portanto, constar desses títulos anuência do fiduciário.

Quanto à locação, o fiduciante poderá locar o bem sem necessidade da anuência do fiduciário, desde que a locação, ou a prorrogação da locação, não ultrapasse um ano.

Se houver contratação da locação por prazo superior a um ano, esse prazo será considerado ineficaz em relação ao fiduciário ou seus sucessores (art. 37-B, Lei nº 9.514/97).

Logo, havendo a anuência do fiduciário é possível, inclusive, firmar locação com cláusula de vigência, podendo o contrato ser **registrado** no registro de imóveis, na forma do art. 167, I, 3, da Lei nº 6.015/73.

Por fim, cabe esclarecer como serão expedidas as certidões sobre o imóvel no período da intimação do devedor para purgar a mora.

Se o pedido referir-se a certidão da matrícula do imóvel, o oficial não poderá indicar a existência do procedimento de intimação (art. 16, caput, item 1º, Lei 6.015/73), uma vez que a simples intimação não acarreta alteração de nenhum ato da matrícula, mediante averbação, salvo se a certidão for expedida após a consolidação da propriedade, nos termos do art. 21 da LRP.

Art. 21. Sempre que houver qualquer alteração posterior ao ato cuja certidão é pedida, deve o Oficial mencioná-la, obrigatoriamente, não obstante as especificações do pedido, sob pena de responsabilidade civil e penal [...].

Tratando-se de pedido específico sobre o estado de execução do contrato, o oficial poderá certificar a existência do pedido de intimação do devedor e sobre se o devedor foi ou não constituído em mora (artigos 16 e 19 da Lei 6.015/73).

7. Conclusão

A realização dos atos pertinentes ao negócio de alienação fiduciária no Registro de Imóveis exige do oficial, profissional do direito dotado de fé pública, uma atuação que garanta a realização do objetivo da legislação, qual seja, a plena eficácia do instituto pela preservação da segurança jurídica dos direitos de todos os sujeitos do contrato, fiduciante e fiduciário, sem quebra, inadvertida, do equilíbrio contratual estabelecido pelas regras modernas do direito, presentes na Lei nº 9.514/97.

Para esse fim, não poderá ter uma atuação tímida nesse processo, seja em defender a correta aplicação da lei, seja em exercer seu papel de forma corajosa, sobretudo na fase de intimação do devedor, evitando, de todo modo, declinar da sua competência por desconhecimento ou temor de responsabilidade, orientando as partes, por exemplo, a socorrer-se do Judiciário.

Evidente que as partes poderão sempre recorrer ao Judiciário pelo princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. Mas que isso nunca ocorra por inaptidão de qualquer integrante dos Serviços de Registros de Imóveis.