Umberto Bara Bresolin

Execução extrajudicial para satisfação de crédito
pecuniário com garantia imobiliária

Tese de doutorado

Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Prof. Associado Ricardo de Barros Leonel

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2012

UMBERTO BARA BRESOLIN

Execução extrajudicial para satisfação de crédito
pecuniário com garantia imobiliária

v.1

Tese apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Doutor em Direito

Área de concentração: Direito
Processual

Orientador: Prof. Associado
Ricardo de Barros Leonel

São Paulo
2012

Nome: BRESOLIN, Umberto Bara

Título: Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para obtenção do
título de Doutor em Direito

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Resumo

Bresolin UB. Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária [tese]. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2012. 244 f.

A tese tem por objetivo demonstrar a legitimidade da execução extrajudicial dos créditos dotados de garantia imobiliária. O modelo de execução por quantia certa contra devedor solvente adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro, altamente centralizado na figura do juiz, continua a padecer de falta de efetividade mesmo após as reformas. Tanto a atual perspectiva teórica da relação entre execução, jurisdição e Estado, quanto a perspectiva concreta do regramento de variados sistemas de execução colhidos no direito estrangeiro, permitem afirmar que deve ser superado o mito de que a execução deva ser sempre, necessária e exclusivamente, conduzida pelo juiz. Tais perspectivas revelam o fenômeno da minimização da participação do juiz no desempenho dos atos de execução, que se desdobra nas técnicas de *desjudicialização da execução* e da *execução extrajudicial*. As manifestações da primeira técnica ainda são tímidas no direito brasileiro, que, no entanto, é dotado de significativo modelo de execução extrajudicial para satisfação de créditos pecuniários dotados de garantia imobiliária, construído a partir das características comuns da execução extrajudicial *hipotecária* e da execução extrajudicial pertinente à *alienação fiduciária* de bem imóvel em garantia. Trata-se de instrumento de natureza típica de execução forçada, que opera por meio executivo sub-rogatório e conduz à expropriação do bem imóvel objeto da garantia, sem necessitar de emprego de força física. Não se vislumbra inconstitucionalidade no mecanismo. Os exames de seu procedimento (aspecto endógeno) e de sua interação com outros instrumentos de tutela exercitáveis perante o Poder Judiciário (aspectos exógenos) permitem concluir que tal modelo de execução extrajudicial é útil, adequado e equilibrado para tutelar o credor sem, de outro lado, violar direitos fundamentais do devedor; razão pela qual merece integrar, legitimamente, o arcabouço de instrumentos predispostos à satisfação coercitiva das crises de adimplemento de obrigações de pagamento de quantia.

Palavras-chave: Desjudicialização. Execução extrajudicial. Hipoteca. Alienação Fiduciária.

Résumé

Bresolin U B. Exécution extrajudiciaire pour la satisfaction de crédit pécuniaire avec garantie immobilière (thèse). São Paulo: Université de São Paulo, Faculté de Droit, 2012. 244 f.

Le but de cette thèse est de démontrer la légitimité de l'exécution extrajudiciaire des crédits dotés de garantie immobilière. Le modèle d'exécution par somme certaine contre un débiteur solvable adopté par le Code de Procédure Civile brésilien, très centralisé dans la figure du juge, continue à subir le manque d'effectivité, même après les réformes. L'actuelle perspective théorique de la relation entre l'exécution, la juridiction et l'État comme la perspective concrète du règlement de plusieurs systèmes d'exécution pris dans le droit étranger, permettent d'affirmer que l'on doit surmonter le mythe que l'exécution doit toujours être nécessairement et exclusivement conduite par le juge. Telles perspectives révèlent le phénomène de la minimisation de la participation du juge dans la démarche des actes d'exécution, qui se déploie en techniques de déjudiciarisation de l'exécution et de l'exécution extrajudiciaire. Les manifestations de la première technique sont encore timides dans le droit brésilien, qui est cependant doté d'un modèle remarquable d'exécution extrajudiciaire pour la satisfaction de crédits pécuniaires munis de garantie immobilière, construit à partir des caractéristiques communes de l'exécution extrajudiciaire hypothécaire et de l'exécution extrajudiciaire pertinent à l'aliénation fiduciaire d'un bien immeuble en garantie. Il s'agit d'un instrument de nature typique de l'exécution forcée, opérant par un moyen exécutif subrogatoire et menant à l'expropriation du bien immeuble objet de garantie, sans avoir besoin de l'emploi de force physique. On n'envisage pas l'inconstitutionnalité dans la démarche. Les examens de la procédure (aspect endogène) et de son interaction avec d'autres instruments de tutelle mis en oeuvre devant le Pouvoir Judiciaire (aspects exogènes) permettent qu'on conclut que tel modèle d'exécution extrajudiciaire est utile, convenable et équilibré pour la tutelle du créancier sans par contre, violer les droits fondamentaux du débiteur; c'est la raison par laquelle il mérite intégrer d'une façon légitime, la structure d'instruments prédisposés à la satisfaction coercitive des crises d'accomplissement d'obligations de paiement de somme.

Mots-clés: Déjudiciarisation. Exécution extrajudiciaire. Hypothèque. Aliénation Fiduciaire.

SUMÁRIO

1	Introdução	9
1.1	Tema a ser desenvolvido e suas limitações	9
1.2	Justificativa da escolha e da importância do tema	12
1.3	Contribuição original da tese à ciência jurídica brasileira	20
2	Execução por quantia, crise e questionamentos. Colocação do problema	24
2.1	Execução: conceito e escopo	24
2.2	Modelo executivo brasileiro do Código de Processo Civil.....	28
2.3	Execução equilibrada: máxima satisfatividade e mínimo sacrifício.....	31
2.4	Crise: falta de <i>efetividade</i> da execução	32
2.5	Questionamentos acerca do <i>monopólio judicial da execução</i> e da <i>variabilidade dos instrumentos em função das particularidades do direito material</i>	36
2.6	A hipótese da execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária como instrumento legítimo	39
3	Estado, Jurisdição e Execução. Contextualização do problema	41
3.1	Estado e Jurisdição.....	41
3.1.1	Meios alternativos de solução de controvérsias (ADR's)	43
3.2	Estado e Execução	47
3.2.1	Execução, <i>imperium</i> e emprego de <i>força física</i>	48
3.3	Execução e Jurisdição	50
3.3.1	Natureza jurídica da execução civil	50
3.4	Execução e Poder Judiciário	54
4	Sistemas diversos de execução, em função de seu agente.....	56
4.1	Agente de execução: conceito.....	56
4.2	Classificação dos sistemas de execução em função de seu agente	57
4.2.1	Sistemas de execução, de acordo com a posição do agente na estrutura de poderes do Estado: sistemas <i>público</i> , <i>privado</i> (<i>quase-privado</i>) e <i>misto</i>	58
4.2.2	Sistemas de execução, de acordo com a relação entre o agente de execução e o juiz: agente subordinado e não-subordinado	65
5	Minimização da participação do juiz nos atos de execução.....	69
5.1	Execução desjudicializada	69
5.1.1	Desjudicialização da execução no direito português.....	71
5.1.2	Notas sobre a desjudicialização da execução em outros ordenamentos europeus	76
5.1.3	Manifestações de desjudicialização da execução no direito brasileiro	78
5.2	Execução extrajudicial	84

5.2.1	Execução extrajudicial hipotecária no direito norte-americano	85
5.2.2	Notas sobre a execução extrajudicial de crédito dotado de garantia imobiliária em outros ordenamentos estrangeiros	92
5.2.3	Notas sobre manifestações de execução extrajudicial e mecanismos assemelhados no direito brasileiro	95
5.3	Tendência de afastar o juiz da realização dos atos executivos	99
5.3.1	Atribuição de competência executiva aos Tribunais Arbitrais?	100
6	Garantias e instrumentos para satisfação do crédito imobiliário inadimplido	103
6.1	Considerações sobre crédito imobiliário, segurança e reflexos econômicos.	103
6.2	Apontamentos sobre os sistemas de financiamento imobiliário	107
6.3	Sistema Financeiro da Habitação (SFH)	108
6.4	Garantia hipotecária	109
6.5	Execução extrajudicial hipotecária (art. 29 e ss. do Decreto-lei 70/66)	111
6.5.1	Agente de execução	112
6.5.2	Procedimento da execução extrajudicial hipotecária	114
6.5.3	Os problemas do <i>valor mínimo</i> para a alienação do bem hipotecado e do “ <i>deficiency judgment</i> ”	119
6.6	Execução judicial hipotecária (Lei 5.741/71)	123
6.6.1	Procedimento da execução judicial hipotecária	124
6.7	Enfraquecimento da hipoteca	127
6.8	Sistema Financeiro Imobiliário (SFI)	128
6.9	Alienação fiduciária em garantia de imóvel	130
6.10	Execução extrajudicial do imóvel objeto de alienação fiduciária (art. 26 e ss. da Lei 9.514/97)	134
6.10.1	Agente de execução	134
6.10.2	Procedimento de execução extrajudicial na alienação fiduciária em garantia de imóvel	136
6.11	Execução judicial para satisfação do crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel	143
7	Modelo brasileiro de execução extrajudicial para satisfação de crédito com garantia imobiliária.	145
7.1	Identificação e utilidade do modelo	145
7.2	Pressupostos da execução extrajudicial	146
7.2.1	Possibilidade jurídica	147
7.2.2	Interesse de agir	148
7.2.3	Legitimidade <i>ad causam</i> ativa e passiva	149
7.2.4	Propositura de demanda perante o órgão competente (pressuposto de existência)	153

7.2.5	Capacidade do demandante, personalidade do demandado e ausência de fatores externos impeditivos (pressupostos de desenvolvimento válido e regular).....	154
7.3	Procedimento da execução extrajudicial.....	155
7.3.1	Fase postulatória: demanda do credor e comunicação do devedor	157
7.3.2	Fase instrutória: os leilões públicos	159
7.3.3	Fase satisfativa: pagamento ao credor, transferência de domínio e entrega de eventual saldo ao devedor	161
7.4	Natureza executiva do instrumento.....	162
7.4.1	Hipótese de tutela diferenciada?	164
8	Constitucionalidade da execução extrajudicial.....	167
8.1	Questionamentos sobre a constitucionalidade da execução extrajudicial.....	167
8.2	Inocorrência de autotutela.....	170
8.2.1	Legitimidade da prática de atos executivos pelo <i>agente de execução extrajudicial</i>	174
8.3	Observância do devido processo legal.....	176
8.3.1	Razoabilidade da execução extrajudicial	177
8.3.2	Escopo dos atos executivos. Contraditório realizado em processo diverso e, no mínimo, <i>a posteriori</i>	181
8.3.3	Preservação do acesso à Justiça. Inversão do ônus de demandar em juízo.	184
8.4	Preservação do “monopólio da última palavra” e do “monopólio da força”. Hipóteses de intervenção obrigatória do Juiz.....	186
8.4.1	Monopólio da última palavra	186
8.4.2	Monopólio da força (<i>imperium</i>).....	188
9	Equilíbrio da execução extrajudicial	189
9.1	Aspectos endógenos.....	189
9.1.1	Efetiva comunicação ao devedor	189
9.1.2	Direito potestativo do devedor de purgar a mora em razoável lapso temporal ...	192
9.1.3	Publicidade e segurança nas hastas públicas.....	194
9.1.4	Valor mínimo para arrematação e extinção da dívida.....	198
9.2	Aspectos exógenos: a interação com o Poder Judiciário	203
9.2.1	Defesa do devedor até a expropriação.....	205
9.2.2	Defesa do devedor depois da expropriação.....	212
9.2.3	Inaplicabilidade do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.....	216
9.2.4	Atos de desalojamento do ocupante	219
10	Conclusões	221
	Bibliografia	226

1 Introdução

1.1 Tema a ser desenvolvido e suas limitações

Procura-se sustentar, na tese, a *legitimidade da execução extrajudicial dos créditos dotados de garantia imobiliária*.

Trata-se de mecanismo que costuma causar perplexidade, pois, *execução extrajudicial* que é, pode proporcionar a satisfação coercitiva do credor por meio de procedimento que *nasce e pode se extinguir sem ligação com os tribunais*.

Tal característica suscita os mais diversos questionamentos, de ordem teórica e de ordem prática, sobretudo por distanciar-se muitíssimo do *monopólio judicial da execução* que caracteriza o modelo executivo consagrado pelo Código de Processo Civil pátrio. Seria possível a um *não-juiz* praticar atos de execução? Quais razões justificariam a adoção de tal técnica? Sua natureza seria mesmo de *execução forçada*? Padeceria o instrumento de inconstitucionalidades? Como os atos devem ser desempenhados, no curso do procedimento da *execução extrajudicial* em si mesmo considerado (aspectos endógenos), para permitir-se a satisfação do credor sem exagerado sacrifício do devedor? Como se deve dar a interação entre tal mecanismo e o Poder Judiciário (aspectos exógenos)?

Para enfrentar e dar resposta a questionamentos de tal ordem, é necessário partir-se da contextualização do tema em panorama mais amplo, e a isto se dedica a primeira parte do trabalho.

Principia-se por traçar as linhas gerais da execução por quantia certa contra devedor solvente no Código de Processo Civil brasileiro, altamente centralizada na figura do juiz, e apontar a falta de efetividade de que continua a padecer, mesmo depois das recentes reformas processuais. Na busca de soluções para o problema, questiona-se a suficiência do monopólio judicial da execução e cogita-se da utilidade de instrumentos de tutela que,

atendendo às particularidades do direito material em crise, prescindam, para a satisfação coercitiva do credor, da necessária intervenção do juiz.

As respostas a tais indagações não podem ser buscadas sem breves considerações a respeito da relação entre execução, jurisdição, Poder Judiciário e Estado; tampouco podem ser adequadamente perseguidas sem a referência a variados sistemas de execução, colhidos no direito estrangeiro contemporâneo, classificados em função da inserção do *agente de execução* na estrutura de poderes do Estado e de sua subordinação em relação ao juiz.

As reflexões que podem ser feitas a partir de tais elementos permitem identificar o fenômeno de *minimização da participação do juiz no desempenho dos atos de execução*, manifestado por duas técnicas distintas, de *desjudicialização da execução* e de *execução extrajudicial*.

Para melhor compreender o fenômeno, mas sem perspectiva de esgotamento do tema, são tecidas notas sobre a *execução desjudicializada*, representada, sobretudo, pelo modelo português instituído após as reformas legislativas havidas em 2008; e sobre a *execução extrajudicial*, tomando-se como referência, especialmente, a execução extrajudicial hipotecária largamente praticada nos Estados Unidos da América.

Com os olhos voltados ao direito brasileiro, são trazidos breves comentários sobre as tímidas manifestações de *desjudicialização*; bem como, de outro lado, sobre as manifestações mais intensas de *execução extrajudicial*, técnica adotada por expressiva quantidade de diplomas legais, para diversas situações de direito material, sempre com o escopo de sanar crises de adimplemento e proporcionar a satisfação do credor por meio de atos realizados fora do âmbito do Poder Judiciário.

Referidos assuntos, abordados nos capítulos iniciais, têm por escopo, tão-somente, apontar as coordenadas em que se insere o núcleo central da tese. Não se buscará, em tais capítulos, nem análise profunda, nem crítica conclusiva. O objetivo de enfrentá-los é tão somente o de demonstrar – e assim concluir a primeira parte da tese – que, atualmente, e em muitas partes do mundo, está superado o *mito de que a execução deva ser necessária e exclusivamente conduzida pelo juiz*, como se esta fosse a única formatação que garantisse o

respeito ao *devido processo legal* e proporcionasse o desejável *equilíbrio* entre os interesses contrapostos do exequente e do executado.

Firmada tal premissa, passa-se a estudar, na segunda parte do trabalho, de maneira mais minudente, a *execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária*.

Discorre-se, em primeiro lugar, para melhor compreensão das peculiaridades da relação jurídica material carente de tutela, sobre aspectos do financiamento imobiliário e suas garantias, notadamente a *hipoteca* e a *alienação fiduciária de imóvel*. Na sequência, analisam-se, separadamente, as principais características dos instrumentos para a satisfação coercitiva postos à disposição do credor na hipótese de inadimplemento e descrevem-se as linhas gerais da *execução extrajudicial hipotecária*, da *execução judicial hipotecária* (pela importância de sua comparação com a anterior) e da *execução extrajudicial da alienação fiduciária de bem imóvel em garantia*.

Passam a ser examinadas, então, as características comuns das disciplinas da *execução extrajudicial hipotecária* e da *execução extrajudicial da alienação fiduciária de bem imóvel em garantia*, características comuns estas que compõem o que consideramos ser o *modelo brasileiro de execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária*.

Não cuida o trabalho de analisar, de maneira particularizada e exaustiva, as peculiaridades das espécies representadas pelos procedimentos descritos no Decreto-lei 70/66 ou na Lei 9.514/97. Pelo contrário, privilegia-se abordagem generalizante, pela perspectiva do aludido *modelo*, que transcende diferenças pontuais e permite extrair, como objeto de estudo, no plano processual, a técnica de satisfação coercitiva de crédito pecuniário dotado de garantia imobiliária sem o necessário concurso da autoridade judiciária.

Aprofunda-se a tese, pois, na investigação de tal *modelo* de execução extrajudicial, tendo em vista os fundamentos assentados nos capítulos anteriores.

Para melhor compreender referido *modelo*, busca-se enquadrar seus pressupostos aos mesmos que a doutrina tradicional atribui à execução judicial e analisar seu procedimento em função das mesmas fases em que se pode dividir a execução judicial. Examina-se, ainda, a constitucionalidade da *execução extrajudicial* em tela, passando em revista as principais críticas que a ela costumam ser dirigidas e as respostas que podem lhes ser dadas.

Os aspectos mais sensíveis do *modelo*, seja em atenção aos atos de seu procedimento (*aspectos endógenos*), seja em vista de sua relação com o Poder Judiciário (*aspectos exógenos*), são destacados e analisados, sempre com o propósito de sua compatibilização aos paradigmas impostos pelo devido processo legal.

Conclui-se, ao final, que tal modelo de *execução extrajudicial*, verdadeira espécie de *execução forçada* adaptada às particularidades de certas relações jurídicas de direito material, representa instrumento juridicamente útil, adequado e equilibrado para tutelar o credor sem, de outro lado, violar direitos fundamentais do devedor.

1.2 Justificativa da escolha e da importância do tema

É tão conhecida quanto verdadeira a constatação de que a ciência processual tende a ocupar-se mais dos fenômenos ocorridos no processo – ou fase – de conhecimento do que das manifestações que ocorrem *in executivis*¹.

Grande foi o esforço da doutrina para enquadrar o estudo da execução civil aos cânones dogmáticos da ciência do direito processual civil².

Não basta, contudo, dedicar tratamento científico à execução civil. Superada a chamada *fase da autonomia* do direito processual, é preciso compreendê-la e examiná-la à

---

¹ R. PERROT, Les enjeux de l'exécution des décisions judiciaires en matière civile, in *L' exécution des décisions de justice en matière civile*, 1998, p. 9.

² No direito brasileiro, merece destaque a obra *Execução civil*, de C. R. DINAMARCO, publicada pela primeira vez em 1.973.

luz de *visão instrumentalista*, “para que se legitime como instrumento de pacificação de pessoas e eliminação de conflitos com justiça”³.

Nesse contexto, em época de forte preocupação com a efetividade e intensa valorização da tempestividade da tutela jurisdicional⁴, redobrou-se a atenção com a atividade executiva, conhecido *calcanhar de Aquiles* do processo⁵. A opinião corrente era a de que a execução estava desequilibrada, em benefício do executado, exageradamente protegido. Dificilmente proporcionava ao exeqüente a satisfação de seu crédito, muito menos dentro de um prazo razoável. Os efeitos deletérios da execução lenta e pouco efetiva, vale destacar, atingem não apenas o exeqüente – que, no mínimo, demora muito para ter satisfeito o seu direito-, como maculam a imagem da Justiça e trazem consequências danosas para a economia.

A preocupação, a propósito, estava longe de ser exclusividade pátria. Cortes Internacionais reconheceram a efetividade da execução como corolário do direito fundamental a um julgamento justo (*fair trial*); na Europa e na América, comparavam-se sistemas e buscavam-se alternativas para que o crédito pecuniário inadimplido fosse coercitivamente satisfeito no menor tempo possível, sem, de outro lado, violar direitos fundamentais do devedor⁶.

No direito brasileiro, a solução haveria de passar não apenas pela reformulação das regras que disciplinavam a execução, mas, principalmente, por uma releitura do artigo 620 do Código de Processo Civil, releitura que atendesse ao princípio da proporcionalidade e capacitasse a execução a proporcionar a efetividade que dela se espera.

Quanto à reformulação das regras, sobrevieram as sucessivas reformas do Código de Processo Civil (no que concerne à execução, merecem especial destaque as Leis

---

³ A observação é de C. R. DINAMARCO, que, a partir da terceira edição da obra supra referida (1.993), adaptou-a para “revisitar os institutos e conceitos executivos à luz das novas tendências do direito processual” (*Execução civil*, 1994, p. 28).

⁴ A ponto de ser alçada à categoria de garantia constitucional (Art. 5º, LXXVIII, CF).

⁵ Nas palavras de C. A. CARMONA, “a execução transformou-se em tormento a que o credor é submetido impiedosamente, sujeitando-o a toda sorte de azares, mortificações e incidentes que eternizam o processo e fazem tardar a tutela jurisdicional” (apresentação do livro de D. K. BAUMÖHL, *A nova execução civil: a destruturação do processo de execução*, 2006, p.xiii).

⁶ V., dentre tantos estudos a respeito: COUNCIL OF EUROPE, *The enforcement of court decisions: recommendation Rec (2003) 17 and explanatory memorandum – legal issues*, 2004, e K. HENDERSON *et al.*, *Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America*, 2004.

11.232/2005 e 11.382/2006), e, atualmente, cogita-se de um novo Código de Processo Civil. Caminhou-se, e continua a se caminhar, no sentido de dotar o Estado-Juiz de um instrumento mais eficiente para a satisfação das crises de adimplemento.

O problema, no entanto, não reside tanto (ou não reside apenas) nas deficiências do processo, compreendido como instrumento estatal de solução de controvérsias⁷, senão nas deficiências do próprio Estado e, notadamente, do Poder Judiciário.

Vivenciamos, é sabido, momento mundial de grande valorização dos meios alternativos de resolução de litígios, usualmente designados pela sigla ADR (*alternative dispute resolution*), impulsionados pelas crises do Poder Judiciário e do Processo, a ponto de se pensar em “*inversão dos paradigmas na Justiça*” reduzindo-se, no novo cenário, o papel da jurisdição estatal ao seu “*núcleo duro*” de “*julgar quando haja dissídio*”⁸, ou combinando-a com outras técnicas ditas *alternativas*⁹.

No atual contexto, e sempre atentando para a enorme diversidade de relações jurídicas travadas no plano material – as quais, embora possam ser agrupadas, sob perspectiva jurídica, em função da espécie de obrigação que encerram (na hipótese em exame, obrigação de *pagamento de quantia*), são, sob vários outros aspectos, muitíssimo diferentes entre si –, ganha enorme relevo a cogitação a respeito de *se é possível, ao menos em certas situações, minimizar a participação do juiz também no desempenho dos atos de execução*, ou mesmo *eliminá-la, reservando-se a intervenção do magistrado às hipóteses nas quais alguma controvérsia lhe for apresentada para dirimir ou nas que exigirem o emprego efetivo da força*.

Tal cogitação aponta para duas técnicas que, embora tenham fortíssimo ponto de contato – ambas afastam, da execução, o juiz – devem ser distinguidas.

---

⁷ Já advertia J. C. BARBOSA MOREIRA, a respeito da efetividade da tutela jurisdicional, que não deve o processualista “*incidir na ingenuidade de pensar que pode desatar todos os nós com meros instrumentos próprios de seu ofício*” (Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, *Temas de direito processual*, 1984, p. 206).

⁸ P. COSTA E SILVA, *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, 2009, pp. 30-31.

⁹ M. TARUFFO, Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti, in *RePro*, n.º. 152, 2007, pp. 328-330.

A execução *desjudicializada* não deixa de ser judicial, posto que realizada nos Tribunais, mas com reduzida participação do juiz: em algum grau, em algum momento no curso de seu procedimento, haverá necessário concurso do juiz. Desdobra-se numa miríade de hipóteses, e abrange desde o emprego, para a realização de atos de execução, de agentes de execução não pertencentes aos quadros do Poder Judiciário, até a atribuição, em variados graus, de autonomia e iniciativa aos agentes para realizar atos de execução sem prévia ordem judicial.

A *execução extrajudicial*, por seu turno, desenvolve-se fora dos Tribunais, pode iniciar-se e culminar na entrega do bem da vida ao exeqüente sem que, em momento algum, o juiz tenha sido necessariamente chamado a intervir: o afastamento do magistrado é potencialmente total e sua participação apenas ocorre em caráter eventual, sobretudo na hipótese de algum litígio lhe ser apresentado para dirimir ou ainda, como regra, para autorizar o uso da força para remover a resistência do devedor recalcitrante.

A primeira técnica, de *desjudicialização* da execução, atribuídos os respectivos atos, sob os mais diversos regimes e com diferentes intensidades, a agentes de execução, vem sendo empregada, de um modo geral e guardadas as peculiaridades com que se apresenta em cada país, de maneira cada vez mais intensa na Europa Continental.

O mais recente e emblemático exemplo de *desjudicialização* é o de Portugal, que, já desde 2003, mas com especial intensidade a partir de 2008, restringiu “*as competências primárias do tribunal de execução a um mínimo possível*”¹⁰ e atribuiu o desempenho dos atos de execução ao agente de execução, profissional liberal em regra escolhido pelo exeqüente e que desempenha suas atividades com razoável autonomia em relação ao juiz, mas sem romper o vínculo entre o Tribunal e o processo em que se desenvolve a execução.

As poucas manifestações deste fenômeno no Direito Brasileiro são muito tímidas e pouco examinadas. Em que pesem as recentes reformas processuais terem previsto mecanismos que, dependendo da largueza que se dê ao conceito, podem até ser apontados como reveladores de alguma *desjudicialização* da execução¹¹, é certo que o modelo

---

¹⁰ P. COSTA E SILVA, *A reforma da acção executiva*, 2003, p. 12.

¹¹ Referimo-nos à Lei 11.382/2006, especialmente à participação de agentes particulares na alienação do bem penhorado (art. 685-C e 689-A, CPC).

desenhado pelo Código de Processo Civil tem como característica marcante a condução da execução pelo juiz, que determina os atos a praticar e os controla de maneira intensa e próxima.

Desjudicialização mais profunda é pretendida na reforma da execução fiscal, na qual se pretende atribuir ao fisco, independentemente de ordem judicial, autorização para identificar bens penhoráveis no patrimônio do devedor e para realizar constrição preparatória em âmbito administrativo¹².

A segunda técnica, *execução extrajudicial*, é também verificada no direito estrangeiro, sobretudo para satisfação de créditos dotados de garantia imobiliária. Destaca-se o direito Norte Americano como a principal referência de execução extrajudicial hipotecária. O mecanismo, admitido na grande maioria dos Estados, recentemente foi objeto de profundas discussões - sobretudo por sua estreita relação com os desdobramentos da chamada *crise do sub-prime* -, o que motivou reflexões interessantes sobre aspectos de seu procedimento e alternativas para que se mantenha eficiente como instrumento de satisfação do credor sem, de outro lado, prejudicar excessivamente o devedor.

O Direito pátrio contempla, e há não pouco tempo, diversos mecanismos que – ressaltadas as peculiaridades de cada um e as particularidades das situações materiais que procuram tutelar – se desencadeiam em razão do inadimplemento de obrigação de pagamento de quantia e têm por escopo a satisfação do credor por meio de atos de invasão da esfera patrimonial do devedor e alienação de bem predeterminado, independentemente e até mesmo contra a vontade deste último, atos esses integrantes de procedimento que pode ter seu curso totalmente fora do âmbito do Poder Judiciário, vale dizer, pode iniciar-se e se encerrar, com a entrega do bem da vida ao credor, sem que, em momento algum, o juiz tenha sido chamado a intervir.

A mais relevante figura de *execução extrajudicial* no Direito Brasileiro pode ser identificada, a nosso ver, no *modelo* representado pelas características comuns dos procedimentos disciplinados pelos artigos 29 e seguintes do Decreto-lei 70/66 e 26 e seguintes da Lei 9.514/97, voltados à satisfação de créditos dotados de certas modalidades

---

¹² PL 5080/2009.

de garantia imobiliária, respectivamente, *hipoteca* e *alienação fiduciária*. Trata-se de instrumento de grande relevância social, intimamente relacionado ao financiamento imobiliário – na medida em que empregado, no mais das vezes, em razão de contratos firmados com o objetivo de aquisição de imóveis – e largo emprego prático.

Muitos estudiosos, no entanto, vêm tal técnica com reservas. Nas bem colocadas palavras de C. A. CARMONA¹³

a expressão execução extrajudicial sempre causou horror aos processualistas. Como conciliar a ideia de um processo justo e equo (o devido processo legal, na expressão preferida dos brasileiros) com a possibilidade de expropriação fora do controle direto do juiz?

Expressiva parcela da doutrina pátria considera mesmo inconstitucional a *execução extrajudicial*.

O repúdio à ideia das *execuções desjudicializadas* e, sobretudo, das *extrajudiciais*, pode se explicar, ao menos em parte, por razões jurídicas, políticas, culturais e históricas.

Na consciência jurídica nacional ainda estão fortemente arraigadas a concepção de monopólio estatal da jurisdição e a crença de que, num Estado Democrático de Direito, deva a execução ser necessariamente conduzida pelos juízes, de certo modo abaladas pelas técnicas referidas. Se o instituto da arbitragem já não foi de fácil aceitação, mais difícil ainda conceber que a atividade de execução, em última análise legitimada pela autoridade do Estado, possa ser desempenhada, em alguma medida, por particulares.

O ambiente político em que emergiram os diplomas legais que regulamentaram a alienação fiduciária em garantia de bens móveis (art. 66 da Lei 4.728/65 e Decreto-lei 911/69) e a execução extrajudicial hipotecária (Decreto-lei 70/66) motivou críticas no sentido de que os instrumentos seriam igualmente antidemocráticos, reflexo do autoritarismo do regime militar, e que caracterizariam verdadeiros privilégios outorgados às poderosas instituições financeiras.

---

¹³ apresentação do livro de E. H. YOSHIKAWA, *Execução extrajudicial e devido processo legal*, 2010, p.xi.

Do ponto de vista cultural, parece prevalecer, no meio social pátrio, certa tendência de proteção do devedor, fazendo com que muitos vejam com pouca simpatia instrumentos céleres e eficazes de invasão patrimonial e satisfação do crédito¹⁴.

Também razões históricas podem ser invocadas para justificar a desconfiança a respeito da juridicidade de tais figuras. Examinada em sua evolução, a *estatalização da execução* - que se opôs à *autotutela* -, assim como sua *patrimonialização*, sem dúvida representou decisivo passo no sentido da *humanização da execução* e na busca de seu *equilíbrio*: a condução da execução por autoridade desinteressada e imparcial, amparada pelo *imperium* do Estado e, muitas vezes, investida de *jurisdição*, possibilitou, de um lado, o desempenho dos atos de agressão do patrimônio do devedor sem abusos por parte do credor e, de outro, permitiu a satisfação do credor não detentor de força própria¹⁵. Questiona-se, por esse viés, se o afastamento do Juiz da prática dos atos de execução não representaria *involução*, retorno aos tempos de *autotutela*, de *prevalência do mais forte* e de *solapamento de garantias* conquistadas pelo devedor ao longo dos tempos.

Em sua aplicação concreta, identificam-se na jurisprudência, depois de algumas vacilações iniciais, as tendências de se decidir pela constitucionalidade da *execução extrajudicial*¹⁶ e de reconhecer a legalidade de seu procedimento, desde que observados certos contornos e limites.

Pretendemos demonstrar, na tese, que a execução extrajudicial, representada especificamente pelo referido modelo aplicável aos créditos dotados de garantia imobiliária

---

¹⁴ Trata-se da “*cultura do não pagamento*”, referida por K. HENDERSON *et al.* como fenômeno comum em países latino-americanos, caracterizada pela aceitação social do inadimplemento e do repúdio aos meios de satisfação coercitiva do débito, situação oposta à que se verificaria na Dinamarca, onde o inadimplemento, segundo o autor, é socialmente inaceitável e as execuções, menos frequentes (*Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America*, 2004, pp. 20-21). Embora o estudo em questão tenha se limitado a Argentina, México e Peru, parece-nos que o fenômeno da “*cultura do não pagamento*” também se manifestaria no Brasil. Ressalva-se, no entanto, que a impressão é subjetiva e carece de comprovação empírica. Situação análoga, na qual conhecidos economistas brasileiros apontaram, em ensaio, suposta *tendência do Poder Judiciário Brasileiro em favorecer o devedor*, mereceu contundente crítica de J. C. BARBOSA MOREIRA, justamente por terem se valido de “*argumento empírico sem apoio empírico*” (Dois cientistas políticos, três economistas e a justiça brasileira, *Temas de direito processual*, 2007, esp. p. 412).

¹⁵ C. R. DINAMARCO, *Execução Civil*, 1994, pp. 29-34.

¹⁶ O assunto, no entanto, acaba de voltar à baila, diante do recente reconhecimento da *repercussão geral* da questão da constitucionalidade da execução extrajudicial do Decreto-lei 70/66 (STF, AI 771.770 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 04.03.2010), devendo o mérito ser apreciado por ocasião dos julgamentos, ora em curso, dos Recursos Extraordinários 556.520, de relatoria do Min. Marco Aurélio, e 627.106, relator Min Dias Toffoli. Ver nota 590 abaixo.

– muito embora, tal qual a técnica de desjudicialização, por si só não seja suficiente para resolver o problema da falta de efetividade da execução - é, no mínimo, capaz de contribuir para a persecução da máxima satisfatividade sem, de outro lado, invadir desnecessária ou exageradamente o patrimônio do devedor e nem ofender garantias insculpidas na Constituição Federal.

Demais disso, numa perspectiva meta-jurídica e tendo em vista sobretudo os financiamentos imobiliários – campo de maior incidência da técnica de execução extrajudicial, a qual, contudo, a ele não se restringe -, a execução extrajudicial que ora se examina revela mecanismo que, se conhecido, respeitado e bem aplicado, tende a ser útil à sociedade, não apenas por permitir o fluxo de retorno e a higidez do sistema de crédito; mas por proporcionar celeridade na retomada do imóvel, evitando que se deteriore, e também por propiciar ambiente idôneo e de baixo custo para novas alienações, por valor adequado, para novos interessados, do imóvel objeto da garantia, pelo qual o devedor deixou de pagar¹⁷.

Por isso, a nosso ver, aludida modalidade de *execução extrajudicial* justifica-se sob o aspecto jurídico e merece integrar, legitimamente, o arcabouço de instrumentos predispostos à satisfação das crises de adimplemento de obrigações de pagamento de quantia.

É certo que a existência de instrumentos apropriados para a rápida recuperação do crédito pecuniário inadimplido, por meio de técnicas adequadas às particularidades do direito material e que, de outro lado, não invadam injusta e desproporcionalmente o patrimônio do devedor, é de destacada relevância no ordenamento jurídico de um país.

Seus reflexos, por certo, se espriam para além do fenômeno estritamente jurídico, são salutareos para a economia e para a sociedade como um todo.

---

¹⁷ A importância de que a disciplina da execução extrajudicial, no âmbito dos financiamentos imobiliários, não se restrinja ao conflito entre credor e devedor, mas seja examinada para além da dicotomia entre sistemas “*defaulter-friendly*”, que denotam maior preocupação com os devedores, e os tidos por “*lender-friendly*”, que privilegiam a satisfação dos créditos; de modo a levar em conta interesses mais amplos da sociedade, é destacada por Y. LAGOS, Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities, in *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, pp. 90-94.

Daí a importância de que sejam investigados.

1.3 Contribuição original da tese à ciência jurídica brasileira

Embora de há muito vigente no direito pátrio a *execução extrajudicial hipotecária* disciplinada pelo Decreto-lei 70/66, mesmo não sendo recente a *execução extrajudicial* relacionada à *alienação fiduciária de bem imóvel* regida pela Lei 9.514/97, e a despeito das alentadas obras que se dedicaram ao exame das respectivas modalidades de garantia sob o prisma do direito material, poucos estudos científicos ocuparam-se de investigar especificamente o *instrumento* pelo qual se satisfaz coercitivamente o respectivo crédito – vale dizer, a *figura processual* da *execução extrajudicial* para satisfação de crédito com garantia imobiliária-.

Vieram a lume, nas últimas décadas, artigos jurídicos que, com a profundidade que lhes é própria, dedicaram-se ao tema. Versaram, de início, sobre a *execução extrajudicial hipotecária*, e, sobretudo a partir da segunda metade da década de noventa, sobre a *execução extrajudicial* relacionada à *alienação fiduciária em garantia de bem imóvel*.

Em sua grande maioria, tais artigos sustentaram, com argumentos ora mais ora menos sólidos, a inconstitucionalidade da execução extrajudicial. Por concepção que, como todas, é fruto de sua época, entendia-se que a atribuição ao *juiz* do desempenho dos atos de execução representava conquista histórica que assegurava sua *humanização* e seu *equilíbrio*. A perspectiva de afastar, da execução, o juiz, era normalmente vista como *retrocesso* aos tempos de autotutela como e ameaça ao devido processo legal.

Dentre as obras acadêmicas mais alentadas sobre o tema, merecem destaque as dissertações de mestrado elaboradas por E. H. YOSHIKAWA¹⁸, defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e por V. L. DENARDI¹⁹, apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ambas contrárias à *execução extrajudicial*, a primeira

---

¹⁸ Publicada, em versão comercial, sob o título *Execução extrajudicial e devido processo legal*, em 2010.

¹⁹ Publicada, em versão comercial, sob o título *Execução judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, em 2010.

de forma categórica²⁰, a segunda, que cuida exclusivamente da *execução extrajudicial hipotecária*, conclamando a novas reflexões para ajustes procedimentais na disciplina preconizada pelo Decreto-lei 70/66²¹.

Merecem especiais menções, ademais, a dissertação de mestrado de lavra do advogado brasileiro S. GARSON, intitulada “*Desjudicialização da Execução Hipotecária como Meio Alternativo de Recuperação de Créditos*”, defendida em 2006, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal; e a obra de S. J. MARTINS, denominada “*Execuções Extrajudiciais de Créditos Imobiliários*”, publicada em 2007, que passou em revista as execuções extrajudiciais da Lei de Condomínios e Incorporações, do Decreto-lei 70/66 e da Lei 9.514/97. Ambas favoráveis à *execução extrajudicial*, a primeira invocando subsídios do direito luso e espanhol para defender a viabilidade da *desjudicialização da execução hipotecária*²² e a segunda enquadrando a *execução extrajudicial* como *versão moderna da autotutela*²³.

Deve ser destacada, ainda, a tese de doutoramento de F.P. RIBEIRO, intitulada “*Desjudicialização da execução civil*”, defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo aos 7 de agosto de 2012, quando o presente trabalho já caminhava para ser concluído. Na alentada tese, sustenta a autora que “*a tutela executiva pode ser realizada fora do âmbito do Poder Judiciário*” e propõe a “*desjudicialização da execução com base em um relevante estudo de direito estrangeiro, principalmente o português*”²⁴, propugnando que seja a atividade executiva, no que concerne às obrigações de pagamento de quantia certa fundada em título judicial ou extrajudicial, delegada ao tabelião de protestos, sugerindo projeto de lei para implementação de tal proposta.

---

²⁰ “As execuções extrajudiciais são inconstitucionais, por ofensa ao devido processo legal, ao modelo processual brasileiro, pois: (a) representam delegação a terceiros (inclusive o próprio credor) da atividade executiva, de natureza jurisdicional, sujeita ao monopólio dos órgãos estatais pertencentes ao Poder Judiciário (= reserva de jurisdição); (b) configuram modalidade de autotutela, que permite ao credor ser juiz em causa própria, privando a parte contrária da possibilidade de um tratamento justo” (E. H. YOSHIKAWA, *Execução extrajudicial e devido processo legal*, 2010, p. 138).

²¹ Conclui V. L. DENARDI ser inconstitucional a *execução extrajudicial hipotecária*, pela “ausência de garantias necessárias para a imparcialidade do agente fiduciário e por desrespeito ao princípio do devido processo legal” (*Execução judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, p. 208), mas propõe que “*todos se debrucem sobre o tema para novas reflexões e, se for o caso de não suprimir do ordenamento, ao menos adequar o procedimento aos preceitos constitucionais para que não seja instrumento de arbitrariedades e injustiças*” (ob. cit., p. 129).

²² S. GARSON, *A desjudicialização da execução hipotecária como meio alternativo de recuperação de créditos*, Dissertação (Mestrado), 2006, esp. pp. 138-144.

²³ S. J. MARTINS, *Execução extrajudicial de créditos imobiliários*, 2007, p. 55.

²⁴ F.P. RIBEIRO, *Desjudicialização da execução civil*, Tese (Doutorado), 2012, p. 261.

A tese ora apresentada difere consideravelmente dos referidos estudos científicos retro apontados.

Em primeiro lugar, por sua atualidade. Não é irrazoável pensar, sobretudo nesta segunda década do Século XXI, estarmos vivenciando momento de verdadeira “*inversão dos paradigmas na Justiça*”, no qual os Tribunais Estatais, onde se expressa o Poder Judiciário, representam não mais o único, e sim mais um dos caminhos para o *acesso à Justiça*²⁵, essencialmente de *retaguarda*. Especificamente no campo da *execução civil*, os trabalhos acadêmicos contemporâneos não podem prescindir de considerações sobre o que se convencionou chamar de *desjudicialização da execução* – cujo exemplo mais marcante é o da verdadeira revolução operada em Portugal na primeira década do século XXI – e conseqüente *afastamento do juiz do desempenho dos atos de execução*, afastamento este que se radicaliza na figura da *execução extrajudicial*.

Ao lado desse aspecto, assiste-se no direito brasileiro, sobretudo por força das recentes reformas do Código de Processo Civil, à ruptura de aspectos formais atinentes à execução civil; quer no que tange ao *processo* - generalizando-se o emprego do processo sincrético, no qual a execução representa apenas fase em que se busca a satisfação de decisão judicial que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia (art. 475-N, I, CPC) -, quer no que concerne aos *meios executivos*, incentivando-se a aplicação de meios executivos coercitivos sobretudo na persecução da tutela específica; tudo na caminhada em direção à efetividade do processo.

Neste cenário, ganha força a busca por instrumentos de execução que sejam adequados às particularidades da relação jurídica de direito material, correspondendo aquele investigado na tese, segundo pensamos, a um desses instrumentos, vocacionado a dar *efetividade* à satisfação de créditos pecuniários dotados de garantia imobiliária decorrentes dos negócios jurídicos aos quais se aplica, notadamente os de financiamento imobiliário.

---

²⁵ P. COSTA E SILVA, *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, 2009, pp. 19-21.

Em segundo lugar, verifica-se o atributo de originalidade na presente tese pela forma de abordagem. Pensamos ser necessário compreender o tema da *execução extrajudicial* em contexto mais amplo. Para superar o *mito* de que, *num Estado democrático de Direito que respeite o devido processo legal, a condução da execução deva ser necessariamente atribuída somente ao juiz*, reputamos ser imprescindível revisitar, sob ótica contemporânea e à luz de elementos colhidos também no direito estrangeiro, os conceitos de *jurisdição* e de *execução*, bem como reexaminar sua relação com o *Estado*, com o Poder Judiciário e com as figuras dos *juízes*.

Em terceiro lugar, também é original a presente tese pela delimitação do objeto da investigação. Circunscreve-se, para análise mais detida, aquilo que se identifica, no *plano processual*, como *modelo brasileiro de execução extrajudicial para satisfação de crédito com garantia imobiliária*. Descrevem-se as linhas gerais de seus pressupostos e de seu procedimento – relacionando-as ao modelo tradicional de *execução judicial* para satisfação de quantia certa contra devedor solvente do Código de Processo Civil-, examina-se sua interação com a Jurisdição Estatal e interpreta-se sua disciplina de modo a se concluir pelo o *equilíbrio* de tal instrumento, adequado para sanar com *eficiência* as *crises de adimplemento* verificadas no âmbito das relações jurídicas de direito material a que se aplica.

Por todos esses aspectos, a tese oferece contribuição original à ciência jurídica brasileira.

2 Execução por quantia, crise e questionamentos. Colocação do problema

2.1 Execução: conceito e escopo

Numa primeira aproximação da noção de *execução*, registra C. R. DINAMARCO que “*executar é dar efetividade e execução é efetivação*”²⁶. Sob esta expressão, compreendida em seu sentido mais amplo, enquadram-se fenômenos os mais diversos, desde os situados fora do universo jurídico, até aqueles que, no mundo do direito, identificam-se com a observância de algum preceito jurídico decorrente da lei ou do contrato²⁷.

Não nos interessa examiná-la sob espectro tão largo, assim como também não nos interessa a denominada *execução imprópria*²⁸, técnica relacionada notadamente atos de documentação e registro para produção de efeitos de certos provimentos decorrentes de *tutela constitutiva*²⁹.

Pretendemos cuidar, isto sim, da *execução forçada* – ou, mais propriamente, de certo aspecto da *execução forçada*-, voltada à *satisfação de crédito pecuniário* dotado de *garantia imobiliária*, com o escopo de demonstrar a adequação e o equilíbrio da técnica de persegui-la de modo *extrajudicial*.

---

²⁶ *Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 31.

²⁷ Dentre os primeiros, observa C. R. DINAMARCO que “*executa-se um projeto de vida, um projeto econômico ou arquitetônico, executa-se uma composição musical, executam-se idéias e programas em geral (...)*”; na segunda categoria, “*emprega-se o vocábulo execução tanto para designar os atos com que o sujeito cumpre por vontade própria e espontânea um dever ou obrigação (a execução dos contratos), como aqueles com que o Estado-juiz lhe impõe os resultados que ele próprio deveria ter produzido e não produziu (execução por sub-rogação)*” (*Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 34). Na mesma linha, observa J. LEBRE DE FREITAS que o termo *execução* “*engloba realidades tão diversas como grande parte do exercício da função administrativa, a distribuição dos legados duma herança, um acto de registro civil, comercial ou predial ordenado por sentença, o cumprimento duma obrigação contratual, a celebração de um contrato prometido*” (*A acção executiva depois da reforma da reforma*, 2009, p. 9, nota 7).

²⁸ Denomina-se *execução imprópria*, segundo E. T. LIEBMAN, “*a atividade desenvolvida por órgãos públicos não pertencentes ao poder judiciário e consistentes na transcrição ou inscrição de um ato em um registro público*”, com escopo de *dar publicidade* a tal ato (*Processo de execução*, 1980, p. 6).

²⁹ Como é cediço, a *tutela constitutiva*, apta a debelar as *crises de situação jurídica*, é proporcionada pela própria sentença de procedência, que “*já traz em si mesma a sua própria efetivação e o resultado desejado é produzido por ela própria, sem necessidade nem cabimento de uma execução forçada e sem contar, em momento algum, com a disposição do obrigado a obedecer ou a cumprir*” (C. R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. I, 2009, p. 155). No entanto, determinados efeitos só se alcançam por força da prática de atos subseqüentes – o exemplo típico é o registro, nos Cartórios de Registro Civil, das sentenças de *anulação de casamento, separação, divórcio, interdição, etc.* -, estes referidos como de *execução imprópria*.

Em sentido tradicional, compreende-se *execução forçada* como “conjunto de medidas com que o Estado invade o patrimônio do obrigado e dele extrai o bem ou bens necessários à satisfação do direito do credor, independentemente da vontade daquele ou mesmo contrariamente a ela”³⁰, que opera por meio de *atos executivos*³¹ congregados em *meio executivo*³² *sub-rogatório* – isto é, aqueles que dispensam o concurso da vontade do executado – atos executivos que, consoante a conhecida lição de E. T. LIEBMAN, “tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida”³³.

Pressupõe a execução a existência *inadimplemento* de obrigação, tido por *pressuposto prático*, e de *título executivo* que documente obrigação líquida, certa e exigível, este o *pressuposto jurídico (legal)* da execução³⁴.

É certo que, com a valorização da *tutela específica* para o adimplemento das obrigações de *fazer* e *não fazer*, modernamente parece prevalecer o entendimento de que a *execução indireta*, perseguida sobretudo por *meio executivo coercitivo* – quais sejam, os que buscam agir sobre a vontade do executado, por instrumentos de pressão psicológica, para tentar vencer sua resistência em persistir no inadimplemento-, merece ser contemplada no conceito de *execução forçada*³⁵.

---

³⁰ C. R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, pp. 54-55.

³¹ Caracterizam-se os *atos executivos*, segundo lição de A. ASSIS, por sua “*virtualidade de provocar alterações no mundo natural*” (*Manual da execução*, 12. ed., 2009, p. 95), de modo a adequar o mundo fático ao estado de conformidade ao direito previamente reconhecido no título executivo.

³² Meios executivos ou executórios “*constituem a reunião dos atos executivos endereçada, dentro do processo, à obtenção do bem pretendido pelo exequente*” (A. ASSIS, *Manual da execução*, 12. ed., 2009, p. 138).

³³ *Processo de execução*, 1980, p. 4.

³⁴ Certo é que não são apenas estes os *pressupostos* da tutela executiva. Voltaremos ao tema por ocasião do exame do modelo de *execução extrajudicial* – v. item 7.2 e ss.

³⁵ “A *execução é forçada quando o Estado-juiz atua sobre os bens, mas também é forçada quando ele atua sobre o espírito do obrigado, ou seja, sobre sua vontade*” (C. R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 35). A questão, vale referir, foi objeto de controvérsia doutrinária. Dentre os que recusavam à *execução específica* a natureza de *execução forçada*, merece destaque o entendimento de S. SATTA, para quem só se poderia falar de *execução forçada* acaso o exequente postulasse a responsabilidade patrimonial decorrente do inadimplemento de uma obrigação, fenômeno que não ocorreria na execução específica, esta relacionada não propriamente a obrigações mas a *situações jurídicas absolutas* (*Diritto processuale civile*, 1950, pp. 377-378). Criticando tal entendimento, prestou G. A. MICHELI importante contributo para a adoção de conceito unitário de execução forçada, como meio de tutela extrínseca de direitos, como um remédio contra a inobservância da vontade da lei, que abarca tanto a execução por equivalente (pecuniária) quanto a execução específica (Dell’unità del concetto di esecuzione forzata, in *Rivista di diritto processuale*, v. VII, 1952, esp. pp. 299-300). Abordando o tema de forma ampla, bem observou G. MONTELEONE que a *execução forçada* é fenômeno que se desencadeia para superar a *vontade* e

Para alcançar o resultado prático almejado e proporcionar a *satisfação* do exequente, pela efetiva entrega do *bem da vida* a que faz jus, parte-se do *direito*, previamente reconhecido em título executivo judicial ou extrajudicial e violado pelo executado, e praticam-se os atos necessários para adequar o mundo fático (sensível), transformando-o para que resulte, tanto quanto possível, conforme ao direito³⁶. É sobejamente conhecida a lição de que na execução, pois, prepondera *atividade prática* - ao contrário da cognição, em que prevalece atividade *lógica* - para conformar a realidade fática aos ditames jurídicos³⁷.

Avulta na execução “*o emprego, efectivo ou potencial, da força por parte dum órgão do Estado, dotado de jus imperii*”³⁸, permitindo-se assim passar “*da declaração concreta da norma jurídica para sua atuação prática*”³⁹.

No que interessa mais de perto ao presente trabalho - que se ocupa, como já se anunciou, da satisfação de *crédito pecuniário* - importa ainda destacar que, com o escopo de debelar a *crise de adimplemento* decorrente da inobservância de *obrigação de pagamento de quantia certa*, se manifesta a execução por meio de atos de força estatal que, independentemente do concurso da vontade do executado e mesmo contra esta (*meios sub-rogatórios*), atingirão seu patrimônio para dele extrair um bem, transformá-lo em dinheiro e assim pagar o credor.

Dito de outro modo, no desempenho dos *meios executivos sub-rogatórios* que caracterizam a execução por quantia, impõe-se extinguir o direito de propriedade do executado sobre o bem constrito, transformá-lo em pecúnia - exceto se for penhorado *dinheiro*, ou se o credor optar por *adjudicar* o bem - e atribuir a propriedade do dinheiro (ou do bem adjudicado) ao exequente.

---

a ação de quem se opõe ao quanto estabelecido no título executivo e, sob este aspecto, inexistiria diferença entre a execução pecuniária (*expropriação forçada*) e a execução específica (Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, v.3, 1979, pp. 2333-2335).

³⁶ P. CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, 1943, pp. 90-91.

³⁷ Dentre tantos, v. E. T. LIEBMAN, *Processo de execução*, 1980, pp. 43-44. Para F. CARNELUTTI, a *antítese* que se pode estabelecer entre execução e cognição é a que se poderia estabelecer entre *razão e força* (*Sistema di diritto processuale civile*, v. I, 1936, p.180).

³⁸ Sobre a relação entre execução, *imperium* e *força física*, v. item 3.2.1 abaixo.

³⁹ J. LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva depois da reforma da reforma*, 2009, p. 9, nota 6.

Como se vê, a “*técnica executiva por excelência*”⁴⁰ de que se cogita para proporcionar a satisfação do credor é a *expropriação*⁴¹, seja para transformar em dinheiro o bem sobre o qual recai a responsabilidade executiva⁴² (*expropriação líquidativa*), seja para entregá-lo ao credor (*expropriação satisfativa*)⁴³: o Estado, amparado em sua autoridade, em caráter imperativo, põe fim aos direitos do executado sobre o bem constrito e o transfere de modo coativo ao patrimônio do terceiro arrematante ou do exequente adjudicante, diante da manifestação volitiva desses últimos⁴⁴.

Adianta-se desde logo que esta técnica de *expropriação*, tão nítida na *execução forçada* que se processa em juízo, a nosso ver também se manifesta na *execução*

---

⁴⁰ A expressão é de A. ASSIS, *Manual da execução*, 12. ed., 2009, p. 635.

⁴¹ Tão íntima é a técnica de *expropriação* à execução forçada para recebimento de quantia que o Código de Processo Civil Italiano disciplina esta última sob a rubrica “*da expropriação forçada*” (Livro III, Título II). S. SATTA, a propósito, assim descreve a relação direta que há entre *responsabilidade patrimonial*, *expropriação*, *execução forçada* e, em seu entendimento, *obrigação*: a *responsabilidade patrimonial* exprime a sujeição dos bens integrantes do patrimônio do devedor à *expropriação* (*situação jurídica dos bens*), o que corresponderia, de outro lado, ao poder do credor de, por meio da *execução*, *fazer expropriar* os bens do devedor para a satisfação de seu crédito (*possibilidade do credor de alcançar o que lhe é devido mediante os bens do devedor*), ambos os elementos estariam indissociavelmente unidos no conceito de *obrigação*; concluindo que somente se pode falar de *execução forçada*, em sentido próprio, quando há *expropriação* (*Diritto processuale civile*, 1950, p. 379. Sobre a inaplicabilidade de tal conceito às execuções específicas, para S. SATTA, v. nota 35 acima).

⁴² *Responsabilidade executiva*, no sentido aqui empregado, está a aludir à *situação de sujeição à atuação da sanção executiva*, mais particularmente à *destinação dos bens do executado à satisfação do direito do credor* (E. T. LIEBMAN, *Processo de execução*, 1980, p. 85). Trata-se de fenômeno de natureza processual, segundo tradicional lição de F. CARNELUTTI (*Lezioni di diritto processuale civile*, 1929, p. 86).

⁴³ Daí falar a doutrina italiana em *dupla expropriação*: a primeira, *liquidativa* (transformação do bem penhorado em dinheiro, extinguindo-se a propriedade do executado sobre tal bem e transferindo-o ao patrimônio do arrematante), que só ocorre se o bem penhorado não for dinheiro ou se o credor não optar pela adjudicação; e a segunda, que ocorre em toda a execução por quantia exitosa, *satisfativa* (entrega do dinheiro – ou do bem adjudicado – ao exequente). Referindo-a, C. R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, pp. 565-566.

⁴⁴ Muito já se discutiu sobre a natureza jurídica da *expropriação*, estando por certo superada a tese de que seria *contratual*; seja na antiga vertente defendida, dentre outros, por PEREIRA E SOUSA e LOBÃO, de que o juiz *representaria o executado num contrato de compra e venda* – não o representa, não há manifestação de vontade do executado –, seja nas versões de F. CARNELUTTI, de que haveria *representação legal* – não poderia o representante legal atuar contra os interesses do representado – e de G. CHIOVENDA, de que se *expropriaria a faculdade de dispor do bem, para que então o juiz operasse a venda* – a autoridade do órgão não se limita a expropriar a faculdade de dispor, e sim alcança o momento subsequente de transferir o bem -. Passando-as em revista, conclui E. T. LIEBMAN por sua natureza *processual* e *executiva*, destacando a preponderância do *ato unilateral do órgão estatal* (em seu entendimento, *jurisdicional*) soberano e investido de autoridade para retirar o bem do patrimônio do executado e transferi-lo, cuja eficácia, no entanto, fica condicionada *ato do particular* – licitante que arremata ou executado que adjudica – de aceitar a transferência (LIEBMAN, *Processo de execução*, 1980, pp.143-151). Sobre o ponto, v. ainda A. ASSIS, que, procurando equilibrar os dois atos aludidos por E. T. LIEBMAN, conclui que “*na alienação forçada se descortina negócio jurídico entre o Estado, que detém o poder de dispor, e o adquirente*” (*Manual da execução*, 12. ed., 2009, p. 770).

*extrajudicial para a satisfação de crédito pecuniário dotado de garantia imobiliária*⁴⁵, permitindo-se concluir que esta última é, em verdade, modalidade de *execução forçada*.

2.2 Modelo executivo brasileiro do Código de Processo Civil

Modelo processual corresponde a um dado *sistema processual* – compreendido, segundo C. R. DINAMARCO⁴⁶, como

conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar a sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos -, caracterizado no tempo e no espaço e considerado a partir dos elementos que concretamente o identificam e diferenciam de outros.

Resulta a descrição do *modelo*, pois, de uma construção teórica, para a qual se elegend – nunca de maneira completamente objetiva – os *elementos* em função dos quais realiza agrupamento por semelhanças, para permitir tratamento generalizante, tendo como norte, sempre, a utilidade para a compreensão do fenômeno em exame.

Voltando os olhos ao *modelo executivo brasileiro* do atual Código de Processo Civil⁴⁷ depois das significativas reformas empreendidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, aponta C. R. DINAMARCO ser possível delineá-lo em função de dois elementos estruturais: (i) o *processo* em que os atos executivos se desencadeiam e (ii) os *meios executivos* que preponderam para a consecução da satisfação do exequente⁴⁸. A estes, no que interessa mais de perto ao objeto deste estudo, acrescentamos mais dois elementos cuja análise, a nosso ver, também ajudam a caracterizam o *modelo executivo brasileiro*: (iii) *a intensidade da participação do juiz* e (iv) *a variabilidade dos instrumentos em função das particularidades do direito material*.

---

⁴⁵ V. item 7.4 abaixo.

⁴⁶ *Instituições de direito processual civil*, v. I, 2009, p. 175.

⁴⁷ Existem, contudo, *outros modelos* de execução no direito brasileiro, contemplados na legislação extravagante, com características diversas daquele desenhado pelo Código de Processo Civil. O que mais nos interessa, e será oportunamente examinado em detalhes, é o *modelo de execução extrajudicial* para satisfação de créditos dotados de certas modalidades de garantia imobiliária, representado pelas características comuns dos procedimentos disciplinados pelos artigos 29 e seguintes do Decreto-lei 70/66 e 26 e seguintes da Lei 9.514/97.

⁴⁸ *Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, pp. 51-54.

Quanto ao *processo*, após as aludidas reformas – que, neste particular, romperam a opção adotada quando do advento do Código de Processo Civil de 1973⁴⁹ - amparando-se a pretensão exigida em título executivo extrajudicial, a atividade executiva terá lugar em *processo autônomo*, nos moldes do Livro II do referido Código de Processo Civil. De outro lado, os atos de execução se desempenharão no próprio processo – tratando-se assim de um único processo, *sincrético*, do qual a execução representa apenas *fase* – em que proferida decisão judicial que *reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia* (art. 475-N, I, CPC). Em se tratando de outras espécies de títulos executivos judiciais (art. 475-N, II a VII, CPC), iniciar-se-á *processo autônomo* para a execução, que, contudo, seguirá o procedimento do *cumprimento de sentença* regulamentado no Capítulo X do Título VIII do Livro I do Código de Processo Civil.

No que concerne aos *meios executivos*, caso a obrigação inadimplida seja de *pagamento de quantia*, para sua satisfação preponderam os meios executivos *sub-rogatórios*. Diferentemente, nas obrigações *de fazer, não fazer e entregar coisa*, prevalecem os *meios coercitivos*⁵⁰.

Acerca da *intensidade da participação do juiz*, caracteriza-se o modelo brasileiro pela fortíssima intervenção do juiz, que assume posição central no procedimento⁵¹; vale dizer: “os atos de execução dependem de provisão judicial”⁵². No regime das execuções do Código de Processo Civil pátrio, é o juiz quem *impulsiona e dirige* a execução – respeitado, por certo, o princípio da demanda-; é juiz quem *determina* a realização dos atos executivos, os quais, via de

---

⁴⁹ Como é cediço, A. BUZAID propugnou pela “*unidade do processo de execução*”, assumindo-a como uma das características do Código de Processo Civil de 1973 (Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, nº 21); refletindo concepção que deita raízes na *actio iudicati* romana, perpassa a tradição histórica luso-brasileira e cristaliza-se no entendimento de que “*a execução é processo plenamente autônomo e independente, que começa pela citação (...)*” (E. T. LIEBMAN, *Processo de execução*, 1980, p. 49).

⁵⁰ Insista-se que a correlação entre *meio executivo* e *espécie de obrigação inadimplida* é mesmo de prevalência. Embora não preponderem, podem ter lugar *meios coercitivos* em execução para satisfação de *obrigação de pagamento de quantia* (v.g., a multa de que trata o art. 475-J do CPC); assim como podem ser aplicados *meios sub-rogatórios* em execuções específicas (p. ex. *busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras* - art. 461, §5º, CPC -, *imissão na posse* - art. 461-A, § 2º, CPC).

⁵¹ Como se verá adiante, dentre as classificações possíveis (item 4 abaixo), o modelo brasileiro figura dentre os *sistemas públicos* de execução, com *agente vinculado ao Poder Judiciário* e *subordinado ao juiz*. Sobre as modestas manifestações de *desjudicialização* após a Lei 11.382/2006, v. item 5.1.3 abaixo.

⁵² A. ASSIS, *Manual da execução*, 12. ed., 2009, p. 98.

regra, são praticados por *oficiais de justiça* ao juiz subordinados⁵³; é o juiz, enfim, quem *preside* a execução⁵⁴, podendo-se dizer, assim, que o *monopólio judicial da execução* é uma das características marcantes do modelo brasileiro consagrado no Código de Processo Civil.

Por fim, no que diz respeito à *variabilidade dos instrumentos em função das particularidades do direito material*, é certo que, sob perspectiva mais ampla, diferenciam-se os *meios executivos* preponderantes em função da categoria de obrigação - *pagar quantia, fazer ou não fazer, entregar coisa* -⁵⁵. Voltando os olhos às obrigações de pagar quantia, também algumas diferenciações podem ser notadas, dentre as quais: a natureza do título aponta, atualmente, para diferentes procedimentos de execução⁵⁶; a presença da Fazenda Pública como devedora modifica o procedimento e a técnica executiva, aplicando-se, como regra a requisição de pagamento mediante precatório (arts. 730 e 731 do CPC)⁵⁷; de outro lado, a presença da Fazenda Pública credora, para cobrar dívida ativa, determina a aplicação de procedimento próprio disciplinado em legislação extravagante⁵⁸; a natureza de *prestação alimentícia* do crédito exequindo pode justificar a adoção do meio coercitivo de *prisão civil* (art. 733 do CPC) e do meio sub-rogatório de *desconto em folha* (art. 734 do CPC); os alimentos devidos como indenização por ato ilícito, por seu turno, autorizam ao juiz que ordene ao devedor a *constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do*

---

⁵³ Art. 577 do CPC. Com maior ou menor intensidade, também podem participar da execução outros *auxiliares da justiça*, tais como o *escrivão*, o *porteiro*, o *leiloeiro* e o *depositário*, sempre subordinados ao juiz. Sobre *auxiliares da justiça*, v nota 94 abaixo.

⁵⁴ Por considerar que o juiz exerce *poderes extensos* na execução, por ter a lei deixado ao juiz “*vários e grandes espaços para o uso de liberdades discricionárias*”, revelados pelo próprio dever de *impulso oficial* do processo (art. 262, CPC), pelos poderes de decidir sobre *aumento de prazo para cumprimento da obrigação*, de deliberar sobre a *arrematação global* (art. 691, CPC), sobre o *lanço vil* (art. 692), sobre a suspensão da arrematação quando o produto da alienação bastar para o pagamento do credor (art. 692, parágrafo único), conclui A. ASSIS pela “*indispensabilidade do controle judicial no curso do ato executivo*”. Arremata o processualista gaúcho que “*a lei não autoriza pronunciamentos dos auxiliares do juízo quanto ao direito das partes*”, razão pela qual deverá mesmo o juiz *presidir* a realização dos atos executivos (*Manual da execução*, 12. ed., 2009, pp. 99-100). E. R. MALACHINI, no entanto, de há muito sustenta que o Código de Processo Civil de 1973, ao contrário do anterior, não exige a presença do juiz para a realização de *hastas públicas*, atribuição do *porteiro* ou do *leiloeiro* (Desnecessidade da presença do juiz ao ato de arrematação, no sistema do Código de Processo Civil, in *RePro*, nº. 31, p. 17).

⁵⁵ “*A propósito dos meios executivos, é sabido que variam segundo a natureza do direito a ser satisfeito, isto é, do resultado a ser proporcionado ao credor, sendo predispostos de forma diversa se for o caso de entrega de quantia, ou de coisa, ou ainda a imposição e/ou efetivação de um fazer ou um não fazer. E, mesmo em cada uma dessas modalidades de obrigação, há variações ditadas por particularidades extraídas da relação material*” (F. L. YARSHELL, *Tutela jurisdicional*, 2006, p. 173).

⁵⁶ Como já se viu, a sentença condenatória se executa – ou se cumpre, na expressão preferida pelo legislador – em processo sincrético; enquanto outros títulos devem ser executados em processo autônomo.

⁵⁷ Não se submetem ao regime de precatórios, no entanto, os “*pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado*” (art. 100, § 3º, CF, redação dada pela EC 62/2009).

⁵⁸ Trata-se da *execução fiscal*, disciplinada pela Lei 6.830/80.

valor mensal da pensão (art. 475-Q do CPC); a situação de *insolvência* do devedor dá origem ao desencadeamento de técnica própria de concurso universal (art. 748 e ss. do CPC) e mesmo o *objeto* sobre o qual recai a penhora pode justificar alguma disciplina específica⁵⁹.

O modelo acima delineado, importa dizer, é mantido no projeto de novo Código de Processo Civil⁶⁰.

2.3 Execução equilibrada: máxima satisfatividade e mínimo sacrifício

Mais do que em qualquer outra atividade de composição de conflitos, é na execução que aflora de maneira mais intensa a oposição dos interesses de *exeqüente* e *executado*. Aqui já não basta resolvê-lo em plano puramente lógico. Para compô-lo, é necessário, ao revés, promover a *transformação do mundo físico*⁶¹.

Inadimplida a obrigação de pagamento de quantia, que aqui nos interessa mais de perto, há que se retirar compulsoriamente algum bem da esfera patrimonial do devedor – que, nessa medida, é *desfalcada*, embora legitimamente-, eventualmente transformá-lo em pecúnia e promover o pagamento ao credor, para proporcionar-lhe a satisfação, com o efetivo recebimento da quantia não solvida voluntariamente pelo devedor.

É na execução que se pode *sentir*, por assim dizer, o peso do *poder de autoridade*, que pode legitimar inclusive, e se necessário, o emprego de *força física*.

---

⁵⁹ V., dentre outras, as disposições sobre *penhora de créditos e de outros direitos patrimoniais* (arts. 671 e ss. do CPC); *penhora, depósito e administração de empresa e outros estabelecimentos* (arts. 677 e ss. do CPC) e *usufruto de móvel ou imóvel* (arts. 716 e ss. do CPC). Reputa C. R. DINAMARCO serem *especiais* as execuções regidas por tais dispositivos, diferenciando-se da *execução por quantia certa* ordinária “*pela natureza dos bens penhorados, pelos atos subseqüentes a serem desenvolvidos ao longo do processo e pelos modos como é feita a alienação*” (*Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 612).

⁶⁰ Especificamente no que tange à bipartição em *processo sincrético com fase de cumprimento de sentença e processo autônomo de execução*, v. arts. 490 e ss. do PLS 166/2010, ou 500 e ss. do PL 8046/2010, e Livro III; sobre a presidência do juiz sobre a execução, v. art 708 do PLS 166/2010, ou 741 do PL 8046/2010.

⁶¹ A. ASSIS, *Manual da execução*, 12. ed., 2009, p. 94.

Pela natureza *drástica* da execução, busca-se – e a evolução histórica do instituto é muitíssimo ilustrativa neste sentido – *equilíbrio* para perseguir a integral satisfação do credor sem, de outro lado, sacrificar demasiadamente o devedor.

Balizam tal *equilíbrio* os chamados *limites da execução*, classificados em *naturais* e *políticos*. Os primeiros compreendem, v.g., *inexistência absoluta de bens no patrimônio do devedor*, a frustrar a *execução por quantia*; o *perecimento da coisa a ser entregue*, a impossibilitar a *execução para entrega de coisa*, etc. Os segundos se desdobram em *intangibilidade da pessoa do devedor*, como decorrência da patrimonialização da execução, que proíbe a *prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia*⁶²; em *garantia de subsistência de patrimônio mínimo*, de que são reflexo as impenhorabilidades absolutas e relativas dispostas nos artigos 649 e 650 do Código de Processo Civil, e na *menor onerosidade possível*, sintetizada na conhecida fórmula do artigo 620 do Código de Processo Civil: “quando por vários modos o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”⁶³.

Interessante notar que, na execução, inexistente um *ponto de equilíbrio* universal e atemporal. Muito pelo contrário, tal ponto está sempre relacionado aos valores sociais, políticos e econômicos vigentes em determinado momento histórico.

2.4 Crise: falta de *efetividade* da execução

Sob as luzes da *instrumentalidade do processo*, impõe-se ao estudioso, no atual estágio de desenvolvimento da ciência processual, que tenha os olhos voltados aos *objetivos* perseguidos pelo processo, que lhe são externos; que se preocupe com os

---

⁶² Art. 5º, LXVII, CF. A *prisão civil do depositário infiel*, aparentemente permitida pela letra do dispositivo constitucional em questão, é *proibida* por força da Súmula Vinculante nº 25, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. De outro lado, acerca da discussão sobre a possibilidade de *prisão* como meio coercitivo para a efetividade da execução específica, v. A. F. NASCIMBENI, *Multa e prisão civil como meios coercitivos para obtenção da tutela específica*, 2005, esp. pp. 181-244.

⁶³ Decompondo a referida fórmula, assevera C. R. DINAMARCO que “a execução deve se pautar por duas balizas fundamentais, antagônicas mas necessariamente harmoniosas, que são (a) a do respeito à integridade patrimonial do executado, sacrificando-o o mínimo possível e (b) a do empenho a ser feito para a plena realização do exequente” (Menor onerosidade possível e efetividade da tutela jurisdicional, in *Nova era do processo civil*, 2009, p. 293).

resultados práticos que o processo produz na vida das pessoas, com a aptidão do instrumento para dar tutela a quem tiver razão à luz do direito material e, assim, *pacificá-las com justiça*⁶⁴.

Persegue-se, com cada vez mais intensidade o *processo efetivo*⁶⁵, compreendido, nas palavras de J. R. BEDAQUE, como aquele que, “*observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material*”⁶⁶.

A lição também deve ser aplicada à execução⁶⁷, em que o *equilíbrio* a ser buscado contrapõe, sempre na medida do possível, de um lado, a *máxima satisfatividade* que a execução deve proporcionar ao credor, e, de outro, o *mínimo sacrifício* (ou sacrifício apenas no quanto razoável e necessário) ao patrimônio do devedor – fórmula acima examinada –; tudo isso em processo que seja tão célere quanto possível.

O exame da execução por tal perspectiva, no entanto, revela cenário assaz preocupante. A constatação é a de que a execução estava *desequilibrada*, em benefício do devedor, exageradamente protegido. Dificilmente proporcionava ao credor a satisfação de seu crédito, muito menos dentro de um *prazo razoável* assegurado pela Constituição⁶⁸. Padecia, pois, de *falta de efetividade*.

---

⁶⁴ Acerca dos *escopos sociais* do processo, v. C. R. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 1987, p. 220 e ss.

⁶⁵ Ou *eficiente*, no entendimento de J. G. GONÇALVES FILHO, para quem o gênero *eficiência* compreende *celeridade e efetividade*: “o princípio da eficiência está ligado a essa idéia de rapidez, presteza, utilidade, economicidade e acerto de situações, devendo tudo isto nortear a condução dos processos. Assim, o princípio constitucional da eficiência no processo civil é um gênero que se subdivide em quatro aspectos, ou subprincípios, cada qual revelando uma das facetas do valor eficiência no processo civil; são eles: o princípio da celeridade, o princípio da efetividade, o princípio da economicidade (ou economia processual) e o princípio da segurança jurídica” (*O princípio constitucional da eficiência no processo civil*, Tese (Doutorado), 2010, pp.37-38). Para o referido autor, *efetividade* corresponde à “*real utilidade do instrumento para atingir seu propósito específico*” (ob. cit., p. 38); *celeridade* está atrelada à idéia de *tolerar “apenas a demora necessária e inevitável, não se compadecendo com delongas indevidas”* (ob cit., p. 45); *segurança* diz com a *previsibilidade, redução de incertezas e riscos* e, por fim, *economicidade* significa “*fazer mais com menos (sempre que possível). Diminuir custos, diminuir etapas, diminuir esforços (...) sempre que essas diminuições não implicarem lesão a direitos fundamentais das partes envolvidas*” (ob cit. pp. 58-59).

⁶⁶ *Efetividade do processo e técnica processual*, 2006, p.49.

⁶⁷ Não por outra razão, dez anos depois de publicar a obra *Execução civil* (primeira edição de 1973), C. R. DINAMARCO, a partir da terceira edição da aludida obra (1993), adaptou-a para “*revisitar os institutos e conceitos executivos à luz das novas tendências do direito processual*” (*Execução civil*, 1994, p. 28). Lembrando que o *princípio da eficiência, é aplicável a qualquer atividade estatal, inclusive ao processo ou fase de execução*, v. J. G. GONÇALVES FILHO, *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*, Tese (Doutorado), 2010, p. 374.

⁶⁸ Art. 5º, LXXVIII, CF.

Em fins da década de noventa, já observava L. GRECO que, se a “*garantia da proteção jurisdicional dos direitos dos cidadãos deve ser progressivamente mais rápida e eficaz*”, e se “*essa garantia pressupõe procedimentos executórios que de fato realizem, com essa mesma rapidez e eficácia, a entrega dos bens que são reconhecidos*” no título executivo, “*é desanimador verificar que justamente na tutela jurisdicional satisfativa o processo civil brasileiro apresenta o mais alto índice de ineficácia*”⁶⁹.

A crise de falta de efetividade da execução, vale registrar, não é problema exclusivamente brasileiro.

No começo da década de noventa, L. P. COMOGLIO destacou ser a *execução* um *componente essencial do direito constitucional à efetividade da tutela judiciária* e denunciou que, no entanto, na prática, a execução, tal qual disciplinada, não estava conforme ao princípio constitucional de efetividade⁷⁰.

No ano de 2003, o Conselho da Europa, organização internacional de cooperação especialmente na área jurídica, editou significativa *recomendação* na qual, por considerar a *execução das decisões judiciais* corolário do *direito humano fundamental a um julgamento justo num tempo razoável* (este assegurado pelo art. 6 (1) da Convenção Européia de Direitos Humanos)⁷¹, exigiu dos Estados-Membros o *dever de assegurar às pessoas que receberam uma decisão final e vinculante o direito à execução*, ponderou que a *não-execução ou o atraso em realizá-la torna esse direito inoperante e ilusório*⁷² e estabeleceu um rol de *critérios* a serem observados para assegurar que a execução seja *a mais efetiva e eficiente possível*⁷³.

---

⁶⁹ A execução e a efetividade do processo, in *RePro*, nº. 94, 1999, p. 35.

⁷⁰ Principi costituzionali e processo di esecuzione, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, esp. pp. 457-458.

⁷¹ K. HENDERSON *et al* aponta julgados da *Corte Européia de Direitos Humanos* condenando os Estados em decorrência da falta de efetividade da execução: *Hornsby v. Greece, Judgment of March 19, 1997, Eur. Cour H.R., Reports 1997-II*; *Horvat v. Croatia, Judgment of July 26, 2001, Eur. Cour H.R.* Referido autor indica, ainda, neste mesmo sentido, precedente da *Corte Inter-Americana de Direitos Humanos*: “*Cinco Pensionistas*” v. *Perú, Judgment of February 28, 2003, Inter-Am. Ct. H.R., Series C No. 98 (2003) (Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America, 2004, p. 3).*

⁷² COUNCIL OF EUROPE, *The enforcement of court decisions: recommendation Rec (2003) 17 and explanatory memorandum – legal issues*, 2004, p.5.

⁷³ Destacam-se (a) *regras claras sobre poderes, direitos e responsabilidades* dos envolvidos; (b) *regras suficientemente detalhadas, que proporcionem certeza e transparência ao procedimento, para que este transcorra de maneira tão previsível e eficiente quanto possível*; (c) *dever de cooperação das partes*; (d) *obrigação do executado de fornecer informações atualizadas sobre seu patrimônio*; (e) *medidas para*

Em 2004, a organização não-governamental Norte Americana IFES divulgou estudo capitaneado pelo Prof. K. HENDERSON, da Faculdade de Direito da Universidade de Washington, no qual foram apontados problemas, comuns a diferentes países, que comprometiam a efetividade da execução: (i) *excesso de formalismo legal*; (ii) *desnecessária supervisão judicial*; (iii) *atrasos indevidos*; (iv) *acúmulo de processos* (v) *corrupção* e (vi) *dificuldades na identificação e localização de bens do executado*⁷⁴.

As conseqüências da *falta de efetividade* da execução, importa lembrar, não atingem exclusiva e individualmente o *exeqüente*, que padece para tentar a satisfação de seu crédito, tampouco se restringe a aspectos jurídicos. Muito pelo contrário, o problema tem amplos desdobramentos econômicos⁷⁵: a ineficiência do instrumento para satisfação coercitiva de créditos pecuniários engessa a atividade produtiva, compromete o comércio, encarece financiamentos⁷⁶ e atinge a sociedade como um todo⁷⁷.

A resposta do legislador pátrio foi dada por sucessivas reformas do Código de Processo Civil, com destaque, no que tange à execução, para as Leis 11.232/2005 e

---

impedir que, na execução, promova-se o re-julgamento do caso; (f) proibição de postergação/suspensão da execução, exceto em hipóteses previstas em lei, matéria que pode ser submetida ao controle dos Tribunais; (g) equilíbrio entre os interesses de exeqüente e executado e, se o caso, também entre estes e os de terceiros e (h) manutenção de bens essenciais no patrimônio do executado (COUNCIL OF EUROPE, The enforcement of court decisions: recommendation Rec (2003) 17 and explanatory memorandum – legal issues, 2004, pp.7-8).

⁷⁴ *Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America*, 2004, p. 4.

⁷⁵ Como ponderou R. PERROT, *um sistema de execução eficaz é condição de vitalidade econômica de um país* (Les enjeux de l'exécution des décisions judiciaires en matière civile, in *L' exécution des décisions de justice en matière civile*, 1998, p. 11).

⁷⁶ Cogitando-se de financiamentos, é certo que, quanto mais difícil e lenta a recuperação do montante inadimplido, maior o “custo do dinheiro” e menor o volume disponível para tanto; maiores as taxas de juros e menor o incentivo para os novos financiamentos. Havendo mecanismos eficientes e rápidos para a satisfação do credor, desde que prestigiados pelo Poder Judiciário (v. nota 328 abaixo) e corretamente aplicados, os resultados – ao menos em tese – tendem a se inverter, em benefício da sociedade como um todo e, em especial, dos “bons mutuários”, que não se vêem obrigados a custear o risco proporcionado pelos maus devedores (v. BANCO CENTRAL DO BRASIL, *Juros e spread bancário no Brasil*, 1999, pp. 7-14).

⁷⁷ Não por outra razão, Portugal invocou motivo de ordem econômica para justificar expressivas alterações em seu sistema de execução adiante examinadas (item 5.1.1 abaixo). Na Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 226/2008, o Ministério da Justiça de Portugal referiu-se ao *European Payment Index 2008*, para dizer que “vários relatórios internacionais têm salientado que o atraso nos pagamentos é prejudicial à economia pois obriga a financiamentos desnecessários, origina problemas de liquidez e é uma barreira ao comércio”. O *European Payment Index 2012*, a propósito, salienta que o problema dos atrasos de pagamento continua representando expressivo problema para a economia europeia e que poucos governos demonstraram real interesse em ajustar a legislação nacional para combater este problema – recomenda, a propósito, elevação dos consectários moratórios, a exemplo do que aconteceria nos países nórdicos (INTRUM JUSTITIA, *European Payment Index 2012*, p.3).

11.382/2006. Caminhou-se, e continua a se caminhar, no sentido de dotar o Estado-Juiz de um instrumento mais eficiente para a satisfação das crises de adimplemento.

Apenas modificações legislativas pontuais, no entanto, parecem insuficientes para lidar com crise de tamanha dimensão e conseqüências. Alterações mais profundas, inclusive de *mentalidade* dos operadores do direito, parecem ser necessárias.

Uma dessas alterações, verdadeiramente imprescindível, é a releitura da já referida fórmula trazida pelo artigo 620 do Código de Processo Civil⁷⁸, releitura que atenda ao *princípio da proporcionalidade*⁷⁹ e capacite a execução a proporcionar a *efetividade* que dela se espera.

Outra, que toca mais diretamente ao presente estudo, é abandonar-se o *mito* de que, *num Estado democrático de Direito que respeite o devido processo legal, a condução da execução deva ser necessariamente atribuída somente ao juiz.*

2.5 Questionamentos acerca do monopólio judicial da execução e da variabilidade dos instrumentos em função das particularidades do direito material

A crise de *falta de efetividade* retro apontada justifica múltiplas reflexões acerca da execução e do modelo executivo brasileiro, que extrapolam, em muito, os limites do presente trabalho.

---

⁷⁸ Daí ter C. R. DINAMARCO ponderado que “a triste realidade da execução burocrática e condescendente, que ao longo dos tempos se apresenta como um verdadeiro paraíso dos maus pagadores, impõe que o disposto no art. 620 do CPC seja interpretado à luz da garantia do acesso à justiça, sob pena de fadar o sistema à ineficiência e pôr em risco a efetividade dessa solene promessa constitucional” (*Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, pp. 63-64), e proposto a seguinte leitura da aludida regra: “quando não houver meios mais amenos para o executado, capazes de conduzir à satisfação do credor, que se apliquem os mais severos” (ob. cit., p. 63).

⁷⁹ M. BONÍCIO, com total acerto, disse que “o princípio da proporcionalidade exerce papel importantíssimo nessa situação, impondo uma interpretação mais ampla da regra do artigo 620 mencionado, na exata medida em que deva existir proteção contra excessos tanto para o devedor quanto para o credor (...). No contexto da execução civil, o princípio da proporcionalidade precisa assumir uma dimensão ampla o suficiente para, em conjunto com a garantia do devido processo legal, estabelecer parâmetros de efetividade condizentes com as necessidades que a sociedade moderna apresenta, tanto do ângulo da celeridade quanto do da segurança, sem incorrer no grave equívoco de proteger exacerbadamente o patrimônio do devedor” (*Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*, 2006, p. 127).

Ao que aqui interessa, dois elementos devem ser destacados para análise mais aprofundada: (i) o *monopólio judicial da execução* e (ii) a *variabilidade dos instrumentos em função das particularidades do direito material*.

O *monopólio judicial da execução*, uma das características marcantes do modelo executivo brasileiro extraído do Código de Processo Civil, tem sido questionado – e, sobretudo, criticado – mundo afora.

Pela importância para o tema central da tese, dedicaremos os capítulos subsequentes ao exame da *relação entre Estado, jurisdição e execução*; à análise da *inserção do agente de execução na estrutura de poderes do Estado* e sua *relação com o juiz* - procurando demonstrar que o exame de modelos executivos estrangeiros, a partir da figura do sujeito incumbido de conduzir a execução, revela verdadeira miríade de alternativas à técnica de concentrar nas mãos do juiz a condução da execução – e às considerações sobre o fenômeno de *minimização da participação do juiz no desempenho dos atos de execução*, reservando-a para atividades em que sua intervenção se faça necessária, tais como julgar litígios que possam surgir no curso da execução ou autorizar o uso da força.

Tal fenômeno, examinado em capítulo próprio, pode se desdobrar em técnicas de *desjudicialização da execução* – caminho recentemente trilhado, v.g., por Portugal, com o declarado propósito de proporcionar *efetividade* à execução - e de *execução extrajudicial*; ambas com potencial de contribuir para combater a crise de que padece a execução⁸⁰.

A *variabilidade dos instrumentos em função das particularidades do direito material*, por seu turno, é elemento visto com simpatia quando se cogita, de maneira mais ampla, da diversidade de técnicas de tutela em função das particularidades das situações da

---

⁸⁰ Não se acredita – ressalve-se desde logo - que, simplesmente, *afastar o juiz* tanto quanto possível da direção e prática dos atos de execução, atribuindo-os a outros agentes, proporcionaria ao credor receber rapidamente a quantia pecuniária que lhe é devida; e nem se quer apanagiar tais técnicas. Como bem ponderou R. WALTR, sistemas públicos e privados de execução representam apenas *diversidade de soluções*, cada qual com vantagens e desvantagens e que não conseguem superar um problema de fundo comum a ambos: a localização de bens do devedor (Les agents d'exécution, in *L' exécution des décisions de justice en matière civile*, 1998, p. 120).

vida e da disciplina do direito material⁸¹, e deve ser igualmente explorado quando se cogita, especificamente, da *tutela executiva*.

Pondo em destaque a necessidade de adequação da tutela executiva às diversas situações substanciais a fim de alcançar a *efetividade da tutela jurisdicional de direitos*, observa M. TARUFFO que *cada direito deve atuar através de um trâmite executivo mais idôneo e eficaz em função das específicas necessidades do caso concreto*⁸².

Voltando os olhos à execução por quantia, que nos interessa mais de perto, parece razoável afirmar, então, que, dentro do amplo gênero das *obrigações de pagamento de quantia*, devam existir, para além do procedimento da *execução por quantia certa contra devedor solvente* disciplinado nos artigos 646 e seguintes do Código de Processo Civil, aplicável à generalidade das situações, outros instrumentos voltados à satisfação coercitiva de prestações pecuniárias que sejam adequados às particularidades de certas espécies de relações jurídicas de direito material⁸³ - destacam-se, para o presente estudo, as obrigações pecuniárias garantidas por *hipoteca* e por *alienação fiduciária de bem imóvel*-, o que também deve contribuir para a almejada efetividade da execução.

---

⁸¹ Aponta C. R. DINAMARCO que, em função da *variedade de situações da vida lamentadas pelo exequiente e das respectivas soluções prometidas pelo direito substancial*, “é rigorosamente inerente ao sistema da tutela jurisdicional a variação das tutelas segundo as situações desfavoráveis a debelar e os resultados a obter, com a legítima recepção de elementos jurídico-materiais para a composição das técnicas ou mesmo de certos conceitos processuais” (*Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 466).

⁸² A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos, in *RePro*, nº. 59, 1990, p. 78. No mesmo sentido, ressalta L. P. COMOGLIO a importância de se buscar *relação constante de efetividade entre as diferentes formas e as correspondentes técnicas de atuação de tutela dos direitos substanciais*, de modo que se possa alcançar alto grau de adequação qualitativa dos resultados práticos proporcionados pela execução (*Principi costituzionali e processo di esecuzione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, p.457).

⁸³ O próprio Código de Processo Civil pátrio, como já se examinou, ao disciplinar a *execução por quantia*, concebeu mecanismos diferenciados em função de aspectos subjetivos (v. g., a presença da Fazenda Pública como devedora – arts. 730 e 731 do CPC-) ou objetivos (v.g., a natureza de prestação alimentícia do crédito – arts. 732 e ss. do CPC). Na legislação extravagante, diversos outros exemplos podem ser colhidos, dentre as quais a já mencionada *execução fiscal* (Lei 6.830/80), a *execução judicial hipotecária* de crédito vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação (Lei 5.741/71) e, segundo nos parece, também a execução extrajudicial hipotecária (arts. 29 e ss. do Decreto-lei 70/66) e a execução extrajudicial do imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia (arts. 26 e ss. da Lei 9.514/97).

2.6 A hipótese da execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária como instrumento legítimo

Insere-se no contexto acima delineado o interesse pelo estudo das *execuções extrajudiciais*, notadamente da *execução extrajudicial hipotecária*⁸⁴ e da *execução extrajudicial* pertinente à *alienação fiduciária em garantia de bem imóvel*⁸⁵; mais particularmente, o interesse de examinar, sob perspectiva processual, as características comuns de que tais figuras compartilham e que permitem descrever, a nosso ver, um *modelo brasileiro de execução extrajudicial para satisfação de crédito com garantia imobiliária*.

Referido modelo de *execução extrajudicial*, conforme procuraremos assentar oportunamente, enquadra-se nos moldes de *execução forçada*⁸⁶ e opera por meio executivo sub-rogatório, promovendo, independentemente e até mesmo contra a vontade do executado, a expropriação de bem imóvel sobre o qual recai a responsabilidade executiva, de modo a eliminar a crise de adimplemento e proporcionar a plena satisfação do exeqüente, pelo recebimento da quantia que lhe é devida, por meio de instrumento que tende a ser mais célere e efetivo do que o estatal⁸⁷.

Dito modelo de *execução extrajudicial*, por certo, afasta-se diametralmente do *monopólio judicial da execução* característico do modelo executivo brasileiro do Código de Processo Civil, na medida em que, na *execução extrajudicial*, os atos executivos são

---

⁸⁴ Regulada pelos artigos 29 e seguintes do Decreto-lei 70/66.

⁸⁵ Regida pelos artigos 26 e seguintes da Lei 9.514/97.

⁸⁶ V. item 7.4 abaixo.

⁸⁷ Invocando estudos estatísticos do início da década de 90 na Itália, aponta A. BONSIGNORI que a execução (judicial) para *expropriação imobiliária* dura, em média, seis anos, podendo levar ainda outros sete anos para que o imóvel seja efetivamente vendido perante os Tribunais de Roma, Palermo ou Nápoles (Aspetti processuali della tutela del credito. In *La legge di riforma del codice di procedura civile e la tutela del credito*, 1993, p. 230). No Brasil, desconhecemos dados estatísticos específicos que permitam dimensionar a duração das execuções judiciais para expropriação de imóvel oferecido em garantia e compará-las às execuções extrajudiciais. O dado mais próximo apurado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA é a *taxa de congestionamento*, nos Tribunais Estaduais, de 77% nas *execuções de título extrajudicial, não fiscais* (*Justiça em Números – 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf>. Acesso em: 07.08.2012). A experiência prática, no entanto, revela que a primeira costuma demandar alguns anos, enquanto que a segunda – se não houver ordem judicial que a suspenda – se encerra em poucos meses. Nos Estados Unidos da América, a *celeridade* é apontada como a principal vantagem da execução extrajudicial, em comparação à judicial (v. nota 266 abaixo).

praticados por agentes de execução não integrantes do Poder Judiciário, sendo possível alcançar a plena satisfação do exequente sem necessidade de participação do juiz, a quem se poderá acorrer em caso de litígio (normalmente, para o julgamento de defesas que o executado queira apresentar) ou de quem se deverá buscar autorização caso se revele necessário o emprego de *força física* (notadamente para obtenção da posse do imóvel expropriado).

A despeito da perplexidade que pode causar por romper com o *monopólio judicial da execução* consagrado pelo Código de Processo Civil, o modelo de *execução extrajudicial* aqui considerado, de outro turno, é altamente adequado às peculiaridades da *situação desfavorável a debelar* e às *especificidades do regramento do direito material*, guarda paralelo com mecanismos similares existentes no direito estrangeiro - sobretudo a *execução extrajudicial hipotecária norte-americana*⁸⁸ - e se justifica, a nosso ver, no âmbito da *variabilidade dos instrumentos em função das particularidades do direito material* que deve haver inclusive no âmbito da *execução por quantia certa contra devedor solvente*.

Como se pretende demonstrar na tese, tal modelo de *execução extrajudicial* é legítimo, equaciona adequadamente os princípios de *máxima satisfatividade* e *mínimo sacrifício*, revela-se equilibrado e apto a proporcionar a almejada *efetividade* para a execução dos créditos aos quais se aplica, de modo que merece figurar dentre os instrumentos predispostos à satisfação coercitiva das crises de adimplemento de obrigações de pagamento de quantia.

---

⁸⁸ V. item 5.2.1 abaixo.

3 Estado, Jurisdição e Execução. Contextualização do problema

3.1 Estado e Jurisdição

É tradicional na ciência jurídica compreender *jurisdição* como uma das *funções* do Estado⁸⁹ e destacar, dentre seus escopos, o de *atuação do direito objetivo*⁹⁰.

Neste sentido, a conhecida lição de G. CHIOVENDA⁹¹, que definiu jurisdição como

função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da lei, já no torna-lá, praticamente, efetiva.

São marcantes na jurisdição as notas da *imperatividade*, seja no decidir imperativamente, seja no impor as decisões; da *substitutividade*, no sentido de que seu exercício substitui a atividade das partes em conflito e da *inevitabilidade*, a impor, das partes, a sujeição⁹².

Embora se reconheça que, sob perspectiva histórica, nem sempre o quadro se desenhou desta maneira, de há muito se procura explicar a jurisdição tendo como *ponto de partida* o Estado, que consolidou o monopólio do exercício da jurisdição e assim banuiu a autotutela⁹³. Explicam-se as notas de *imperatividade* e *inevitabilidade* da jurisdição por ser imperativo e inevitável o próprio *poder estatal*; justifica-se a *substitutividade* da jurisdição

---

⁸⁹ A jurisdição também pode ser examinada como *poder*, na medida em que expressa exercício de poder do Estado, e como *atividade*, posto que se desenvolve em complexo de atos tendentes à realização de seus escopos.

⁹⁰ Este o chamado *escopo jurídico* da jurisdição. Descrevendo também seus escopos *políticos* (participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e *sociais* (eliminação de conflitos com justiça e educação), v. C. R. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 1987, pp. 206 e ss.

⁹¹ *Instituições de direito processual civil*, v. I. 1965, p. 82.

⁹² É, ainda, típica da jurisdição – não compartilhada por nenhuma das outras funções do Estado – a nota da *definitividade*, em razão da potencial imutabilidade proporcionada pela coisa julgada material, que se nota nas atividades realizadas no âmbito do processo de conhecimento.

⁹³ Sobre o Estado como *ponto de partida* da jurisdição, v., dentre tantos, N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)*, 1992, pp. 31-32.

porque o Estado se substitui à atividade das partes em litígio para fazer atuar o direito objetivo.

Igualmente tradicional examinar a matéria à luz da teoria da tripartição dos poderes do Estado e, por este prisma, alocar a jurisdição junto ao Poder Judiciário e, como consequência, aos juízes⁹⁴, não sendo incomum atribuir foros de *exclusividade* a tal relação, como se depreende do ensinamento de M. AMARAL SANTOS: “a jurisdição, portanto, é uma das funções da soberania do Estado. Função do poder, do Poder Judiciário(...). Esta função é própria e exclusiva do Poder Judiciário”⁹⁵.

Nos estreitos limites que interessam ao presente trabalho, importa registrar que tal concepção de jurisdição, atrelada ao Estado e, mais particularmente, ao Poder Judiciário, prende-se ao *mito*, denunciado por G. VERDE, do *Estado centralizador e unipotente*, do qual faz parte a idéia de que a justiça deva ser administrada exclusivamente por meio de seus juízes⁹⁶, e já não mais pode ser aceita como única, perfeita e acabada.

É preciso assentar, numa primeira abordagem, que “a atividade jurisdicional é típica, mas não é exclusiva do Poder Judiciário”⁹⁷ e pode ser exercida por outros órgãos do Estado, quer por órgão do Poder Legislativo, como expressamente contemplado na Constituição Federal (art. 521, CF), quer ainda por órgão do Poder Executivo, nos países que admitem o *contencioso administrativo*⁹⁸.

Num segundo passo, já com alguma polêmica, revivida com especial intensidade em razão do desenvolvimento da arbitragem, é de se atentar para a possibilidade de se defender que mesmo *agentes privados* poderiam exercer atividade jurisdicional⁹⁹.

---

⁹⁴ Certo é que, para o exercício da jurisdição, necessita o juiz socorrer-se do concurso de outros sujeitos, que devem agir sob seu comando. São os *auxiliares da justiça*, definidos por C. R. DINAMARCO como “as pessoas a quem o sistema do processo atribui o encargo de realizar os serviços complementares à jurisdição, sob a autoridade do juiz. Eles figuram como sujeitos secundários do processo, atuando na medida dos atos que por lei são legitimados a realizar. Todos atuam sob a direção do juiz, a quem são subordinados” (*Instituições de Direito Processual Civil*, v. I, 2009, p. 674). Sobre os auxiliares da justiça na execução, v., no modelo executivo brasileiro do Código de Processo Civil, nota 53 acima; de modo mais amplo, sobre auxiliares da justiça como agente de execução, v. item 4 abaixo.

⁹⁵ Jurisdição, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 47, 1977, pp. 76-77.

⁹⁶ G. Verde, *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, 1985, p. 168.

⁹⁷ N. NERY JUNIOR, *Princípios do processo na Constituição Federal*, 2009, p. 153.

⁹⁸ N. NERY JUNIOR, *Princípios do processo na Constituição Federal*, 2009, p. 153.

⁹⁹ Propugnando pela natureza jurisdicional da arbitragem institucional, v. G. VERDE, *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, 1985, esp. pp. 174/179. C. A. CARMONA, partidário de tal entendimento, critica “os

Manifestando-se sobre tema, afirma C. A. CARMONA¹⁰⁰ ser

arraigada em nossa doutrina nacional a ideia de que a jurisdição é função do Estado, e de mais ninguém. O poder de julgar – diziam os nossos antigos – ‘pertence à nação, que o exerce por meio de seus juízes’. Assim, o judicial apropriava-se do jurisdicional, criando um bloco difícil de separar, e todos nós criamos e crescemos à sombra deste ajuntamento artificial e impreciso. Chegado o terceiro milênio, não há mais como manter a liga.

Não cabe, nesta sede, maior aprofundamento do ponto. O que se quer evidenciar é que o tradicional conceito de *jurisdição* está em *crise*¹⁰¹ e reclama por alargamento¹⁰²: limitar a jurisdição ao Estado e, de maneira ainda mais estreita, ao Poder Judiciário e aos juízes, já não mais explica a complexidade do fenômeno.

3.1.1 Meios alternativos de solução de controvérsias (ADR's)

Possivelmente a manifestação mais visível da insuficiência do conceito tradicional de jurisdição e de sua adstrição ao Estado e, mais particularmente, ao Poder Judiciário, consiste no desenvolvimento marcante dos chamados *meios alternativos de solução de controvérsias*, também referidos como ADR's, abreviatura do inglês *alternative dispute resolution*¹⁰³, cujos principais expoentes – não exclusivos – são a conciliação, a mediação e a arbitragem.

---

processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita” e o mito de que apenas os juízes poderiam concentrar tais atividades (Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 2007, p. 45). S. LA CHINA resume seu entendimento em reconhecer que a atividade dos árbitros é exercício privado de julgamento e de justiça, de utilidade pública e geral (L'Arbitrato: il sistema e l'esperienza, 2004, p. 15).

¹⁰⁰ Em torno do árbitro, in *Revista de arbitragem e mediação*, nº 28, 2011, p. 50.

¹⁰¹ “A jurisdição é um conceito em crise. Sente a doutrina moderna a insuficiência do exame puramente jurídico de institutos jurídicos, dada a incapacidade desse método para explicar os fenômenos em face da significação social e política de cada um” (C. R. DINAMARCO, *Execução Civil*, 1994, p. 180).

¹⁰² “parece ser universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição, na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça(...). Afinal, não é possível conceber um conceito estático e imutável de jurisdição ao longo da História” (C. A. CARMONA, *A arbitragem no processo civil brasileiro*, 1993, p. 37).

¹⁰³ A qualificação de tais meios como *alternativos*, embora tradicional – e por isso justificar-se seu emprego – é, sabidamente, objeto de críticas da doutrina. M. TARUFFO, por exemplo, aponta que *só se poderia falar de alternatividade se as partes pudessem escolher, segundo sua preferência, entre diversos meios igualmente eficientes e funcionalmente equivalentes*, o que inoportunizaria no cotejo entre tais meios e a Justiça Estatal;

Se, em passado recente, associava-se imediatamente a solução de conflitos aos Tribunais, órgãos jurisdicionais do Estado nos quais se expressa o Poder Judiciário, hoje, ao revés, como bem pondera P. COSTA E SILVA, busca-se a composição dos litígios “*de preferência sem contacto ou passagem pelos tribunais*”, em verdadeira “*inversão dos paradigmas na Justiça*”, reservando-se à Justiça Estatal um papel de *retaguarda*¹⁰⁴.

Insuficiente, para explicar o desenvolvimento dos ADR's, apontar o aumento de quantidade e complexidade de litígios¹⁰⁵, de um lado, e crises do Poder Judiciário¹⁰⁶ e do processo¹⁰⁷, de outro¹⁰⁸. Em que pese tais aspectos terem impulsionado os ADR's, não se

---

demais disso, *não haveria relação excludente entre os meios, sendo possível sua combinação* (Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti, in *RePro*, nº. 152, 2007, pp. 330-331).

¹⁰⁴ P. COSTA E SILVA, *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, 2009, p. 19. Prossegue a professora da Universidade de Lisboa: “*Pensamos não estar longe da realidade se concluirmos que, se as décadas de sessenta e setenta do século passado poderão ficar conhecidas como o período de ouro do direito de acesso à Justiça enquanto sinónimo de direito de acesso aos tribunais, de lá para cá assiste-se a uma reiterada dissuasão do recurso a esquemas formais e de base estadual de resolução de controvérsias e de satisfação efectiva de situações jurídicas prestacionais. Agora, o direito de acesso aos tribunais é um direito de retaguarda, sendo o seu exercício legítimo antecedido de uma série de filtros*” (ob. cit., pp. 20-21). No Brasil, dentre tantos outros, K WATANABE criticou a *cultura da sentença*, baseada na crença de que os conflitos devam ser resolvidos por *solução contenciosa e adjudicada*, e revelou ter fundadas esperanças que esta resulte superada pela *cultura da pacificação*, na qual se prestigiam os meios, ditos alternativos, de solução de controvérsias (Cultura da sentença e cultura da pacificação, in F. L. YARSHELL – M. Z. MORAES (org.), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, 2005, pp. 684-690).

¹⁰⁵ Na lição de B. S. SANTOS, emérito professor de Coimbra e coordenador do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, “*os tribunais não podem resolver todos os litígios. Não devem sequer resolver os litígios de massa, com, por exemplo, as dívidas, os crimes de condução em estado de embriaguez ou sem habilitação legal. É fundamental encontrar mecanismos que permitam gerir, de forma racional e diferenciada, o volume da procura do sistema judicial. Esses caminhos podem passar pela informalização e desjudicialização de certos litígios*” (A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas, in *Manifesto*, nº 7, 2005, p. 86).

¹⁰⁶ Bem analisando a realidade brasileira, registrou J. I. BOTELHO DE MESQUITA que “*o Judiciário perdeu autoridade perante dos demais Poderes da República. O Poder Executivo não lhe reconhece nenhuma autoridade. Recusa-se impunemente e ostensivamente, por vias diretas e indiretas, a dar execução às suas sentenças (...). Os casos são de conhecimento público. Vão desde as reintegrações de posse de imóveis urbanos ou rurais, para cuja execução se nega declaradamente o concurso da força policial, até as condenações a quantia certa, cujos precatórios não se cumprem (...). O mesmo se passa do lado do Poder Legislativo (...). O Poder Judiciário está em crise. Está em crise moral, por falta de confiança, o que conduz à crise política e, sucessivamente, à crise econômica*” (A crise do Judiciário e o processo, in *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 1, 2001, pp. 86-87). Asseverou o referido professor, a propósito, que as sucessivas reformas do processo, por meio do fortalecimento dos poderes do juiz, “*comprometido não apenas com a ordem jurídica, mas com o que se veio a chamar de ordem jurídica justa*” não resolveram a crise, “*logrando apenas gerar a suspeita de autoritarismo*”, e concluiu que “*as restrições ao devido processo legal e ao princípio da legalidade levam ao aprofundamento e não à solução da crise em que se debate o Poder Judiciário*” (ob. cit., pp. 89-90).

¹⁰⁷ “*Umbilicalmente ligada à crise do Judiciário, está a crise do processo. Tem sabor de lugar comum a afirmação de que a inefetividade dos provimentos judiciais, fruto da lentidão e sobrecarga do Judiciário, da burocratização da Justiça, da inaptidão das leis processuais, da falta de respeito às decisões judiciais por parte do Poder Público coloca em xeque o próprio instrumento da jurisdição: o processo*” (F. F. GAJARDONI, *Técnicas de aceleração do processo de acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2002 e 10.444/2002*, 2003, p. 14).

pode descartar a vontade das partes de simplesmente *optar* por caminho diverso ao da Jurisdição Estatal¹⁰⁹, reputado mais *adequado*¹¹⁰ para resolver certa modalidade de litígio.

Importa anotar que os ADR's evidenciam a atual complexidade relação entre Estado e Jurisdição: ainda que não se queira chegar ao ponto de atribuir natureza *jurisdicional* à atividade desempenhada por meio dos mecanismos ditos *alternativos*, notadamente aos heterocompositivos - sobretudo no caso da *arbitragem*-¹¹¹, parece inquestionavelmente caduca a concepção de que o Estado haveria de deter o monopólio dos instrumentos de resolução de conflitos e impor, a todos os casos, a jurisdição estatal.

A realidade impera de forma diversa e descortina a possibilidade, de emprego cada vez mais freqüente, de resolução de litígios por mecanismos distintos da jurisdição estatal, sejam autocompositivos, sejam heterocompositivos, cuja solução cabe ao Estado prestigiar, inclusive para emprestar sua força (*imperium*) a fim de que sejam praticamente realizados.

---

¹⁰⁸ Observa F. F. GAJARDONI que tais crises do *Judiciário e do processo* fizeram “ressurgir, como forma alternativa principal aos entraves temporais do mesmo, uma série de mecanismos extrajudiciais de soluções de conflitos que, por isso mesmo, têm sido chamados de meios alternativos para solução de controvérsias” (*Técnicas de aceleração do processo de acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2002 e 10.444/2002*, 2003, p. 75).

¹⁰⁹ Com os olhos voltados à arbitragem, C. A. CARMONA aponta ser errônea a atribuição de seu sucesso exclusivamente a tais crises “A crise do Poder Judiciário não explica, por si só, o crescimento galopante da arbitragem em nosso país: é verdade que a educação dada aos juízes não os prepara para a arte de julgar bem (as faculdades não preparam adequadamente os bacharéis para a judicatura, as escolas da magistratura ainda não decolaram, os juízes que ingressam na magistratura são cada vez mais jovens e inexperientes); é verdade que os juízes não têm tempo (cada magistrado lida com alguns milhares de processos, os julgadores não conseguem atender os advogados em seus gabinetes, acumulam funções que não conseguem desempenhar a contento); é verdade que os juízes não dispõem da estrutura necessária para decidir e fazer implementar suas decisões (os cartórios continuam a manter arcabouços funcionais arcaicos, faltam máquinas, equipamentos e pessoal adequados). Mas também é verdade que os contendentes não escolhem a arbitragem para poder fugir deste horror, e sim porque querem um método diferente de julgar, mais arejado, mais técnico, menos burocrático”. Prova disso, para o festejado professor, é a constatação do sucesso da arbitragem mesmo em países nos quais o Judiciário anda bem. “Quanto à crise do processo (o sistema processual, desnecessário dizer, apresenta disfunção evidente), não creio que seja essa a causa do sucesso da arbitragem: o que as partes querem da arbitragem não é a superação das falhas do processo (deste, claudicante, que aí está ou de qualquer outro que o Estado venha a nos ofertar). Querem os contendentes outro método, outras proposições, outros princípios. Querem um outro sistema.” (Em torno do árbitro, in *Revista de arbitragem e mediação*, nº 28, 2011, pp. 48-49).

¹¹⁰ P. COSTA E SILVA aponta ser de *adequação* a relação que se pode estabelecer entre ao ADR's e o conflito a ser solucionado (*A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, 2009, p. 35).

¹¹¹ Para C. R. DINAMARCO, a *equivalência funcional* entre os meios alternativos e a jurisdição estatal, no sentido de que todos tendem à *pacificação com justiça*, permitiria afirmar a natureza *parajurisdicional* dos primeiros, notadamente da arbitragem (*Instituições de direito processual civil*, v. I, 2009, pp.125-126). Pela natureza jurisdicional, v. nota 99 acima.

A bem de ver, é o próprio Estado – e não a autonomia privada – quem predetermina e regula tais meios, legitimando-os, pouco importando que seja *privado* – e não o juiz estatal - o sujeito incumbido de solucionar o litígio; só se podendo cogitar de empregar-se a força para soluções advindas de meios previamente reconhecidos como legítimos pelo Estado¹¹².

Para além de legitimar e emprestar força às soluções advindas de tais meios não judiciais, não poderá o Estado deixar de exercer a função de controle, por meio do exercício da jurisdição estatal tradicional, se surgirem litígios em torno do próprio meio.

Antevê-se, portanto, a necessidade de *cooperação harmônica* entre a jurisdição prestada pelo Estado e os ADR's, incumbindo ao Estado o papel de *protagonista da coordenação e articulação* de tais meios¹¹³. Mais do que isto, modernamente, trilha-se o caminho da *interação* entre ADR's e jurisdição estatal¹¹⁴, já não se vislumbrando radical separação entre tais meios¹¹⁵.

Restringindo-se essa palpitante discussão ao que interessa mais de perto ao presente trabalho, quer-se apenas destacar este cenário em que soluções de conflitos por técnicas distintas da jurisdição estatal são cada vez mais presentes e aceitas. Este pano de fundo há de ser considerado para examinar a execução¹¹⁶ e, mais particularmente, a *execução extrajudicial*.

---

¹¹² Nas bem colocadas palavras de P. COSTA E SILVA, “a autonomia privada não é suficiente para que o Estado aceite o acto: o Estado reservou para si a definição dos casos em que reconhece como bom os actos de heterocomposição, apenas coloca a sua força coativa à disposição daqueles que reconheceu e aceitou” (*A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, 2009, pp. 41-42).

¹¹³ S. GARSON, *A adequação da ideia de monopólio da jurisdição com os meios alternativos de resolução de litígios – desjudicialização da execução*, 2010, p. 10.

¹¹⁴ M. TARUFFO é conhecido defensor da combinação de técnicas de *mediação* e *arbitragem* com o processo estatal, sustentando que o emprego inteligente dessa combinação contribui para, de um lado, aliviar a carga de trabalho do juiz e proporcionar rápida solução aceita pelas partes e, de outro lado, permite que as próprias partes manifestem sua vontade em ambiente regulado por lei e controlado pelo juiz (Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti, in *RePro*, nº. 152, 2007, p. 331). Reflexo disso no direito brasileiro é a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a qual, pretendendo implantar uma política *judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*, estimula a oferta de mecanismos distintos da *solução adjudicada mediante sentença* e incentiva o emprego da *mediação e da conciliação* no âmbito dos Tribunais.

¹¹⁵ M. GALANTER, Compared to What? Assessing the Quality of Dispute Processing, in *Denver University Law Review*, 66(3), 2011, p. xiii.

¹¹⁶ Para B. S. SANTOS, tal qual a intensificação dos ADR's, com “a criação de instrumentos novos, como os centros de arbitragem, a mediação, os julgados de paz e a atribuição de competências aos conservadores do registro civil para a realização de divórcios por mútuo consentimento”, também “a criação de uma nova profissão jurídica, o solicitador de execução, no âmbito da reforma da acção executiva” é reveladora de um

3.2 Estado e Execução

Se a resolução de conflitos por meio de técnicas distintas da jurisdição estatal já não mais causa estranheza, a ponto de se cogitar do exercício de *atividade jurisdicional* por órgãos não integrantes do Estado, o mesmo não se pode dizer do exercício da *atividade executiva*.

Abstraindo-se de técnicas primitivas cabíveis em sociedades desprovidas de um Estado suficientemente consolidado, pelas quais cabia ao particular empregar sua própria força para satisfazer os próprios interesses, o desenvolvimento da civilização conduziu ao fortalecimento do Estado e a evolução da execução caminhou no sentido de sua *estatalização*¹¹⁷.

Com a ressalva de não se pretender fazer afirmações calcadas em impossível *certeza histórica*, ensina C. R. DINAMARCO que sociedades primitivas haviam de recorrer à *autotutela*, desequilibrada na medida do jogo de forças entre exequente e executado, podendo culminar nos extremos de desproporcional sacrifício deste último ou de completa insatisfação do primeiro¹¹⁸; a consolidação do Estado e atribuição, a este, do desempenho dos atos de execução, permitiu que as atividades de satisfação coercitiva dos interesses do credor pudessem se realizar de maneira *humanizada e equilibrada*.

---

mesmo fenômeno: o da *desjudicialização* (A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas, *Manifesto*, nº 7, 2005, pp. 81-82).

¹¹⁷ Destacando o acentuado caráter privado das *legis actiones per manus iniectonem e per pignoris capionem* nos primórdios do Direito Romano e a reduzida participação do Estado em tal período, v. E. BETTI, *Processo civile – Diritto romano*, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. XIII, 1957, pp.1117-1118. Sobre a evolução histórica da execução, no largo espectro temporal que compreende desde a provável fundação de Roma (séc. VIII a. C.) até as Ordenações Filipinas, realçando sua *progressiva, mas nem sempre linear e constante, trajetória do particular para o público, do privado para o estatal*, para concluir que tal trajetória reflete a *busca pela centralização do poder*, cf. J. R. MORAES, *Evolução histórica da execução civil no direito lusitano*, passim, 2009.

¹¹⁸ Aponta C. R. DINAMARCO que, na *autotutela* “por um lado praticam-se excessos, com a imposição de sacrifícios a quem não deve, ou de sacrifícios desumanos, ou superiores ao débito; por outro lado, permite-se que fiquem sem proteção os direitos de quem não tem força suficiente para arrebatá-lo ao adversário o que lhe é devido, ou os de quem não se dispõe à prática da violência, nem tem suficiente astúcia” (*Execução Civil*, 1994, p. 30).

Modernamente, difícil desvincular, do Estado, a execução, sendo praticamente consenso afirmar-se a existência de *monopólio estatal da execução*¹¹⁹, corolário do *monopólio estatal da força (imperium)*¹²⁰.

3.2.1 Execução, *imperium* e emprego de *força física*

Dado o caráter prevalentemente *prático* da execução, para que possa operar modificação no mundo sensível para torná-lo conforme ao direito, avulta na execução o emprego, efetivo ou potencial, da *força (imperium)*¹²¹.

Importa notar, contudo, como bem destaca P. CALAMANDREI, que as modificações no mundo sensível *não necessariamente são acompanhadas do uso de força física*¹²².

Cogitando-se de execução por quantia, a transferência coercitiva do imóvel expropriado, que deixa de integrar o patrimônio do executado e passa a integrar o patrimônio do adquirente – ato de fundamental importância para o tema aqui examinado – prescinde de força física, que será necessária, no entanto, para eventual obtenção da posse¹²³.

Mister não confundir, pois, o *imperium* de que é investido o Estado – e que legitima a *transformação* característica da execução, para satisfazer o interesse do credor independentemente e até mesmo contra a vontade do devedor – com o efetivo emprego de *força física*, um dos possíveis desdobramentos do *imperium* para remover certas

---

¹¹⁹ Observa J. R. MORAES que “a luta pelo monopólio estatal da execução foi também a luta pela conquista da jurisdição” (*Evolução histórica da execução civil no direito lusitano*, 2009, p. 242).

¹²⁰ Emprega-se aqui o termo *imperium* em seu sentido vulgar de *poder máximo*, de *comando absoluto*, atrelados à *autoridade* e à *soberania* de quem o detém, a exigir a *submissão* daqueles contra os quais o *imperium* se exerce. É sabido, no entanto, que, sob perspectiva histórica, não é possível identificar um conceito unívoco e imutável de *imperium* (v. L. BOVE, *Imperium*, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. VIII, 1957, pp. 209-212). Ainda sob o aspecto histórico, acentuando a distinção entre o *imperium* - detido pelo pretor romano e característico dos *interdicta* -, e a *iurisdictio* - esta exercida por meio da *actio* -, cf. O. A. SILVA, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 1997, esp. pp. 25-32.

¹²¹ Como observou R. VACCARELLA, é possível afirmar, por influência histórica emanada do direito romano, que a *execução pertence mais à esfera do imperium mais do que a da jurisdição* (*Titolo esecutivo, precetto, opposizione*. 2. ed., UTET, 1993, p. 12, *apud* O. A. SILVA, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 1997, pp. 41-42). Sobre o ponto, v. ainda itens 2.1 acima e 3.3.1 abaixo.

¹²² *Instituciones de derecho procesal civil*, 1943, p. 91.

¹²³ P. CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, 1943, p. 92.

resistências concretas que obstaculizem a transformação, que normalmente se reserva ao Poder Judiciário¹²⁴.

A distinção parece óbvia, mas será preciso tê-la presente para constatar que a *execução extrajudicial* de que aqui se cuida repousa, em última análise, no *imperium* estatal, de cuja parcela – nos limites suficientes para a expropriação, mas sem alcançar o emprego da *força física* – é investido, por força de lei, o agente que a conduz, ainda que estranho aos quadros do Poder Judiciário.

Vale lembrar, com J.J. CANOTILHO, que é possível divisar, no processo, dimensões que *não exigem a intervenção do juiz* e podem ser atribuídas a outros agentes¹²⁵. Na hipótese em questão, o fenômeno que se manifesta, para F.P. RIBEIRO, é o de *delegação do exercício do império* a agentes que passam a desempenhar *função pública de forma privada*¹²⁶.

É o Estado, pois, quem autoriza um agente não-juiz a operar, na execução extrajudicial, a *transformação sensível* que satisfaz o credor independentemente do recurso à força física: este, se necessário, haverá de ser prestado diretamente pelo Estado, por meio do Poder Judiciário.

---

¹²⁴ Como observa A. PROTO PISANI, *nos processos de execução forçada, às vezes, pode ser necessário o emprego da força física, mas tal recurso não poder ser exercido pelos sujeitos apartados do poder judiciário* (Lezioni di diritto processuale civile, 2006, p. 694). Registra A. BONSIGNORI que *se o devedor não desiste de atitudes que o fazem permanecer na posição de inadimplente, será necessário o uso do emprego da força física para modificar a situação material. Mas tal emprego não pode ocorrer se não por indivíduos pertencentes ao poder judiciário* (L'Esecuzione Forzata, 1996, p. 5).

¹²⁵ Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 664.

¹²⁶ “Acredita-se que o império também pode ser delegado, por opção legislativa, mas de modo a mantê-lo sob a esfera estatal. Os atos de constrição patrimonial não podem ser realizados por qualquer particular, mas sim por entes delegados do próprio Estado, que assim possam exercer função pública de forma privada. Vale lembrar que o ofício delegado é de competência do Estado, cuja titularidade é mantida, tão somente o exercício desse ofício é transferido a um particular” (Desjudicialização da execução civil, Tese (Doutorado), 2012, p. 43).

3.3 Execução e Jurisdição

É sabido que, no passado, os estudiosos do direito processual pouca atenção dedicavam à execução. O tema despertou o interesse da doutrina apenas mais recentemente e foi abordado, essencialmente, pelo prisma da *jurisdição*.

Como observou R. PERROT, proferida a decisão, *declarado o direito, a sua efetivação parecia relacionar-se a um outro mundo, o do imperium, um mundo estranho à ciência processual, não pertencente ao judiciário, mas aos agentes da força pública*.

Modernamente, constatado interessar ao jurisdicionado a satisfação e não o mero reconhecimento de seu direito, passou-se a abortar o tema considerando ser o *imperium inseparável da jurisdictio*, este último o *complemento natural* da primeira¹²⁷.

As relações estabelecidas entre *execução* e *jurisdição*, intensificadas a ponto de se afirmar que a execução teria *natureza jurídica* de jurisdição, merecem ser revisitadas para melhor contextualização do tema em exame nesta tese.

3.3.1 Natureza jurídica da execução civil

Embora em sua origem remota a execução tenha tardado mais a entrar no rol das atividades do Estado do que a cognição¹²⁸, e a despeito de se haver sustentado, com mais força no passado do que modernamente, a tese de que a execução pertenceria, dentre as atribuições estatais, à função *administrativa*¹²⁹, prepondera largamente na doutrina o reconhecimento do caráter *jurisdicional* da execução.

Observava E. T. LIEBMAN¹³⁰ que a *função jurisdicional*

---

¹²⁷ Les enjeux de l'exécution des décisions judiciaires en matière civile, in *L' exécution des décisions de justice en matière civile*, 1998, p. 9

¹²⁸ Lembra-o C. R. DINAMARCO (*Execução Civil*, 1994, p. 188).

¹²⁹ O. A. SILVA, remetendo ao pensamento de HELLWIG e de P. CALAMANDREI, observa que, “*para ambos os juristas, execução é ‘um ato executivo do Estado’, portanto não mais jurisdicional, mas praticado pelo juiz enquanto agente do Poder Executivo*” (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 1997, p. 45).

¹³⁰ *Processo de execução*, 1980, p. 5.

não consiste só em julgar, isto é, declarar qual seja a regra jurídica concreta estabelecida pelo direito para regular o caso submetido a julgamento, mas também em realizar praticamente a regra sancionadora decorrente da inobservância daquela primeira regra, isto é, do inadimplemento do obrigado. (...) o conhecimento e julgamento da lide (processo de cognição) e a atuação da sanção (processo de execução) são duas formas igualmente importantes da atividade jurisdicional, que se complementam, estando uma a serviço da outra.

Conclui, assim, que “*é quase desnecessário declarar que deve rejeitar-se a opinião, que é feita, aliás, com freqüência sempre menor em tempos recentes, segundo a qual a execução seria atividade puramente administrativa*”¹³¹.

Fez-lhe coro C. R. DINAMARCO, que considera tipicamente *jurisdicionais* tanto os atos executivos quanto a tutela, vale dizer, o resultado que tais atos proporcionam. O desempenho dos atos executivos desvelaria a nítida característica da *substitutividade* presente na jurisdição: não podendo alcançar com mão própria a satisfação do crédito inadimplido, o credor haveria de acorrer ao Estado-juiz, que se substitui àquele para persegui-la. A atividade de realização dos atos executivos, ademais, também traria, dentre outras, a marca da *inevitabilidade*, que igualmente caracteriza a jurisdição. Pela perspectiva do resultado, *seria jurisdicional a tutela executiva na medida em que a satisfação do credor elimina a crise de adimplemento e proporciona a pacificação com justiça, escopo social magno da jurisdição*¹³²

Para o professor paulista, a cogitação de enquadramento da execução como *atividade administrativa* se deveu, sobretudo, ao *mau vazo de determinar a natureza da jurisdição segundo o órgão que a exerce*¹³³.

---

¹³¹ E. T. LIEBMAN, *Processo de execução*, 1980, p. 5.

¹³² *Instituições de direito processual civil*, v, IV 2009 pp. 55-56. Em obra anterior, o referido autor foi igualmente categórico quanto ao caráter jurisdicional da execução: “*na atividade desenvolvida pelo Estado no processo executivo, encontram-se as características essenciais da jurisdição, como o escopo social de pacificação, o jurídico de atuação da vontade concreta da lei e o traço de substitutividade. Só isso bastaria (...) para se pôr fora de dúvida a jurisdicionalidade da execução forçada*” (*Execução Civil*, 1994, p 190).

¹³³ Explica C. R. DINAMARCO que os *sergents du roy*, agentes de execução no antigo direito francês, eram órgãos diretamente ligados ao monarca, e não ao juiz. Como tais agentes eram alheios ao Poder Judiciário, sustentou-se - equivocadamente, no entendimento do mencionado professor – que não poderiam realizar atividade jurisdicional; no entanto, s reconhecendo-se que as atividades que desempenhavam eram nitidamente públicas, concluiu-se que a *execução forçada pertenceria à função administrativa do Estado, ainda que conexa à jurisdicional* (*Execução Civil*, 1994, pp. 84 e 189).

Não se trata, contudo, de um assunto completamente superado.

Se está em crise e reclama por revisão o próprio *conceito* de *jurisdição*, que já não pode mais ficar circunscrita ao Estado e, mais limitadamente ainda, ao Poder Judiciário¹³⁴, certamente o enquadramento da *execução* sob os moldes da *jurisdição* também merece ser repensado.

Uma das críticas que se pode fazer ao suposto caráter jurisdicional da execução é que tal afirmação justificou-se, no passado, muito mais em razão da preocupação de que os atos executivos se desenvolvessem sob os cânones do devido processo legal e sem violar direitos fundamentais do executado do que, mais propriamente, em atenção à natureza, em si, da atividade realizada.

Com efeito, voltando-se os olhos à natureza da atividade desempenhada, é evidente a enorme diferença que há entre *dizer o direito* e *em atuá-lo praticamente*. Já a apontara C. NEVES, que recusava caráter *jurisdicional* à execução, nela vendo, isto sim, atividade *juris-satisfativa*¹³⁵.

Atribuir caráter jurisdicional à execução, pois, padeceria de alta dose de artificialismo, por se ter classificado o fenômeno não em razão do que ele é, em sua essência, mas sim em razão de como se deseja que ele se manifeste.

Já não mais seria mais necessário, no entanto, recorrer a tal estratégia: seja jurisdicional, seja administrativa, o desenrolar da atividade executiva haverá de observar as garantias insculpidas na Constituição Federal, inclusive a do *devido processo legal*¹³⁶.

---

¹³⁴ V. item 3.1 acima.

¹³⁵ “Quando se disse *jurisdicional* o processo de execução, partiu-se de falsa premissa, porque equívoco o próprio sentido do vocábulo *jurisdição*, dando margem a maiores dúvidas da doutrina, no plano de sua rigorosa conceituação. O próprio sentido etimológico da palavra *brigava* com tal amplitude de acepção. *Dizer o direito* é próprio e exclusivo do processo de conhecimento. Neste é que, em face de dúvida quanto ao juízo, se diz o direito que incidiu e se soluciona a lide, na medida de sua pré-composição pela lei. (...). Logo, na execução não pode haver atividade *jurisdicional*, porque essa já se cumpriu, no processo de conhecimento. O que há é atividade de tutela *juris-satisfativa* – não *jurisdicional* – porque o que se quer, nos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, é satisfazer o interesse do litigante” (Classificação das ações, in *Revista da Faculdade de Direito*, nº LXX, 1975, pp. 348-349).

¹³⁶ “Não é necessário forçar a natureza do processo de execução para que se apliquem a esta estrutura e tenha a ela a natureza que tiver as garantias do processo equitativo” (P. COSTA E SILVA, *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, 2009, p. 95).

Não se desconhece, de outro lado, o argumento, invocado em defesa da natureza jurisdicional da execução, de que não se pode resolver as *crises jurídicas* e alcançar a *pacificação social* por meio de simples *declaração do direito*. A premissa, verdadeira, não sustenta a conclusão: é inegável que ao Estado devem ser assegurados meios para fazer atuar, em concreto, os direitos que declara nas decisões condenatórias que profere ou que reconhece em outros títulos executivos; todavia, daí não se extrai que a *execução* integra a *jurisdição*¹³⁷.

Da mesma forma, a premissa de que o modelo executivo brasileiro do Código de Processo Civil consagra o monopólio judicial da execução – e mesmo que se queira atribuir a tal execução ares de *jurisdicionalidade* – não sustenta a conclusão de que a execução tenha, sempre e em qualquer hipótese, natureza jurisdicional¹³⁸.

Mas o caso é que tal debate, em verdade, no mínimo diminuiu de importância, a ponto de não ser necessário tomar-se partido da discussão para assentar as conclusões que virão no curso deste trabalho.

Suficiente aludir ao reconhecimento de C. R. DINAMARCO, décadas depois de sustentar enfaticamente a jurisdicionalidade da execução forçada, de que a passagem do tempo acabou por convencê-lo de que não é tão importante saber se é *jurisdicional* ou *administrativa* a atividade realizada na execução, posto que ambas são expressões de um único Poder, o Poder do Estado¹³⁹.

Ao que aqui interessa, mister anotar que a execução, amparada no *imperium* estatal, pode ter seu exercício atribuído a agentes de execução distintos dos juízes, quer se

---

¹³⁷ “Se é evidente que, sem atividade de satisfação coactiva, não cumpre o Estado com a função de tutela das situações jurídicas individuais, nem toda a tutela de posições individuais implica jurisdição, não sendo as estruturas de tutela estruturas em que se exerce a actividade jurisdicional” (P. COSTA E SILVA, *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, 2009, p. 95).

¹³⁸ “Da jurisdicionalidade da execução da sentença não decorre que tenha natureza jurisdicional toda e qualquer execução. (...) Constitui erro de lógica extrair-se, da natureza jurisdicional da execução de sentença, a conclusão de que é ou deva ser jurisdicional qualquer execução, porque a conclusão vai além da premissa (J. M. TESHEINER, *Jurisdição, Execução e Autotutela*, in J. M. TESHEINER et al, *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: Estudos em homenagem aos 25 anos de docência do prof. Araken de Assis*, 2007, p. 381)

¹³⁹ *Execução Civil*, 1994, p. 190.

pretenda tenha ela natureza administrativa, quer se sustente tenha ela natureza jurisdicional.

Insiste-se que a afirmação da natureza jurisdicional da execução não seria um problema intransponível ao reconhecimento da legitimidade da *execução extrajudicial*, sobretudo no caso de se aceitar a proposição, examinada em tópico anterior, de que o exercício da jurisdição pode ser atribuído, pelo Estado, a não juízes¹⁴⁰.

3.4 Execução e Poder Judiciário

Oportuno trazer à luz mais um argumento relevante na construção das premissas necessárias para enfrentar o núcleo central da tese: o de que não se pode confinar a execução, exclusivamente, ao âmbito do Poder Judiciário, como tradicionalmente se pensava¹⁴¹.

A íntima relação que se estabeleceu entre execução e Poder Judiciário – a ponto de se cogitar, a nosso ver equivocadamente, que o Poder Judiciário detivesse o monopólio da execução¹⁴² - obscureceu a relação, que nos parece mais pertinente, entre execução e Estado¹⁴³.

---

¹⁴⁰ V. item 3.1.1 acima.

¹⁴¹ Em significativo exemplo deste tradicional confinamento, afirmou L. GRECO que “nenhum órgão de outro Poder do Estado [que não o Poder Judiciário] pode exercer a atividade executória para a satisfação de créditos constantes de títulos executivos. E por isso o processo de execução somente pode formar-se e desenvolver-se validamente perante um órgão estatal investido de jurisdição. Somente um órgão jurisdicional, com os poderes e a independência que lhe são peculiares, pode assegurar ao exeqüente e ao executado o devido processo legal (Constituição Federal, art. 5º LI) e pode invadir a esfera de liberdade pessoal e patrimonial do devedor para, nos limites da lei e do crédito constante do título, forçá-lo a cumprir a prestação devida ao credor” (O processo de execução, v. II, 2001, p. 79).

¹⁴² A afirmação de C. R. DINAMARCO, de que “hoje, em todos os países, a execução é feita pelo próprio Estado através dos órgãos judiciais” (Execução civil, 1994, p. 84), a nosso ver, não mais explica integralmente a realidade.

¹⁴³ “Talvez o que esteja em causa não seja uma reserva dos poderes de autoridade a exercer na execução a favor dos tribunais, mas sim uma reserva de exercício de tais poderes a favor do Estado. Este, por uma proximidade entre a competência a exercer e os tribunais, seguindo o lastro histórico acoplado ao dogma da inseparabilidade entre cognição e força do exercício da função judicial e ao princípio da atração, cometeu esta competência a esses órgãos. Não que sejam actos típicos do juiz mas por serem actos reservados ao Estado, que tem o monopólio do exercício dos poderes de autoridade” (P. COSTA E SILVA, A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, 2009, pp. 102-103).

É verdade que o Brasil, sobretudo no modelo descrito pelo Código de Processo Civil, consagra o monopólio judicial e concentra nas mãos dos juízes o exercício dos atos de execução.

Trata-se, todavia, de uma opção, mas não da única.

Como se examinará adiante, sob perspectivas mais amplas, a execução longe está de ser atribuição exclusiva do Poder Judiciário.

Aos juízes se deve reservar o poder de controlar os atos executivos, ainda que *a posteriori*, e de autorizar o emprego de força física para remover a resistência do devedor recalcitrante.

Nada obstante, o exercício dos atos de execução, amparados no *imperium* estatal, não necessariamente precisam ficar circunscritos aos integrantes do Poder Judiciário.

Como bem ilustram os diversos sistemas de execução colhidos no direito estrangeiro, referidos no capítulo subsequente, os atos de execução podem ser atribuídos aos mais diversos *agentes de execução*, públicos ou privados, integrantes ou não do Poder Judiciário, subordinados ou não aos juízes; e até mesmo a Tribunais Arbitrais, na recente experiência do direito português¹⁴⁴.

---

¹⁴⁴ V. item 5.3.1 abaixo.

4 Sistemas diversos de execução, em função de seu agente

4.1 Agente de execução: conceito

O exame da execução a partir de seu agente é de grande utilidade para o aprofundamento da discussão a respeito da *minimização da participação do Juiz* no desempenho dos atos de execução, contribuindo para formar os alicerces sobre os quais se apoiarão as considerações sobre as técnicas de *desjudicialização* da execução e de *execução extrajudicial*.

De saída, cumpre definir *agente de execução* como *a pessoa autorizada pelo Estado a realizar a execução, independentemente de pertencer ou não a seus quadros*¹⁴⁵.

A *recomendação (2003) 17* do Conselho da Europa trouxe importantes diretrizes acerca dos *agentes de execução*, úteis para elucidar os diferentes sistemas de execução e o papel que deve ser desempenhado pelos referidos agentes.

Tal documento levantou os diferentes *status profissionais* nos quais os *agentes de execução* se enquadravam na maioria dos Estados-Membros, e concluiu que ou eram *funcionários públicos subordinados ao Ministério da Justiça, ou eram servidores da Justiça subordinados aos Tribunais, ou eram profissionais liberais, ou ainda uma combinação de ambos*¹⁴⁶.

Preocupada com a efetividade da execução, referida *recomendação (2003) 17* reconheceu a liberdade dos Estados-Membros para definir o *status profissional* do *agente de execução*, mas exigiu *previsão legal clara a respeito de sua função, responsabilidades e*

---

¹⁴⁵ COUNCIL OF EUROPE, *The enforcement of court decisions: recommendation Rec (2003) 17 and explanatory memorandum – legal issues*, 2004, p. 7.

¹⁴⁶ COUNCIL OF EUROPE, *The enforcement of court decisions: recommendation Rec (2003) 17 and explanatory memorandum – legal issues*, 2004, p.13.

poderes, de modo a que o procedimento na execução seja o mais certo e transparente possível.

Impôs, ademais, que, independentemente do *status profissional*, sejam os agentes *moralmente aptos, imparciais e tecnicamente habilitados* para o desempenho de suas funções. Para tanto, recomendou que fossem *adequadamente recrutados, periodicamente treinados e submetidos a controle profissional, que pode ou não ser judicial*; se abusassem de seus poderes, deveriam ser alvo de *processo administrativo, civil e/ou criminal* e receber as *sanções apropriadas*.

Em previsão dirigida especificamente aos Estados que adotam *agentes de execução públicos*, recomendou que se proporcionem *condições de trabalho recursos materiais e estrutura apropriadas*, além de *remuneração adequada*¹⁴⁷.

4.2 Classificação dos sistemas de execução em função de seu agente

Como evidenciado pela já referida *recomendação (2003) 17* do Conselho da Europa, a inserção do *agente de execução* na estrutura de poderes do Estado, sua maior ou menor autonomia em relação ao juiz e outros aspectos de sua disciplina variam enormemente em cada sistema concretamente considerado.

Entendemos ser possível classificar os diversos sistemas de execução civil, em função de seu agente, em torno de *dois eixos* principais, não excludentes: o da inserção do *agente de execução* no âmbito da estrutura de poderes do Estado e o da relação entre o *agente de execução* e o juiz.

Ressalve-se desde logo que as aludidas classificações, apresentadas de maneira consideravelmente díspar pela doutrina, padecem de algum grau de imprecisão¹⁴⁸.

---

¹⁴⁷ COUNCIL OF EUROPE, *The enforcement of court decisions: recommendation Rec (2003) 17 and explanatory memorandum – legal issues*, 2004, p.9.

¹⁴⁸ Tem-se aqui a “*consciência da imperfeição*”, a que alude C. R. DINAMARCO ao tratar da classificação das espécies de execução no direito positivo brasileiro (*Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 465). Tanto lá quanto cá, “*não há necessidade alguma de ter-se uma classificação assim tão rigorosa*” (ob. e

De um lado, a complexidade da organização do Poder em cada Estado individualmente considerado e a ampla variabilidade da estruturação de seu exercício impõe parâmetros demasiadamente largos e plásticos para a análise.

De outro lado, as peculiaridades de cada modelo de execução e as particularidades da disciplina de cada espécie de *agente de execução* representam elementos miúdos e muitíssimo diversificados, elevando a dificuldade de subsumi-los aos referidos parâmetros.

Muito embora não sejam suficientes para alcançar sutilezas nem tampouco para distinguir, de forma inequívoca, todas as manifestações concretas representadas pelas diversas disciplinas que a execução civil pode receber em diferentes ordenamentos nacionais, as classificações aqui sugeridas, a nosso ver, são úteis para melhor compreensão do tema investigado, no mínimo por uma importante razão: por revelarem a existência de multiplicidade de regimes aplicáveis à execução civil, fornecem importantes subsídios para questionar o *mito*, tão fortemente arraigado na consciência jurídica nacional, de que, num Estado Democrático de Direito, deva a execução ser conduzida necessária e exclusivamente pelo *juiz*.

4.2.1 Sistemas de execução, de acordo com a posição do agente na estrutura de poderes do Estado: sistemas *público*, *privado* (quase-privado) e *misto*

Em função da posição ocupada por seu *agente* na estrutura de poderes do Estado, classificam-se os *sistemas de execução*, por essa perspectiva teórica, em (i) *sistemas de natureza pública*, nos quais o *agente de execução* de alguma forma integra a estrutura de poder estatal, por estar vinculado ou (i.i) ao *Poder Judiciário*, ou (i.i) ao *Poder Executivo* (administração pública); (ii) *sistemas de natureza privada* (ou *quase-privada*), nos quais o *agente de execução* não integra a estrutura estatal e ainda (iii) *sistemas de natureza mista*.

---

loc. cit), cientificamente perfeita: o que importa é que a classificação possa ser útil para o deslinde de certa questão, como nos parece ser a aqui sugerida.

Os sistemas *públicos*, ou de *natureza pública*, são aqueles nos quais o *agente de execução* encontra-se vinculado a *órgãos públicos*, i.e., entidades integrantes do Estado¹⁴⁹, a quem cabe, via de regra, remunerar sua atividade¹⁵⁰.

Para se caracterizar como *público* o sistema de execução, a modalidade de *vínculo* entre o *agente de execução* e o Estado, necessariamente deve ser mais intenso do que a mera *autorização*. O espectro de alternativas de vínculo, no entanto, é bastante largo e longe está de ser uniforme, razão pela qual são muito diversificadas as hipóteses concretas de verificação de tal sistema.

Espécie bastante freqüente de *sistema público* de execução é aquela em que o respectivo agente está *vinculado ao Poder Judiciário* (Tribunal).

Nela, o próprio *juiz* pode desempenhar a função de *agente de execução*. Por este prisma, duas modalidades ser delineadas: a de o *juiz ordinário* (v.g., o *prolator da sentença*, cogitando-se de execução de título judicial) cumular a incumbência de torná-la efetiva, ou a de a prática dos atos de execução ser atribuída a um *juiz especializado*, o *juiz de execução*¹⁵¹.

Apontam-se como *vantagens* da primeira alternativa o fato de o *juiz* que julgou a causa estar mais familiarizado com os fatos e ter melhores condições de iniciar as providências executivas sem maiores delongas; e, como *desvantagem*, o acúmulo de funções pelo magistrado, o que pode comprometer a eficiência do sistema examinado por uma perspectiva mais ampla. Já na segunda alternativa apresenta-se como *vantagem* a especialização do agente na prática de atos de execução e como *desvantagem* a ausência de familiaridade com o caso concretamente considerado¹⁵².

---

¹⁴⁹ H. CABRITA – E. PAIVA, *O processo executivo e o agente de execução*, 2010, p.12.

¹⁵⁰ Destacando o critério de o *erário público* suportar a remuneração do *agente de execução* para caracterizar o modelo como *público*, V. COSTA RIBEIRO, *As funções do agente de execução*, 2011, p.28.

¹⁵¹ J. LEBRE DE FREITAS registra que *na maioria dos países* a execução incumbe ao *juiz ordinário*; e aponta os casos de França, Itália, Bélgica e Dinamarca como exemplos de ordenamentos em que se atribui a prática dos atos de execução a um “*juiz especializado no seio do tribunal comum*” (Os paradigmas da acção executiva, in *A reforma da acção executiva*, 2001, p.2).

¹⁵² EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Enforcement of court decisions in Europe*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8_Execution_en.pdf>. Acesso em; 20.04.2011. Em ambas as alternativas, critica-se o elevado custo do sistema (ob. cit., p. 23).

Nesta espécie de sistema público, o juiz não exerce solitariamente o mister; pelo contrário, delega atividades pertinentes à função de *agente de execução* aos *auxiliares da justiça*¹⁵³, de modo que a “*a ação executiva é dirigida pelo Juiz e as diligências são executadas pelas secretarias judiciais, mas sempre sob a dependência funcional do respectivo magistrado judicial titular do processo*”¹⁵⁴. A subordinação dos *auxiliares da justiça* que colaboram como agentes de execução ao juiz será examinada adiante.

A modalidade de vínculo de tais *auxiliares da justiça* aos Tribunais varia em cada regime concretamente considerado: pode o primeiro ser desde *funcionário público* a *servidor civil* contratado e remunerado pelos cofres públicos¹⁵⁵.

São exemplos típicos de *sistema público de execução civil com agente vinculado ao Poder Judiciário*, dentre outros, a Espanha¹⁵⁶ e a Itália¹⁵⁷. Também a esse sistema se filia o Brasil¹⁵⁸ e, de maneira geral, os países da América Latina¹⁵⁹.

---

¹⁵³ Sobre o conceito de *auxiliares da justiça*, v. nota 94 acima.

¹⁵⁴ H. CABRITA – E. PAIVA, *O processo executivo e o agente de execução*, 2010, p.12. Na mesma linha, aponta K. HENDERSON *et al* que, neste sistema, os agentes de execução – sejam oficiais vinculados à Corte, sejam de outra categoria – só podem praticar atos de execução em cumprimento de ordens emanadas do juiz, limitando-se ao necessário para implementá-las (*Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America*, 2004, p. 5).

¹⁵⁵ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Enforcement of court decisions in Europe*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8_Execution_en.pdf>. Acesso em: 20.04.2011.

¹⁵⁶ Dispõe a Constituição Espanhola que “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión* (art. 24) e que “*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*” (art. 117.3)”. Daí apontar-se a execução civil na Espanha como altamente judicializada (EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Enforcement of court decisions in Europe*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8_Execution_en.pdf>. Acesso em: 20.04.2011). Acerca dos dispositivos destacados, refere J. BAYO-DELGADO existirem duas interpretações divergentes: a de que somente os juízes podem executar as próprias decisões e a de que bastaria atribuir-lhes o controle *a posteriori* da execução. Embora se incline pela segunda, reputando inconstitucional apenas eventual controle administrativo dos atos de execução, reafirma que, tal como estruturada, a competência em matéria de execução na Espanha é dos juízes (Les acteurs de l’exécution, *L’exécution des décisions de justice en matière civile*, 1998, pp. 15-18). O forte controle exercido pelos juízes na execução espanhola, com assento na Constituição, e sua nítida caracterização como *sistema público com agente vinculado ao Poder Judiciário*, não foram infirmados por ocasião das reformas havidas em novembro de 2009. A despeito de se pretender, em tais reformas, atribuir a outros funcionários *todas as tarefas não vinculadas estritamente às funções constitucionais de julgar e fazer executar o julgado*, e em que pese tencionar-se atribuir aos *secretários judiciais a prática dos atos de execução, ressalvados aqueles reservados aos juízes*, interpreta-se ressalva com bastante largueza, para submeter ao juiz os atos desde a *admissão da demanda executiva*, na medida em que tal ato já implicaria a *adoção de medidas executivas que afetam direitos patrimoniais, as quais devem corresponder ao juiz* (v. especialmente a exposição de motivos da *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*, disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/04/pdfs/BOE-A-2009-17493.pdf>>, acesso em:

Outra modalidade de *sistema público* de execução é aquela em que os atos são praticados por *agentes de execução* “integrados na função executiva do Estado e hierarquicamente dependentes do Governo”¹⁶⁰.

À diferença da hipótese anterior (agente vinculado ao Poder Judiciário), na hipótese ora examinada o *agente de execução* integra órgãos do Poder Executivo.

Aponta-se que tal estrutura é mais comum para a cobrança de créditos pertencentes ao próprio Estado – inclusive créditos fiscais –, sendo raros os países que o adotam também para a satisfação de créditos privados¹⁶¹. Nesta última hipótese se enquadra a execução civil realizada na Suécia, cujos atos são atribuídos ao *serviço público de cobrança forçada*, que constitui um *órgão administrativo e não judicial*¹⁶².

09.09.2012). Sobre as decisões do TRIBUNAL SUPREMO DA ESPANHA sobre a *jurisdicionalidade da execução* – e inconstitucionalidade da execução extrajudicial hipotecária – v. item 5.2.1 abaixo.

¹⁵⁷ No direito italiano, a despeito de outros agentes também participarem da execução – notadamente o *ufficiale giudiziario*, é o juiz quem ocupa o centro do processo de execução, dirige-a e se incumbe dos atos e operações ordinatórios e também de natureza prática com o escopo de atuação coativa do direito (L.P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul Processo Civile*, v.II: *procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, 2006, pp. 324-325). Voltaremos ao ponto no item 5.1.2 abaixo.

¹⁵⁸ Ao menos no que concerne à *execução por quantia* disciplinada no Código de Processo Civil. Escapa a tal sistema, no entanto, as *execuções extrajudiciais para satisfação de crédito com garantia imobiliária*, adiante examinadas (v. item **Erro! Fonte de referência não encontrada.** abaixo).

¹⁵⁹ K. HENDERSON *et al*, *Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America*, 2004, p. 24.

¹⁶⁰ H. CABRITA – E. PAIVA, *O processo executivo e o agente de execução*, 2010, p.12.

¹⁶¹ Segundo K. HENDERSON *et al*, em países como *Dinamarca, França, Alemanha e Espanha*, a cobrança de créditos pertencentes ao Estado é atribuída a funcionários públicos especializados, integrantes do Poder Executivo (*Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America*, 2004, p. 6). Neste mesmo sentido, incluindo a Bélgica no rol, EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Enforcement of court decisions in Europe*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8Execution_en.pdf>. Acesso em: 20.04.2011. K. HENDERSON *et al* aponta ainda que, na execução de créditos privados, para além da Suécia, adiante comentada, também em países integrantes do extinto bloco soviético – notadamente Rússia, Geórgia e Ucrânia – os atos de execução são desempenhados por agentes do Poder Executivo, normalmente vinculados ao Ministério da Justiça ou órgão equivalente (ob. e loc. cit).

¹⁶² J. LEBRE DE FREITAS, *A ação executiva depois da reforma da reforma*, 2009, p. 24, nota 54. No mesmo sentido, EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Enforcement of court decisions in Europe*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8Execution_en.pdf>. Acesso em: 20.04.2011. Trata-se de órgão que tem a responsabilidade geral pela execução e a conduz, uma vez emitido o título executivo, sem a necessidade de que um Tribunal ou outra autoridade tome qualquer decisão suplementar (cf. COMISSÃO EUROPEIA, *Execução das decisões judiciais – Suécia*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/enforce_judgement/_enforce_judgement_swe_pt.htm>. Acesso em: 13.06.2012). Aponta F. CARPI ser esta uma nova instituição, um organismo estatal inserido na Administração Pública, que tem o dever de executar qualquer tipo de provimento; para tanto, conta com os oficiais executivos, que devem ter formação jurídica, a quem cabe realizar os atos executivos, atos que podem ser impugnados perante o Judiciário, que assim realiza um papel de controle e de garantia para as partes (Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti, in *Studi in memoria di Corrado Vocino*, 1986, p. 87).

No espectro oposto da classificação situam-se os sistemas de execução de natureza *privada*. Nestes, os atos de execução são confiados a *entidades privadas, normalmente profissionais liberais, a quem cabe*, como apontam H. CABRITA – E. PAIVA, “*não só dirigir o processo, determinando a realização das diligências tendentes à efectivação coercitiva do direito civil, mas também executar tais diligências*”¹⁶³.

De maneira mais precisa, obtemperam K. HENDERSON *et al.* que, a despeito de, nesses sistemas ditos *privados*, os agentes de execução atuarem como *empresários privados*, com razoável *independência e autonomia*, na prática exercem *atividade altamente regulamentada pelo Estado* e sujeita controle pelos juízes; daí preferir designá-los como *sistemas quase-privados*¹⁶⁴.

Aponta-se que o tradicional modelo *francês* de atribuir os atos de execução aos *sergents* e, mais tarde, aos *huissiers de justice*, é forte inspirador dos *sistemas privados*¹⁶⁵. Atualmente, na França, entende-se que os *huissiers*, contratados pelo *exeqüente*, exercem *profissão liberal regulamentada*, embora integrem os quadros do Ministério da Justiça¹⁶⁶. De maneira semelhante, na Bélgica, os *huissiers de justice* são descritos como *profissionais liberais* que, no entanto, por estarem investidos de poder pelo Estado – no caso, poder de praticar os atos de execução – são *oficiais públicos*, situação assemelhada a dos notários¹⁶⁷.

Mais recentemente, pode-se enquadrar Portugal como exemplo de sistema de execução de acentuado carácter privado, sobretudo após a intensificação da reforma operada

---

¹⁶³ *O processo executivo e o agente de execução*, 2010, p.13.

¹⁶⁴ *Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America*, 2004, p. 6.

¹⁶⁵ C. R. DINAMARCO aponta que em tempos remotos vigorou na França o *princípio da autonomia dos oficiais de justiça*, ligados ao rei e não ao juiz (*sergents du roy*), que eram incumbidos de praticar atos de execução (*Execução Civil*, 1994, p. 84). Segundo notícia o site da CHAMBRE NATIONALE DES HUISSIERS DE JUSTICE, os *huissiers* descendem dos antigos oficiais romanos, que, na idade média, deram origem aos *bedeaux*, aos *serviens*, aos *semonceur* e, depois, aos *sergents* e *huissiers* (*Histoire de la profession huissier de justice*. Disponível em: <<http://www.huissier-justice.org/Historique-15.aspx>> Acesso em: 12.06.2012).

¹⁶⁶ Tais profissionais liberais detém o monopólio da prática dos atos de execução, dentre outras atividades, e são remunerados de acordo com parâmetros legalmente fixados no *Décret n°96-1080 du 12 décembre 1996* (*L’Huissiers de Justice – Qui est-il*. Disponível em <<http://www.huissier-justice.org/Qui-est-il-16.aspx>>. Acesso em 12.06.2012).

¹⁶⁷ A. VERBEKE, *Execution law and patrimonial transparency in Belgium and the Netherlands. Some comparative perspectives*, in *A reforma da acção executiva*, 2001, pp. 1-2.

pelo Decreto-Lei 226/2008. Via de regra¹⁶⁸, os atos de execução são desempenhados por *agente de execução* que ostenta *status* de *profissional liberal*¹⁶⁹; é escolhido, via de regra, pelo exequente; submete-se à disciplina da Câmara dos Solicitadores a que pertence e, hierarquicamente, não se subordina ao juiz¹⁷⁰. Sobre as principais características da atual execução em Portugal, dedicar-se-á um tópico específico¹⁷¹.

Nos sistemas privados, ao menos como regra, a remuneração dos *agentes de execução* é custeada pelas partes, usualmente antecipadas pelo exequente e ao final carregadas ao executado¹⁷².

Ainda em função da posição ocupada pelo *agente de execução* na estrutura de poderes do Estado, podem ser apontados sistemas de *natureza mista*, nos quais coexistem *agentes públicos* com *agentes privados*.

O fenômeno pode ser explicado ou por *razões históricas*, notadamente relacionadas à natureza do crédito exequendo¹⁷³, ou ainda em razão de *alterações legislativas em busca da efetividade da execução*, que podem revelar *transição gradual* de um sistema a outro, identificando-se, na Europa, verdadeira *tendência* de substituição de *sistemas públicos* por *sistemas mistos* (temporários ou não) ou diretamente por *sistemas privados*¹⁷⁴.

Apontam K. HENDERSON *et al.* que nos Estados Unidos da América¹⁷⁵, Inglaterra¹⁷⁶ e Alemanha¹⁷⁷, dentre outros, haveria manifestações de *sistema misto*, na medida em que

---

¹⁶⁸ Dentre as exceções, de se destacar as execuções movidas pelo Estado, hipótese em que os atos de execução devem ser realizados por Oficial de Justiça (art. 808/5 do Código de Processo Civil Português)

¹⁶⁹ J. LEBRE DE FREITAS considera o agente de execução, tal qual o *huissier français*, “um misto de *profissional liberal* e *funcionário público*, cujo estatuto de auxiliar da justiça implica a detenção de poderes de autoridade no processo executivo” (*A acção executiva depois da reforma da reforma*, 2009, p. 27).

¹⁷⁰ V. nota 183 abaixo.

¹⁷¹ V. item 5.1.1 abaixo.

¹⁷² EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Enforcement of court decisions in Europe*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8_Execution_en.pdf>. Acesso em: 20.04.2011.

¹⁷³ É o que se dá, v.g., com créditos fiscais – v. nota 161 acima

¹⁷⁴ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Enforcement of court decisions in Europe*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8_Execution_en.pdf>. Acesso em: 20.04.2011.

¹⁷⁵ Nos Estados Unidos da América, a execução é matéria de direito estadual e sua disciplina “se prende exclusivamente na natureza do título a ser executado” (G. F. SOARES, *Common law: introdução ao direito dos EUA*, 2000, p. 123). O desempenho dos atos executivos, a depender de cada situação, pode envolver múltiplos agentes, tais como *clerk* (escrivão, vinculado ao Tribunal), *sheriff* (oficial local, normalmente eleito, a quem normalmente compete os atos de constrição e venda de bens do devedor) ou *Marshal* (se na

dispõem de múltiplos agentes para os atos de execução, cuja competência se determina, dentre outros elementos, em função da natureza da obrigação e das medidas a serem concretamente desempenhadas para sua satisfação, agentes estes que, conforme cada situação, desempenham os atos de maneira ora mais ora menos dependente do juiz¹⁷⁸.

Como se verá adiante, especificamente quanto à execução pecuniária de crédito dotado de garantia imobiliária, o Brasil adota sistema misto: é possível buscar a satisfação do crédito em juízo, por meio da atuação de *agente de execução* público vinculado ao Poder Judiciário¹⁷⁹, assim como também se admite, nas hipóteses aqui versadas, a execução extrajudicial, por agente privado ou por Oficial do Cartório de Registro de Imóveis¹⁸⁰.

Justiça Federal). Sobre o tema, v. G. F. SOARES, ob. cit., p. 113 e ss. e G. M. COELHO, Notas sobre a execução de decisão judicial que determina o pagamento de quantia nos EUA e na Inglaterra, in *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, nº 43, 2011, pp. 51-53. Na execução extrajudicial hipotecária, também pode figurar, v.g. o *trustee* (P. COX, Foreclosure reform amid mortgage lending turmoil: a public purpose approach, in *Huston Law Review*, 45, 2008, p. 700).

¹⁷⁶ A execução na Inglaterra é regida essencialmente pelas *Civil Procedural Rules* (notadamente seções 70 a 73), tendo recebido nova disciplina por força do *Tribunals, Courts and Enforcement Act* de 2007, sancionado pela Rainha em 19 de julho de 2007. Como preleciona N. ANDREWS, “ainda é um axioma dessa área processual o de que os credores, na execução, são livres para escolher, de uma lista, métodos de execução”, assim arrolados: (i) *mandado fieri facias ou de execução, hoje designados como ordens e mandados de controle*; (ii) *ordem de débito de terceiros*; (iii) *ordem de cobrança* (inclusive contra bens imóveis), *ordem de pagamento* (se contra depósito em juízo), *notificação de pagamento* (se contra garantias); (iv) *por indicação de um recebedor*; (v) *anexação de mandados de recebimento* e (vi) *mandados administrativos* (*O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, 2010, p. 203). Os atos executivos podem ser praticados, essencialmente, pelos *bailiffs* ou pelos *enforcement officers*, públicos ou privados, podendo ser congregados sob agência que os empregue, atuando sempre mediante autorização e rígida disciplina do *Ministry of Justice*, que em janeiro de 2012 editou as *National Standards for Enforcement Agents*, verdadeiro código de conduta que deve ser observado pelos agentes de execução (UNITED KINGDOM – MINISTRY OF JUSTICE, *National Standards for Enforcement Agents*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/downloads/courts/bailiffs-enforcement-officers/national-standards-enforcement-agents.pdf>>. Acesso em: 14.06.2012).

¹⁷⁷ Na Alemanha, também variam as execuções e seus agentes. Ordinariamente, incumbe-se dos atos de execução o *executor do juízo* (*Gerichtsvollzieher*), descrito como “um funcionário do Land, pertencente ao corpo intermédio de funcionários de justiça, sob o controlo hierárquico do director do Amtsgericht competente. É, porém, totalmente independente no exercício das suas funções”, o qual, como se verá adiante, pode executar *sentenças* sem prévia autorização do juiz, mas dela depende se a execução for lastreada em outros títulos. (cf. Execução das decisões judiciais – Alemanha. Disponível em http://ec.europa.eu/civiljustice/enforce_judgement/enforce_judgement_ger_pt.htm. Acesso em 14.06.2012). Para além do *executor do juízo*, também são órgãos da execução forçada, como ensina L. ROSENBERG, o *tribunal de execução* (*Vollstreckungsgericht*) que, diferentemente do anterior, pode ser competente para *execução sobre bens imóveis*, dentre outras atribuições; o *tribunal do processo* (*Prozessgericht*), órgão de primeira instância responsável, v.g., pela execução das obrigações de fazer e não fazer; e, ainda, o *cartório de registro de imóveis* (*Grundbuchamt*), competente especialmente para a *inscrição da hipoteca forçada*, consoante previsão dos §§ 866 e 867 da ZPO (*Tratado de derecho procesal civil*, v. III, 1955, pp. 60-64). Para a efetiva *execução hipotecária*, com a venda compulsória do bem ofertado em garantia, se houver resistência do devedor, como regra se deverá proceder em juízo (v. nota 297 abaixo).

¹⁷⁸ Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America, p. 5.

¹⁷⁹ Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America, p. 5.

¹⁷⁹ V. itens 6.6 e 6.11.

¹⁸⁰ V. itens 6.5.1 e 6.10.1.

4.2.2 Sistemas de execução, de acordo com a relação entre o agente de execução e o juiz: agente subordinado e não-subordinado

A relação verificada, na dinâmica do exercício da execução civil, entre o *agente de execução*, de um lado, e o *juiz* – como personagem detentor da jurisdição estatal – de outro, é mais um eixo útil para a análise dos diversos sistemas que a execução pode adotar.

Sob tal prisma, identificam-se modelos em que o *agente de execução* é subordinado ao juiz¹⁸¹.

Atribui-se ao juiz, de regra sob instância do exequente, a direção da execução e a promoção dos atos de execução, realizados por si ou por *auxiliar da justiça* sob seu comando. Neste sistema, *a execução exige “participação intensa e decisões constantes do juiz. Cada ato é controlado, ou conduzido, pelo juiz”*¹⁸², adstringindo-se o agente de execução a praticar notadamente os *atos materiais* que lhe ordena previamente o juiz.

No mais das vezes, tais modelos correspondem àqueles em que o *agente de execução* é vinculado ao Poder Judiciário, já referidos.

Ao revés, modelos de execução há nos quais o *agente de execução* não atua diretamente sob as ordens do juiz. As diligências executivas são promovidas diretamente pelo *agente de execução*, sobre o qual o juiz não exerce superioridade hierárquica¹⁸³.

---

¹⁸¹ Valendo registrar que há casos em que o papel de *agente de execução* é desempenhado pelo próprio magistrado, situação já reportada e que é indiferente para o aspecto ora destacado para exame.

¹⁸² K. HENDERSON *et al*, *Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin América*, 2004, p. 1. Aponta referido autor que, neste sistema, os agentes de execução – sejam oficiais vinculados à Corte, sejam de outra categoria – só podem praticar atos de execução em cumprimento de ordens emanadas do juiz, limitando-se ao necessário para implementá-las (ob. cit., p. 5).

¹⁸³ Em vista do sistema português, observa P. COSTA E SILVA que “*se bem que, no art. 808/1, se afirma que o agente da execução pratica os actos ali referidos sob controlo do Tribunal, se bem que, no art. 809/1, se disponha que o poder geral de controlo do processo compete ao juiz da execução, se bem que se diga que a competência para julgar a reclamação do acto do agente de execução compete ao juiz da execução, se bem que o poder de destituição do agente de execução compita ao Tribunal, não pode perder-se de vista que o agente de execução não se encontra em relação hierárquica com o juiz*” (A reforma da acção executiva, 2003, p. 35). Se tais conclusões já eram verdadeiras à luz da disciplina do Decreto-Lei nº 38/2003, sobre a qual debruçou-se a autora, justificam-se ainda mais depois da vigência do Decreto-Lei 226/2008, que, dentre outras alterações que alargaram a

Os matizes de tais modelos são os mais diversos possíveis, variam em função dos graus de autonomia e iniciativa que se concede ao *agente de execução* e em função de aspectos procedimentais peculiares a cada disciplina de execução civil considerada em concreto.

Embora, mais uma vez, seja impossível predeterminar critérios de classificação uniformes e suficientes para distinguir e enquadrar inequivocamente toda a ampla gama de hipóteses verificáveis no mundo fenomênico, elegemos alguns que, segundo entendemos, revelam-se úteis para a elucidação do tema aqui examinado.

Dependendo da disciplina que receba a execução em cada modelo concretamente considerado, pode-se atribuir ao Poder Judiciário a função de receber o pleito de início de execução e encaminhá-lo ao *agente de execução* competente. Assim, muito embora a prática dos atos executivos deva ocorrer fora do âmbito do Poder Judiciário, o procedimento nasce perante os Tribunais. Assim acontece, v.g., em Portugal, onde o *requerimento executivo* é apresentado ao *Tribunal de Execução*¹⁸⁴. Em outros ordenamentos, no entanto, o requerimento de início de execução deve ser apresentado diretamente pelo exeqüente ao *agente de execução*: é o que ocorre, p. ex., na França, Grécia, Luxemburgo e Polónia¹⁸⁵.

Também a depender da disciplina concreta de cada procedimento de execução, pode-se exigir que os atos de agressão ao patrimônio do executado só se desencadeiem depois de autorização do juiz, que exerce, por assim dizer, um *controle prévio* da

---

competência do *agente de execução* e reduziram a participação do juiz, suprimiu a expressão '*sob controlo do juiz*' antes existente no art. 808/1, assim como suprimiu a previsão de '*poder geral de controlo do processo*' originalmente presente no art. 809/1, e ainda atribuiu precipuamente ao *exeqüente* a faculdade de *substituir livremente o agente de execução*, conforme previsão inserta no art. 808/6 do Código de Processo Civil Português. É certo, no entanto, que remanesce o juiz com a atribuição de "*julgar, sem possibilidade de recurso, as reclamações de actos e impugnações de decisões do agente de execução (...)*", nos termos do art. 809/1/"c".

¹⁸⁴ Art. 810/1, Código de Processo Civil Português. Observe-se, no entanto, que, a partir da reforma operada pelo Decreto-Lei 226/2008, tal requerimento, além de outros elementos, deve trazer a indicação do *agente de execução* escolhido pelo exeqüente (art. 810/1, "c"), sendo excepcionais as hipóteses em que caberá à Secretaria do Tribunal, por sorteio, designar o *agente de execução* que atuará no caso concreto (art. 811-A do Código de Processo Civil Português). Sobre as linhas gerais da execução no Código de Processo Civil Português, v. item 5.1.1 abaixo.

¹⁸⁵ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Enforcement of court decisions in Europe*. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8_Execution_en.pdf>. Acesso em: 20.04.2011.

admissibilidade da execução. Tal ocorre, v.g., na execução de título extrajudicial alemã, em que o agente de execução, o *executor do juízo* (*Gerichtsvollzieher*), funcionário judicial pago pelo erário público, só pode proceder aos atos executivos mediante ordem judicial¹⁸⁶. Também no anterior direito português, ainda sob a égide do Decreto-Lei nº 38/2003, cabiam à Secretaria do Tribunal e ao juiz o exercício, de ofício, de controle formal prévio ao desencadeamento dos atos executivos, situação que não mais persiste como regra após a vigência do Decreto-Lei 226/2008¹⁸⁷.

De outro turno, é possível conceber que o *agente de execução* proceda de imediato aos atos de execução sem controle prévio do magistrado. O sistema alemão novamente proporciona o exemplo, se o título executivo for a *sentença*: neste caso, o juiz só intervém *a posteriori*, em caso de litígio¹⁸⁸.

No curso da execução, e mais uma vez variando em função de cada ordenamento concretamente considerado, determinados atos reputados especialmente sensíveis devem ser requisitados ao *juiz* pelo *agente de execução*. Invocando-se, mais uma vez, o exemplo do direito português, sob a égide do Decreto-Lei 226/2008, dentre outros desdobramentos concretos do que aqui se afirmou, embora o *agente de execução* possa procurar bens penhoráveis do executado por meio de consulta direta a “*bases de dados da administração tributária, da segurança social, das conservatórias do registo predial, comercial e automóvel e de outros registos ou arquivos semelhantes*”, dependerá de prévia autorização judicial para examinar aqueles cobertos por *sigilo fiscal* ou sujeitos a *regime de confidencialidade* (art. 833-A/2-7); embora lhe seja facultado *solicitar diretamente o auxílio das autoridades policiais* se surgir resistência ao ato de penhora, dependerá de prévia ordem judicial o eventual *arrombamento de portas* para sua realização (art. 840/2-3).

Seja como for, independentemente da relação hierárquica, reserva-se aos juízes sobretudo a função de *tutela* – isto é, compete-lhes julgar imperativamente eventuais litígios que venham a surgir no curso da execução, inclusive as eventuais defesas do

---

¹⁸⁶ J. LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva depois da reforma da reforma*, 2009, p. 24, nota 54.

¹⁸⁷ Sobre o ponto, v. notas 208 e 209 abaixo.

¹⁸⁸ J. LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva depois da reforma da reforma*, 2009, p. 24, nota 54.

executado – e, em algum grau, de *controle* - seja prévio, seja incidental, para resolver eventuais dúvidas suscitadas pelo próprio agente de execução-¹⁸⁹.

---

¹⁸⁹ J. LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva depois da reforma da reforma*, 2009, pp. 24-25.

5 Minimização da participação do juiz nos atos de execução

5.1 Execução desjudicializada

Partindo das reflexões acerca das correlações que podem ser estabelecidas entre execução, Estado, Poder Judiciário e jurisdição, ilustradas, no que interessa mais de perto à presente tese, pelo enquadramento do *agente de execução* na estrutura de poderes do Estado e de sua subordinação em relação ao juiz, aspectos assentados nos capítulos precedentes, destaca-se, para aprofundamento nos tópicos seguintes, o fenômeno de *minimização da participação do juiz no desempenho dos atos de execução*.

Tal fenômeno, em nosso entender, manifesta-se por meio de duas técnicas que, a despeito de seguirem na mesma direção – qual seja, ambas afastam, da execução, o juiz – guardam importantes diferenças entre si e, por isso, merecem ser distinguidas.

Uma dessas técnicas, que ora se passa a abordar, sob a designação de *desjudicialização da execução*¹⁹⁰, tem por característica reduzir, em maior ou menor grau, mas nunca dispensar por completo, a participação do juiz no desempenho dos atos tendentes a proporcionar a satisfação do exequente. Técnica diversa, da qual passaremos a nos ocupar mais detidamente a partir do item 5.2 adiante, é a da *execução extrajudicial*, em que a participação do juiz é apenas eventual.

Para melhor precisar o sentido daquilo que se está a tratar – já que a expressão *desjudicialização* não é de compreensão unívoca, assim como também não o é o vocábulo *desjurisdicionalização*¹⁹¹, também referido pela doutrina e por vezes empregado no mesmo

---

¹⁹⁰ Sobre o tema, de maneira ampla, v. F.P. RIBEIRO, *Desjudicialização da execução civil*, Tese (Doutorado), 2012.

¹⁹¹ J. LEBRE DE FREITAS sustentou que a idéia de *desjurisdicionalização* estaria ligada ao “*grau de intervenção do juiz no processo executivo (...), à medida dos actos praticados ou supervisionados pelo juiz, de entre aqueles que não-de ser praticados no tribunal*”, figura distinta da *desjudicialização*, que diria com o “*grau de intervenção do tribunal (...), com a medida dos actos executivos praticados fora do tribunal*”, concluindo que “*pode falar-se de desjudicialização quando o tribunal não tem de intervir e de desjurisdicionalização quando, dentro do tribunal, é dispensada a intervenção do juiz*” (Os paradigmas da acção executiva, in *A reforma da acção executiva*, 2001, p.1), e por isso asseverou que o legislador português teria optado pela “*desjurisdicionalização do processo executivo, sem o desjudicializar*”, na medida em que

sentido atribuído à primeira expressão – pretende-se aludir, sob a expressão *desjudicialização*, aos “casos em que determinados actos são retirados da esfera de actuação do juiz no contexto de um processo judicial”¹⁹².

Para compreender-lhe a essência, apartando-a da *execução extrajudicial*, é preciso assentar que, na *execução desjudicializada*, em algum momento de seu *iter*, desde a *fase postulatória* até o encerramento da *fase satisfativa*, haverá necessário contato com o Tribunal.

Estabelecida esta premissa, para perceber o alcance da técnica de *desjudicialização da execução*, importa notar que esta pode se desdobrar em função de dois eixos: tanto no delegar-se, na execução que tramita no Tribunal, a realização de maior ou menor quantidade de atos a agentes de execução não integrantes dos quadros do Poder Judiciário¹⁹³ quanto no atribuir-se, em variados graus, aos agentes de execução, integrantes ou não do Poder Judiciário, autonomia e iniciativa para realizá-los, sem prévia ordem judicial a respeito¹⁹⁴.

Perseguindo-se o conceito *a contrario sensu*, tem-se o extremo da execução *judicializada*, por assim dizer, nos casos em que o agente de execução integra os quadros do Poder Judiciário e é subordinado ao juiz – se não for o próprio -, sem autonomia e sem iniciativa para realizar os atos de execução, só podendo dar cumprimento ao que o juiz previamente lhe ordenar. Verifica-se a *desjudicialização*, pois, sempre que, em algum destes eixos, caminha-se de tal extremo para o sentido oposto, mas sem perder o necessário contato, em algum momento, com o Tribunal.

---

restou mantido “o cordão umbilical estabelecido entre o tribunal, onde a ação executiva nasce, e o solicitador de execução” (A reforma da acção executiva – A discussão pública da proposta de Lei, in *A reforma da acção executiva*, 2001, p. 3). Em obra mais recente, asseverou o processualista português poder ser a *desjudicialização* “entendida como menor intervenção do juiz nos actos processuais” e, com esse conceito, compreendeu ter havido *larga desjudicialização*, mas sem perda da *natureza jurisdicional* do processo executivo português (*A acção executiva depois da reforma da reforma*, 2009, p. 28).

¹⁹² M. J. CAPELO, *A Reforma da Acção Executiva - A discussão pública da proposta de lei*, in *A reforma da acção executiva*, 2001, p. 3. Para a autora, a expressão *desjurisdicionalização* deve ser empregada “para referir os casos em que a tutela de determinadas pretensões é retirada aos tribunais” (ob. e loc. cit.)

¹⁹³ Sobre o eixo da posição do agente de execução na estrutura de poderes do Estado, v. item 4.2.1 acima.

¹⁹⁴ Sobre o eixo da relação entre o agente de execução e o juiz, v. item 4.2.2 acima.

Dada a amplitude do conceito, manifestações de *desjudicialização da execução* há sob as mais variadas matizes e com as mais diversas intensidades, sendo especialmente difícil a tentativa de sistematização.

Não se vislumbra, contudo, relação direta entre tal técnica e peculiaridades da relação jurídica material subjacente à crise de adimplemento que a execução procura debelar, diferentemente do que ocorre na *execução extrajudicial*.

5.1.1 Desjudicialização da execução no direito português

Dentre os países europeus, Portugal empreendeu, nas últimas décadas, intensa caminhada no sentido de *desjudicializar* a execução.

A técnica, importa observar, foi adotada como medida de combate à lentidão e à falta de efetividade da execução, consequências da incapacidade de o Estado-juiz dar respostas adequadas e proporcionar a satisfação do exequente¹⁹⁵, sobretudo num cenário de significativa elevação da quantidade de demandas propostas.

Com efeito, diagnosticou-se que o crescimento econômico e a “*generalização do crédito ao consumo*”, observados especialmente a partir da década de noventa, provocou o “*endividamento e sobreendividamento das pessoas singulares e, também, das empresas*” e trouxe, como indesejável consequência, expressiva elevação da proporção das demandas executivas nos Tribunais¹⁹⁶, boa parte delas, a propósito, concentrada nos grandes centros financeiros¹⁹⁷.

---

¹⁹⁵ Conforme constou da Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 38/2003, a “*excessiva jurisdicionalização e rigidez*” dos atos executivos “*tem obstado à satisfação, em prazo razoável, dos direitos do exequente. Os atrasos do processo de execução têm-se assim traduzido em verdadeira denegação de justiça, colocando em crise o direito fundamental de acesso à justiça*”.

¹⁹⁶ B. S. SANTOS, A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas, in *Manifesto*, nº 7, 2005, p. 84.

¹⁹⁷ Observa V. C. RIBEIRO que, em razão da regra de competência para o processamento das execuções (lugar do cumprimento da obrigação – art. 94/1, CPC Português), a expressiva maioria das demandas executivas concentra-se nos tribunais do Porto e de Lisboa, não coincidentemente o local da sede da “*generalidade dos bancos e instituições financeiras de crédito*” (As funções do agente de execução, 2011, p.17).

De outro turno, era nítida a percepção de que demandas de baixa complexidade jurídica tomavam expressivo tempo dos juízes e consumiam expressivos recursos do Estado¹⁹⁸, a justificar que, tanto quanto possível, os atos de execução fossem delegados a outros agentes e custeados pelos interessados, de modo a desafogar-se os Tribunais e imprimir celeridade à execução.

Sob o aspecto processual, a despeito importantes alterações no Código de Processo Civil ao longo da década de noventa¹⁹⁹, foi somente a partir do Decreto-Lei nº 38/2003 que Portugal implementou verdadeiramente “*um projecto de reforma da acção executiva que, sem romper a sua ligação aos tribunais, atribuiu a agentes de execução a iniciativa e a prática dos actos necessários à realização da função executiva*”, com o declarado propósito de “*libertar o juiz das tarefas processuais que não envolvem uma função jurisdicional e os funcionários judiciais de tarefas a praticar fora do tribunal*”²⁰⁰.

Em linhas gerais, norteou-se a *desjudicialização* operada em Portugal por força do aludido Decreto-Lei nº 38/2003 pelo escopo de limitar, tanto quanto possível, a intervenção do juiz no desempenho dos atos de execução²⁰¹, atribuindo-os, via de regra, a *agente de execução* privado, escolhido e remunerado pelo exequente, sem subordinação hierárquica em relação ao juiz²⁰², a quem cabe, “*salvo quando a lei determine diversamente, efectuar todas as diligências do processo de execução, incluindo citações, notificações e publicações*”²⁰³, reservando-se ao juiz de execução essencialmente o “*poder geral de controlo do processo*”²⁰⁴.

---

¹⁹⁸ Depois de discorrer sobre indicadores estatísticos sobre *as acções de dívida*, concluiu B. S. SANTOS que “*estes indicadores mostram que os nossos tribunais, em matéria cível, estão afogados em processos que não tem nenhuma complexidade jurídica, mas que levam o Estado a gastar muitos milhares de euros para julgar cada uma daquelas acções*” (A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas, in *Manifesto*, nº 7, 2005, pp. 83-84).

¹⁹⁹ Sobretudo por força dos Decretos-Lei nºs 329-A/95, 180/96 e 274/97.

²⁰⁰ Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 38/2003.

²⁰¹ Nas palavras de P. COSTA E SILVA, era objetivo da reforma da ação executiva “*restringir as competências primárias do tribunal da execução a um mínimo possível. O tribunal só intervém quando é de todo impossível negar a natureza jurisdicional do ato a praticar. Nos demais casos, evita-se tanto quanto possível o contacto do tribunal com a execução*” (A reforma da acção executiva, 2003, pp. 11/12).

²⁰² Sobre o ponto, v. nota 183 acima.

²⁰³ Art. 808/1 do Código de Processo Civil Português.

²⁰⁴ Art. 809/1 do Código de Processo Civil Português.

As significativas alterações pretendidas pelo legislador português não surtiram efeito positivo imediato²⁰⁵ e, aos 20 de novembro de 2008, sobreveio novo diploma legal, o Decreto-Lei 226/2008, com o declarado objetivo de “*aperfeiçoar o modelo de Reforma da Acção Executiva*” implementado cinco anos antes, “*aprofundando-o e criando condições para ser mais simples, eficaz e apto a evitar acções judiciais desnecessárias*”²⁰⁶.

Por força do novo diploma, alargou-se a competência do *agente de execução* e se restringiu ainda mais o rol de atribuições do juiz.

Certo é que a execução ainda se inicia por requerimento do exeqüente, dirigido ao Tribunal²⁰⁷. Já não cabe, contudo, à Secretaria do Tribunal, o primeiro controle formal sobre o ato²⁰⁸, nem tampouco, em regra e de ofício, ao juiz²⁰⁹. Será o *agente de execução*, preferencialmente já indicado pelo exeqüente²¹⁰, quem receberá o requerimento executivo

---

²⁰⁵ Asseverou M. D. SERRA que “se nos for permitido fazer um balanço da reforma de 2003, e nomeadamente pelo prisma de quem também trabalha no terreno, como advogado, poderemos afirmar que a situação foi em certos períodos de tempo, um verdadeiro caos” (*Breve análise crítica de algumas das alterações ao regime da acção executiva portuguesa. A reforma de 2003 e a recente reforma com o D.L. nº 226/2008*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14066>>. Acesso em: 16.04.2011). Dentre os inúmeros problemas apontados pelo autor, que teriam impedido que a reforma fosse bem sucedida, destacam-se “a falta de Tribunais de Execução, a incompreensão entre Solicitadores e Juizes, entre Solicitadores e Advogados, a inexistência de depósitos públicos para a guarda dos bens penhorados, dificuldades informáticas, dificuldade de acesso dos Solicitadores às bases de dados públicas e privadas” (ob. cit.).

²⁰⁶ Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 226/2008.

²⁰⁷ Art. 810/1 do Código de Processo Civil Português. Em tal requerimento, acompanhado do título executivo judicial ou extrajudicial, o exeqüente deve, dentre outros requisitos *identificar e qualificar as partes, indicar o endereço profissional de seu mandatário judicial, designar o agente de execução, indicar os fins da execução, expor sucintamente os fatos que fundamentam o pedido (se não constarem do título executivo), formular o pedido, declarar o valor da causa, liquidar a obrigação e escolher a prestação, indicar, se possível, o empregador do executado, suas contas e seus bens e requerer a citação prévia ou sua dispensa* (Art. 810/1, “a” a “j”). O *requerimento executivo e os documentos que o acompanhem* devem ser apresentados ao Tribunal *preferencialmente por via eletrônica* e assim são transmitidos ao *agente de execução* designado (art. 810/7 do Código de Processo Civil Português).

²⁰⁸ Sob a égide do Decreto-Lei nº 38/2003, a Secretaria do Tribunal deveria recusar-se a receber o requerimento de execução que não preenchesse requisitos formais, que carecesse de título executivo ou ainda se fosse “*manifesta a insuficiência do título apresentado*” (art. 811/1, “a” a “c”, do Código de Processo Civil Português, em sua redação anterior), cabendo deste ato *reclamação para o juiz* (art. 811/2 do citado Código).

²⁰⁹ Também sob a égide do Decreto-Lei nº 38/2003, exercia o juiz o “*poder geral de controlo do processo*” (art. 809/1), cabendo-lhe *indeferir liminarmente o requerimento executivo, se manifesta a falta ou insuficiência do título e a secretaria não tenha recusado o requerimento* (art. 812/2, “a”, do Código de Processo Civil Português, revogado pelo Decreto-Lei nº 226/2008). No regime atual, caberá ao agente de execução provocar o *controle prévio*, remetendo o processo para *despacho inicial* nas hipóteses do art. 812/D do Código de Processo Civil Português; sem prejuízo de as partes acorrerem ao juiz, que, no entanto, deixou de exercer o *controle prévio* de ofício.

²¹⁰ Já no *requerimento executivo* deve o exeqüente indicar o agente de execução (art. 810/1, “c”, do Código de Processo Civil Português), dentre aqueles habilitados para tanto (art. 808/3, “e”, do mesmo Código).

e os documentos que o acompanham²¹¹, verificará se é caso de haver *despacho inicial* pelo juiz de execução²¹² ou de proceder-se imediatamente à penhora²¹³.

Na sequência do procedimento, os atos são realizados, via de regra, com elevada dose de autonomia, pelo *agente de execução*, a quem cabe, dentre outros misteres, consultar informações sobre o patrimônio do executado²¹⁴; efetuar a penhora, observando-se a ordem legal²¹⁵, constituir-se como depositário²¹⁶, requerer diretamente o auxílio de força policial se encontrar resistência²¹⁷ e cuidar da expropriação do bem penhorado²¹⁸ e pagamento ao credor.

No desempenho das *diligências executivas* que lhe cabem, o *agente de execução* acaba por tomar *decisões*, compreendidas em sentido amplo de resultado do exercício de processo mental, sem que isto implique *julgamento de pretensões das partes* e *exercício de jurisdição*²¹⁹.

---

²¹¹ O que deve ser feito *preferencialmente por via eletrônica* (art. 810/7 do Código de Processo Civil Português). Também pode o exequente substituir livremente o agente de execução (art. 808/6 do referido Código).

²¹² As hipóteses em que o despacho inicial é necessário estão previstas nas alíneas do art. 812/D do Código de Processo Civil Português. Dentre elas, destacamos a de “o agente de execução duvidar da suficiência do título ou da interpelação ou notificação do devedor” (alínea “e”).

²¹³ O que deve ocorrer se o título executivo for “*decisão judicial ou arbitral*”, “*requerimento de injunção no qual tenha sido aposta a fórmula executória*” ou ainda dependendo-se da combinação da qualidade do título (“*documento exarado ou autenticado por notário, ou documento particular com reconhecimento presencial da assinatura do devedor*”) com o valor da dívida (se superado o “*valor de alçada do tribunal da relação*”), deverá o exequente comprovar “*ter exigido o cumprimento por notificação judicial avulsa*”) e o objeto da penhora (“*não recaia sobre bem imóvel, estabelecimento comercial, direito real menor que sobre eles incida ou quinhão em património que os inclua*”), hipóteses expressamente contempladas no Art. 812-C, “a” a “d”, do Código de Processo Civil Português. Também se dispensa o *despacho liminar*, dentre outras hipóteses esparsas no referido Código, “*nas execuções fundadas em título extrajudicial de empréstimo contraído para aquisição de habitação própria hipotecada em garantia*” (art. 812-F/2, “c”).

²¹⁴ Art. 833-A do Código de Processo Civil Português. Permite-se ao agente de execução, “*sempre que necessário e sem necessidade de qualquer autorização judicial, à consulta, nas bases de dados da administração tributária, da segurança social, das conservatórias do registo predial, comercial e automóvel e de outros registos ou arquivos semelhantes, de todas as informações sobre a identificação do executado junto desses serviços e sobre a identificação e a localização dos seus bens*” (art. 833-A/2).

²¹⁵ Art. 834 do Código de Processo Civil Português.

²¹⁶ Art. 839 do Código de Processo Civil Português, ressalvadas situações excepcionais e ainda as de o exequente consentir que seja depositário o próprio executado ou outra pessoa designada pelo agente de execução.

²¹⁷ Art. 840 do Código de Processo Civil Português.

²¹⁸ Art. 866-A e ss. do Código de Processo Civil Português.

²¹⁹ “*além das diligências próprias do processo de execução (penhora, venda e pagamento), também incumbe ao agente de execução a tomada de decisões que, embora não se confundam com a resolução de um litígio, ou seja, que não envolvam a função jurisdicional típica (dizer o direito e zelar pelo cumprimento do ordenamento jurídico vigente), decerto resultarão numa necessária cognição, mesmo que superficial, típica da natureza do próprio procedimento executivo. Não é por outro motivo que compete ao agente de execução ‘avaliar a prova documental que lhe é apresentada para demonstração de que a condição se verificou ou de*

Reserva-se a atuação do juiz, segundo declaração expressa do legislador, “*para as situações em que exista efectivamente um conflito ou em que a relevância da questão o determine*”, tal como ocorre, exemplificativamente, acaso se torne necessário “*proferir despacho liminar, apreciar uma oposição à execução ou à penhora, verificar e graduar créditos, julgar reclamações, impugnações e recursos dos actos do agente de execução ou decidir questões que este suscite*”²²⁰.

Embora pareçam prevalecer os aplausos, a doutrina não deixa de tecer críticas às reformas empreendidas na execução civil portuguesa²²¹.

Ademais, no que toca mais de perto à segunda parte do presente estudo, interessante notar que Portugal não dispõe de procedimento específico para a execução dos créditos pecuniários dotados de garantia hipotecária: a satisfação destes deve ser perseguida no *processo executivo ordinário*²²², largamente desjudicializado.

---

que o exequente efectuou ou ofereceu prestação (cfr. art. 804º, n. 1); deferir, se não houver oposição do exequente, o requerimento do herdeiro para o levantamento da penhora sobre bens próprios (cfr. art. 827º, n. 2); reduzir, segundo certos critérios, a penhora que foi efectuada em várias contas bancárias de que o executado seja titular (cfr. art. 861º-A, ns. 3 e 4); deferir o requerimento de suspensão da instância apresentado pelo exequente e pelo executado com base no acordo para o pagamento em prestações da dívida exequenda (cfr. art. 882º, n. 1)” (S. GARSON, A desjudicialização da execução hipotecária como meio alternativo de recuperação de créditos, Dissertação (Mestrado), 2006, p. 35).

²²⁰ Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 226/2008.

²²¹ J. LEBRE DE FREITAS registra que, se com a reforma da acção executiva (Decreto-Lei nº 38/2003), “o juiz tinha o poder geral de controlo do agente da execução, que lhe era lícito exercer oficiosamente”, inclusive para destituí-lo “com fundamento em actuação processual dolosa ou negligente ou em violação grave de dever estatutário”, a partir da reforma da reforma (Decreto-Lei nº 226/2008) “os poderes do juiz aparecem drasticamente limitados (...) ao mesmo tempo que é concedido ao exequente o direito de livre destituição do agente de execução” - o que, em seu entender, ameaça descaracterizar a já referida natureza mista do agente de execução (funcionário público e profissional liberal - v. nota 169 acima) “acentuando desequilibradamente as características dum contrato de mandado” -, concluindo que “algumas limitações do poder jurisdicional depois da reforma da reforma não deixam, porém, de pisar um risco que não deveria ser pisado” (A acção executiva depois da reforma da reforma, 2009, pp. 27-28, notas 59 e 60). P. COSTA E SILVA, que de forma geral parece enaltecer as reformas, externa preocupação quanto ao elevado custo da execução e receia que só as grandes execuções tenham celeridade (A reforma da acção executiva, 2003, p. 12). M. D. SERRA, por seu turno, tece contundentes críticas e defende que o aumento dos poderes do agente de execução encerraria clara inconstitucionalidade, por violação da reserva de juiz consagrada pelo art 202, nº 2, da Constituição Portuguesa (Breve análise crítica de algumas das alterações ao regime da acção executiva portuguesa. A reforma de 2003 e a recente reforma com o D.L. nº 226/2008. Disponível em: <<http://jus.uoi.com.br/revista/texto/14066>>. Acesso em: 16.04.2011).

²²² Como registra I. M. CAMPOS, de há muito não existe em Portugal “um procedimento especial da venda da coisa hipotecada, a execução hipotecária como processo autónomo foi abolida com o Código do Processo Civil em 1939. Para executar uma dívida garantida por hipoteca, tem de seguir-se o processo executivo ordinário” (Particularidades da execução de hipoteca, in A reforma da acção executiva, 2001, p.2).

5.1.2 Notas sobre a desjudicialização da execução em outros ordenamentos europeus

Manifestações da técnica de *desjudicialização* da execução também podem ser observadas, em diferentes graus, em outros ordenamentos europeus²²³, sempre ressalvadas as peculiaridades de cada um.

Sem pretender maiores aprofundamentos, a título ilustrativo, revela J. LEBRE DE FREITAS que na França, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Grécia e Escócia as *diligências executivas* são realizadas por *agente de execução* que, “*embora seja um funcionário de nomeação oficial e, como tal, tenha o dever de exercer o cargo quando solicitado, é contratado pelo exeqüente*”²²⁴.

Particularmente quanto à França e Bélgica, lembram K. HENDERSON *et al.* ser secular a tradição dos *huissiers*, agentes de execução privados que detém o monopólio da prática dos atos de execução, cuja atuação, no entanto, modernamente, é altamente regulamentada²²⁵.

Especificamente na Alemanha, como já se apontou, o principal *agente de execução*, o *executor do juízo* (*Gerichtsvollzieher*), “*é um funcionário judicial pago pelo erário público*” que realiza as diligências executivas sem prévio controle do juiz – se o título for a *sentença* – ou mediante expedição de prévia autorização deste – se a execução for lastreada em outras modalidades de título –, que, em qualquer das hipóteses, intervém em caso de litígio²²⁶.

---

²²³ Aponta K. HENDERSON *et al.*, de maneira geral, ser tradicional e razoavelmente freqüente, nos ordenamentos europeus, atribuir-se a um agente *especialista em execução* o desempenho dos atos pertinentes à execução, reservando-se ao juiz o papel de *último garante de um processo eficiente, efetivo e justo* (*Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America*, 2004, pp. 23-24).

²²⁴ A *acção executiva depois da reforma da reforma*, 2009, p. 24, nota 54.

²²⁵ *Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America*, 2004, p. 23. Sobre a execução no direito francês e sobre a tradição dos *Huissiers de Justice*, v. notas 165 e 166 acima.

²²⁶ J. LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva depois da reforma da reforma*, 2009, p. 24, nota 54. Revelando o alto grau de desjudicialização do sistema alemão, observa L. ROSENBERG que os *órgãos da execução forçada* são distintos daqueles do processo de conhecimento; o tribunal do processo (*Prozessgericht*) intervém apenas de forma excepcional (*Tratado de derecho procesal civil*, v. III, 1955, p. 6) e insiste que, na verdade, o tribunal do processo só por exceção é órgão executivo; quase sempre se transfere a execução ao executor do juízo (*Gerichtsvollzieher*), ao tribunal de execução (*Vollstreckungsgericht*) ou a outros órgãos, como o cartório de registro de imóveis (*Grundbuchamt*) (ob. cit, p. 60). V. ainda a nota 177 acima.

No direito italiano, excetuados os atos praticados até a penhora²²⁷, parecem-nos modestos os passos no sentido da *desjudicialização*. A despeito de, no final da década de noventa, ter G. TARZIA propugnado pela *simplificação do processo executivo* como um dos remédios para enfrentar os *graves problemas frente à difundida crise do processo de execução*, simplificação esta que decorreria da menor participação do juiz, na execução, para que este *interviesse somente em determinados momentos do processo em que sua atuação não pudesse ser dispensada, devendo ser transformado, então, “em um juiz de incidentes, de questões que surjam durante a execução, e dos embargos à execução, do devedor ou de terceiros, bem como das demais oposições aos atos executivos”*²²⁸, muito pouco se caminhou neste sentido.

A reforma operada em 2005 no Código de Processo Civil Italiano²²⁹, como observa R. VACCARELLA, não alterou a *estrutura de direção do processo de execução – atribuída ao juiz – mas sim*, dentre outras modificações, procurou *retirar da atividade dos juízes atos meramente executivo-operativos*²³⁰, destacando-se, nessa linha, o art. 591-bis, que passou a admitir que as atividades de venda do bem penhorado pudessem ser, por delegação do juiz da execução, realizadas *extrajudicialmente*, o que A. SALETTI considerou um avanço, embora propugnasse por uma maior liberdade em tal atividade²³¹.

Pontuam L.P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO ser ainda *de jure condendo* as propostas de radical mudança do papel central exercido pelo juiz de execução, para restringir suas atividades e poderes e alargar as atribuições do *ufficiale giudiziario*²³².

---

²²⁷ Notadamente os atos de *notificação do título executivo* e de *precetto* (arts. 479 e 480 do CPC Italiano) - que consistem da *intimação do devedor para adimplir a obrigação resultante do título executivo, com a advertência de que, se descumprida, se procederá à execução forçada*, como definem L.P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul Processo Civile, v.II: procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, 2006, p. 305 – e também os atos de *penhora* (arts. 491 e 492 do referido Código), são realizados pelo *ufficiale giudiziario* e autuados pelo *cancelliere*, que, então, remete os autos ao *juiz de execução* (art. 488 do mesmo Código); de modo que, a partir de então, como regra, assume o papel central o *juiz de execução*.

²²⁸ Problemas atuais da execução forçada, in *RePro*, n.º. 90, 1998, p. 79.

²²⁹ Especialmente pelo Decreto-lei 35/2005 e Leis 80/2005 e 236/2005.

²³⁰ Le linee essenziali del processo esecutivo secondo il progetto della Commissione Tarzia, in *Rivista di diritto processuale*, 1998, p. 366.

²³¹ Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, esp. p. 1044.

²³² *Lezioni sul Processo Civile, v.II: procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, 2006, p. 325.

5.1.3 Manifestações de desjudicialização da execução no direito brasileiro

Mesmo antes de a técnica da *desjudicialização* ganhar destaque em razão das reformas realizadas no direito português, e pelos mesmos motivos lá invocados para justificar sua implementação, L. GRECO²³³ já havia diagnosticado que muitos dos atos realizados em sede de execução tem natureza eminentemente *prática* e que “*não exigem toda a gama de conhecimentos jurídicos que compõem o cabedal do juiz*”, razão pela qual defendeu que

já era tempo de uma reforma processual debruçar-se sobre o fluxo procedimental e sobre o conteúdo dos atos que o juiz pratica, para reservar-lhe apenas aqueles atos cruciais definidores de direitos e dos limites da intervenção estatal no patrimônio do devedor, permitindo que cada organização judiciária viesse a instituir um serventuário qualificado para praticar os demais atos de movimentação e de instrução do processo, ou atribuí-los ao escrivão.

Concluiu L. GRECO²³⁴ que

o juiz deve deixar de ser o condutor principal da execução, na qual preponderam atividades práticas e negociais, inteiramente alheias ao seu perfil profissional, facultando a lei processual que a organização judiciária venha a atribuir a determinado auxiliar da justiça, ou até mesmo a um particular, as funções de escolha dos bens a serem penhorados, efetivação da penhora, avaliação e arrematação, bem como a execução das obrigações de fazer materialmente infungíveis, sob a supervisão do juiz, ao qual poderão recorrer quaisquer interessados, pedindo a revisão ou anulação desses atos

A percuciente lição, no entanto, não encontrou eco no Código de Processo Civil brasileiro.

A despeito de o legislador pátrio ter sido pródigo nas reformas realizadas no Código de Processo Civil ao longo das últimas duas décadas, e em que pesem as profundas alterações introduzidas na execução civil por força das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, muito pouco se caminhou no sentido de *desjudicializá-la*. Mesmo lançando os olhos ao

---

²³³ *O processo de execução*, v. I, 2001, pp 174-175.

²³⁴ *O processo de execução*, v. I, 2001, p. 262.

projeto de Novo Código de Processo Civil, em vão se procurará disciplina que afaste substancialmente o juiz do desempenho dos atos pertinentes à execução²³⁵.

Quer no diploma atualmente em vigor, quer no Código projetado, é o juiz quem conduz a execução, que concentra expressiva parcela dos atos realizados ao longo do procedimento e quase nada pode delegar aos *auxiliares da justiça*.

Dentre os limitadíssimos atos que, na execução, podem ser atribuídos a terceiros, encontram-se alguns pertinentes à alienação do bem penhorado.

Com efeito, o atual artigo 685-C, incluído pela Lei 11.382/2006, introduziu no atual Código de Processo Civil a *alienação por iniciativa particular*²³⁶, figura que, a propósito, com mínimas diferenças, era prevista no artigo 973 do diploma de 1939²³⁷. Tal figura, resgatada pelo artigo 52, VII, da Lei 9099/95, não havia sido prestigiada pelo legislador do Código de 1973, que, em seu artigo 700, atualmente revogado pela supra citada Lei 11.382/2006, autorizara apenas a *alienação por proposta escrita para alienação de imóvel* (hipótese também prevista no art. 967, § 1º, do CPC de 1939), a qual - por força de alteração de redação operada pela Lei 6.851/80 - poderia ser realizada com mediação de corretor de imóveis autorizado²³⁸.

---

²³⁵ Merece menção, no entanto, a sugestão de projeto de lei, de lavra de F.P. RIBEIRO, para implantar profunda desjudicialização na execução brasileira, atribuindo-se os atos de execução ao Cartório de Protestos (*Desjudicialização da execução civil*, Tese (Doutorado), 2012, pp. 192 e ss.).

²³⁶ Nas palavras de D. SAUSEN, “a inserção do novel mecanismo de expropriação denota a tentativa, embora bastante moderada, de “desjudicialização” e, por conseguinte, “despublicização” do processo de execução (...), como medida de desoneração do Poder Judiciário, já por demais assoberbado com as atividades judiciais propriamente ditas, transferindo ao particular, no caso ao exeqüente, na hipótese de não preferir adjudicar o bem penhorado, e não havendo a concorrência dos demais legitimados para a adjudicação, a possibilidade de aliená-lo por sua iniciativa” (Da alienação por iniciativa particular, in *RePro*, nº 158, 2008, p. 113).

²³⁷ E. TALAMINI considera que o mecanismo introduzido pelo art. 685-C do CPC, a despeito de semelhanças com figuras antes vigentes, “também possui características e uma abrangência geral inéditas – o que permite qualificá-lo como verdadeira novidade” (Alienação por iniciativa particular como meio expropriatório executivo (CPC, art. 685-C, acrescido pela Lei 11.382/2006), in F. G. JAYME – J. C. FARIA – M. T. LAUAR (coords.), *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*, 2008, p. 190).

²³⁸ Observou A. ASSIS que a doutrina da época aplaudira a solução do legislador de 1973 de *banir a alienação por iniciativa particular* contemplada no CPC de 1939, tida como simples *contrato privado*; diferentemente, a *alienação por proposta escrita* então disciplinada no art. 700 do CPC de 1973 caracterizaria “*arrematação própria e veraz*”, de “*caráter negocial e público*”, cujo diferencial consiste de permitir “*licitação antecipada, mediante propostas escritas, públicas e abertas, vinculando o executado, sub-rogado pelo Estado, e o proponente vitorioso, de outro*” (*Manual da execução*, 8. ed., 2002, pp. 802-803). Sobre as diferenças entre as figuras do revogado art. 700 e do novel art. 685-C, aponta-se que o primeiro era “*um simples apêndice, um desvio incidental do procedimento padrão da hasta pública*”, com a

Na *alienação por iniciativa particular* do artigo 685-C do Código de Processo Civil admite-se que, na hipótese de o bem penhorado não ter sido adjudicado – meio expropriatório posto em primeiro lugar na ordem de preferência do legislador reformista-, possa o *próprio exequente*²³⁹, por si ou *por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária*, buscar interessados em sua aquisição²⁴⁰. Será o juiz, contudo, quem definirá previamente os respectivos elementos, notadamente “o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo (art. 680), as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem”²⁴¹ e,

---

única particularidade de intervir um *corretor de imóveis* para “angariar propostas para aquisição do imóvel penhorado” (E. TALAMINI, *Alienação por iniciativa particular como meio expropriatório executivo* (CPC, art. 685-C, acrescido pela Lei 11.382/2006), in F. G. JAYME – J. C. FARIA – M. T. LAUAR (coords.), *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*, 2008, p. 190); ao passo que este último não se limita a bens imóveis e proporciona atuação bastante mais intensa dos particulares para a consecução da alienação (R. B. LEONEL, *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*, 2007, pp. 91-92).

²³⁹ Na doutrina, há quem sustente que também o executado possa promover a *alienação por iniciativa particular*, não como simples *venda particular* do bem penhorado – que não afasta a responsabilidade executiva e pode caracterizar fraude de execução -, mas sim em cumprimento de *expropriação*, com escopo de que lhe seja menos onerosa (neste sentido, L. J. CUNHA, *A alienação por iniciativa particular*, in *RePro*, nº 174, 2009, p. 55). Com efeito, o executado disposto a colaborar para que a execução proporcione a satisfação do exequente com o menor sacrifício possível de seu patrimônio tem todo o interesse em buscar interessados para adquirir o bem penhorado pelo maior valor possível e promover a alienação – com autorização do juiz e do exequente - direcionada à satisfação do crédito exequendo, revertendo-se para a execução, v.g., o *preço* alcançado. Para E. TALAMINI, no entanto tal operação não se subsumiria à figura do art. 685-C do CPC e não teria natureza jurídica de *expropriação* (Alienação por iniciativa particular como meio expropriatório executivo (CPC, art. 685-C, acrescido pela Lei 11.382/2006), in F. G. JAYME – J. C. FARIA – M. T. LAUAR (coords.), *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*, 2008,, p. 205).

²⁴⁰ Sustenta R. B. LEONEL que, na primeira hipótese, de *alienação por iniciativa do próprio exequente*, “pode ser considerada como típica *venda particular*”, ao passo que, na segunda hipótese, a intermediação por corretor credenciado perante a autoridade judiciária empresta a este último “a condição de auxiliar eventual da Justiça, tanto quanto o é o perito particular, nomeado pelo juiz para a realização de determinada perícia”, o que, de um lado, faz com que a alienação acabe “funcionando como um misto de *venda pública e privada*” e, de outro, permite imputar responsabilidade objetiva ao Estado (art. 37§ 6º CF) e, por dolo ou culpa, ao próprio corretor (arts. 144, 147 e 150 do CPC) (*Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*, 2007, p. 92). De nossa parte, independentemente de participação ou não do corretor, entendemos, com A. ASSIS, que a *alienação por iniciativa particular*, tal qual a *alienação em hasta pública*, encerra *negócio jurídico público e processual* (*Manual da execução*, 12. ed., 2009, pp. 766-770 e 800).

²⁴¹ Art. 685-C, § 1º, CPC. Diverge a doutrina, no entanto, sobre a possibilidade de flexibilização dos parâmetros para aquisição, notadamente do preço mínimo. Com entendimento positivo, defende L. J. CUNHA que, “em prol da efetividade, é preciso que se interpretem essas regras com alguma flexibilidade, conferindo-se certa margem de negociação ao particular ou corretor incumbido da realização do negócio para, então, autorizar a alienação por iniciativa particular por preço inferior ao fixado pelo juiz, ou com condições de pagamento e garantias diferentes das que foram estabelecidas ou, até mesmo, em prazo superior ao estipulado, desde que tanto o exequente como o executado concordem com tal flexibilização, chancelada por posterior decisão do juiz” (*A alienação por iniciativa particular*, in *RePro*, nº 174, 2009, p. 60). Com entendimento semelhante, especificamente sobre o *preço mínimo* pelo qual se admite a *alienação por iniciativa particular*, conclui M. A. MUSCARI que este pode sim ser inferior ao da avaliação, notadamente se efetiva a publicidade que a antecedeu (Alienação por iniciativa particular: qual o preço mínimo?, in *RePro*, nº 170, 2009, pp. 118-119). Em sentido contrário, sustenta E. TALAMINI que não poderia haver *alienação por*

aprovando proposta que lhe for submetida, assinará o termo pelo qual se formaliza a alienação²⁴², de modo que nos parece baixo o grau de desjudicialização verificada na hipótese²⁴³.

Outro mecanismo que revela alguma *desjudicialização* na execução regida pelo Código de Processo Civil é aquele contemplado pelo artigo 689-A, também introduzido pela Lei 11.382/2006. Localizado na subseção que disciplina as *hastas públicas*²⁴⁴, admite que, em substituição ao procedimento dos arts. 686 a 689 e a requerimento do exequente, *entidades públicas ou privadas em convênio com os Tribunais* (art. 689-A, CPC)²⁴⁵ promovam a *alienação do bem penhorado por meio da rede mundial de computadores*. Tais entidades cuidam dos atos desde a publicação dos editais até a realização das hastas, expedição da guia de depósito e lavratura do auto de arrematação.

Para além de atos atinentes à alienação do bem penhorado, apontam-se cogitações para afastar o juiz na prática de atos pertinentes ao aperfeiçoamento da chamada *penhora on line*. Invocando a experiência do Direito Português – que atribuiu atos similares ao *agente de execução* –, sustenta S. GARSON ser *burocrática e estatizante* a exigência de que

---

iniciativa particular por valor inferior ao da avaliação, o que “*em certa medida, é a contrapartida da inocorrência de um certame licitatório*” (Alienação por iniciativa particular como meio expropriatório executivo (CPC, art. 685-C, acrescido pela Lei 11.382/2006), in F. G. JAYME – J. C. FARIA – M. T. LAUAR (coords), *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*, 2008., p. 200).

²⁴² Art. 685-C, § 2º, CPC. O mecanismo é reproduzido no projeto do Novo Código de Processo Civil (art. 803 do PLS 166/2010, ou art. 835 do PL 8046/2010).

²⁴³ Para F.P. RIBEIRO, “*a alienação por iniciativa particular apenas retrata um grau maior de privatização da tarefa de realizar a alienação, não sendo possível falar-se em desjudicialização propriamente dita*” (*Desjudicialização da execução civil*, Tese (Doutorado), 2012, p. 61).

²⁴⁴ Diferindo substancialmente, portanto, da figura da *alienação por iniciativa particular* do art. 685-C do CPC, que revela modalidade específica de meio expropriatório, distinto das *hastas públicas*.

²⁴⁵ No âmbito da Justiça Estadual paulista, a matéria é regulamentada pelo *Provimento CSM 1625/2009*. Na Justiça Federal, vale mencionar que, por meio da *Resolução 315/2008*, o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO criou a *Central de Hastas Públicas Unificadas (CEHAS)*, com o declarado propósito de *executar os serviços administrativos necessários à realização de hastas públicas de bens penhorados em processos em fase de execução, nos executivos fiscais, e os confiscados em processos criminais*. No inciso V do Anexo I da aludida resolução, já se previa a atuação de leiloeiros particulares, devidamente credenciados junto ao Tribunal, para promover as hastas públicas. Mais recentemente, por meio da *Resolução 451/2011*, editada com escopo de *atualizar e modernizar o sistema de Hastas Públicas Unificadas*, alterou-se a resolução anterior, para, dentre outras modificações, aumentar as atribuições do leiloeiro – que pode ser *nomeado pelo juízo para remover bens e atuar como depositário judicial, caso necessário* – e estabelecer os requisitos objetivos de credenciamento de leiloeiros - exigindo-se que, v.g., detenham índice de desempenho de pelo menos 30% de sucesso de bens arrematados em relação aos ofertados, disponham dos meios necessários para a *ampla divulgação da alienação judicial com a utilização de todos os meios possíveis de comunicação, tais como catálogos, mídias eletrônica ou impressa e telecomunicações, de abrangência nacional*, dentre outros - (art. 1º, III e IV, da Resolução 451/2011).

os juízes desempenhem pessoalmente os atos de *penhora on line*²⁴⁶. Mais recentemente, noticiou-se iniciativa para que o sistema *Infojud* - que permite o acesso a declarações apresentadas à Receita Federal com o propósito de localizar bens do executado, passíveis de constrição – seja operado por auxiliares da justiça e não pessoalmente pelo magistrado²⁴⁷.

Lançando os olhos a projetos de leis extravagantes, importa notar que, na pretendida *reforma da execução fiscal* (Projeto de Lei 5.080/2009), delineia-se um procedimento *desjudicializado* – mas não *extrajudicial* – de execução, em que se pretende realizar, administrativamente e antes do ingresso em juízo, a *identificação do patrimônio penhorável do devedor*²⁴⁸ e a *constrição preparatória*²⁴⁹.

Em linhas bastante gerais e no que interessa ao presente estudo, prevê-se, no Projeto de Lei 5.080/2009, a criação, pelo Poder Executivo, do *Sistema Nacional de Informações Patrimoniais dos Contribuintes (SNIPC)* – base de dados cujo conteúdo consiste essencialmente de informações sobre *o patrimônio, os rendimentos e os endereços dos contribuintes*²⁵⁰. Inscrito o crédito em dívida ativa, terá início um procedimento administrativo perante a Fazenda Pública, que, fazendo uso, precipuamente, da base de dados de que dispõe, se incumbirá de *notificar* o devedor – notificação esta que operará a interrupção da prescrição²⁵¹ - para que este, em sessenta dias, efetue o pagamento, solicite

---

²⁴⁶ “Indubitavelmente, a ‘penhora on line’ é uma conquista da sociedade e, como tal, tornou-se imprescindível para os fins do processo executivo; todavia, não se pode impor ao agente judicial a árdua tarefa de despachar, instruir, julgar, e, nos minutos eventualmente disponíveis, realizar a constrição de bens do devedor. Note-se que não estamos nos referindo a uma ou duas providências. São inúmeros acessos eletrônicos que devem ser realizados diariamente, a fim de tornar realidade o direito reconhecido no título executivo judicial ou extrajudicial” (A adequação da ideia de monopólio da jurisdição com os meios alternativos de resolução de litígios – *desjudicialização da execução*, 2010, p.16).

²⁴⁷ Valor Econômico, 26.04.2011, 1º Caderno, 1ª página.

²⁴⁸ Art. 4º, *caput*, do PL 5080/2009.

²⁴⁹ Art. 3º, *caput*, do PL 5080/2009.

²⁵⁰ Art. 4º, § 1º, do PL 5080/2009. Tal base de dados seria municiada por todos os “órgãos e entidades públicos ou privados que por obrigação legal operem cadastros, registros e controle de operações de bens e direitos”, que estariam obrigados a disponibilizá-las ao SNIPC (art. 4º, § 2º). De outra banda, o mesmo sistema seria empregado para atender a ordens emanadas do Poder Judiciário (art. 4º, § 6º), em que fossem requisitadas informações acerca dos sujeitos cadastrados. Como bem apontou D. CANTOARIO, “a instituição do SNPIC parece ser de grande importância para superar o que tem sido identificado como um dos grandes pontos de estrangulamento do processo de execução: a localização dos bens do devedor” (Considerações sobre o projeto de lei 5.080/2009 – A nova lei de execução fiscal, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, nº 91, 2010, pp. 22-23).

²⁵¹ Art. 5º § 10 do PL 5080/2009.

o parcelamento ou garanta o crédito mediante depósito, fiança bancária ou seguro-garantia²⁵².

Caso o devedor deixe de atender a notificação, promoverá a Fazenda Pública a *constrição preparatória*²⁵³ de patrimônio do devedor em quantidade suficiente para a satisfação de seu crédito²⁵⁴. Tal *constrição preparatória*, que deverá observar a ordem de preferências estabelecida no art. 655 do Código de Processo Civil²⁵⁵, restará documentada em termo ou auto lavrado por oficial da Fazenda Pública, que também *avaliará* o bem constrito²⁵⁶, e de tudo se intimará o devedor²⁵⁷. Efetivada a *constrição preparatória*, resta *vedada a alienação ou a constituição de ônus sobre o bem ou direito objeto da constrição pelo prazo de cento e vinte dias*²⁵⁸; contudo, restará *desconstituída a constrição preparatória* se não vier a ser convolada, neste mesmo prazo, em penhora ou arresto decretado por autoridade judiciária no âmbito de *ação de execução fiscal*²⁵⁹, a qual deverá ser ajuizada em até *trinta dias* contados da *efetivação da primeira constrição*²⁶⁰ ou em *três dias* se a constrição preparatória recair sobre *dinheiro*²⁶¹.

Na execução fiscal projetada, pois, evita-se atulhar o Poder Judiciário e ocupar o tempo dos juízes com demandas de baixa probabilidade de sucesso: a Fazenda Pública tomará a iniciativa de ingressar em juízo nas situações em que a satisfação do crédito revelar-se *viável* em razão da prévia constatação de existência e constrição preparatória de patrimônio do devedor, atos realizados em seara administrativa. A expropriação dos bens constritos e a conseqüente satisfação do crédito exequendo, contudo, só poderão ocorrer *em juízo*. De outro turno, o devedor poderá a qualquer tempo acorrer ao Poder Judiciário

---

²⁵² Art. 5º, *caput*, do PL 5080/2009. Faculta-se ao devedor apresentar *defesa* no âmbito administrativo, que não suspenderá o procedimento, e que poderá ser renovada em juízo acaso rejeitada pela Fazenda Pública (art. 7º).

²⁵³ Art. 5º § 6º do PL 5080/2009.

²⁵⁴ Acaso não encontrado patrimônio do que possa suportar a *constrição preparatória*, será *suspenso o ajuizamento da execução enquanto não forem localizados bens*, arquivando-se os autos do processo administrativo se assim permanecer a situação por até um ano contado da notificação do devedor. Encontrados bens, o processo retomará seu curso, caso contrário a Fazenda Pública poderá reconhecer de ofício a prescrição (art. 20 do PL 5080/2009).

²⁵⁵ Art. 9º, I, do PL 5080/2009.

²⁵⁶ Art. 11, *caput*, do PL 5080/2009.

²⁵⁷ Art. 9º, II, do PL 5080/2009. Poderá o devedor, ainda no âmbito administrativo, *impugnar* a avaliação, renovando-a em juízo se necessário (art. 11 §§ 2º e 3º).

²⁵⁸ Art. 9º § 2º, do PL 5080/2009.

²⁵⁹ Art. 9º § 3º, do PL 5080/2009.

²⁶⁰ Art 13 do PL 5080/2009.

²⁶¹ Art 17 § 1º do PL 5080/2009.

para questionar os atos praticados pela Fazenda Pública, inclusive aqueles realizados no âmbito administrativo, anteriores à propositura da ação de execução fiscal²⁶².

5.2 Execução extrajudicial

Como bem a define J. LEBRE DE FREITAS, *execução extrajudicial* é aquela “*que pode nascer e se extinguir sem ligação com o Tribunal, em que o juiz somente é chamado em caráter eventual, para dirimir litígios que surjam em sua pendência*”²⁶³.

Entendemos que a característica elementar da *execução extrajudicial*, que a distingue da técnica de *desjudicialização* acima abordada, é o afastamento *potencialmente total* do juiz: na *execução extrajudicial*, todo o iter procedimental, desde seu nascedouro, com a incoação da demanda pelo credor e comunicação do devedor, até seu encerramento, com a expropriação de patrimônio deste último e satisfação do crédito do primeiro, *pode* se desenrolar *fora* dos Tribunais, sem que o juiz tenha de praticar ato algum.

A *potencialidade* do afastamento, no entanto, se revela seja porque se resguarda o acesso ao Poder Judiciário para a função de *tutela*, submetendo-se ao juiz eventual litígio que possa surgir no desenvolvimento dos atos de *execução extrajudicial* – os mais comuns consistem de *defesas* que o devedor pretende sustentar em seu interesse -, seja ainda porque, ao menos em regra, se reserva ao juiz autorizar e ordenar a prática de atos de força para remover a resistência do devedor recalcitrante. Em tais situações potenciais, o juiz será chamado a atuar.

---

²⁶² Art 22 do PL 5080/2009.

²⁶³ A *ação executiva depois da reforma da reforma*, 2009, p. 28, nota 60. Com entendimento semelhante, anota L. GRECO que será *extrajudicial* a execução se a lei confiar “*os atos executórios a um órgão ou auxiliar administrativo, ou ao próprio credor, desde que assegurado o amplo e imediato acesso dos interessados à proteção judiciária para o controle da legalidade e da adequação dos atos executórios*” (*O processo de execução*, v. I, 2001, p. 162). Já C. R. DINAMARCO afirma que “*são extrajudiciais as execuções conduzidas por pessoas ou órgãos estranhos ao Poder Judiciário e portanto sem investidura na jurisdição, com a invasão do patrimônio de um sujeito e expropriação de bens para a satisfação da pretensão de outro sujeito; daí chamarem extrajudiciais, porque realizadas por quem não é juiz*” (*Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, pp. 64-65). Embora todas sejam compatíveis, parece-nos mais precisa a definição do processualista português, que, de um lado, melhor aparta a *execução extrajudicial* de outros fenômenos de *desjurisdicionalização/ desjudicialização* e, de outro, não recorre à suposição, cada vez mais questionável, de que apenas os juízes estatais estariam investidos de *jurisdição*.

Diferentemente da *desjudicialização*, a técnica da *execução extrajudicial*, ao menos tal como aplicada nos instrumentos considerados neste trabalho, adiante referidos, parece adaptada às particularidades da *relação jurídica material* subjacente à crise de adimplemento: trata-se de mecanismo que tem por escopo a rápida satisfação de crédito pecuniário inadimplido por meio da alienação, operada sem participação do Poder Judiciário, de bem predeterminado, oferecido em garantia do débito.

5.2.1 Execução extrajudicial hipotecária no direito norte-americano

O direito norte-americano oferece elementos úteis para o exame da matéria investigada nesta tese, posto que a execução extrajudicial hipotecária²⁶⁴ é adotada na grande maioria de seus estados, seja em caráter de exclusividade, seja como alternativa à execução judicial hipotecária (“*sistemas mistos*”)²⁶⁵.

Na comparação entre as execuções extrajudicial e judicial da hipoteca, a doutrina aponta a celeridade como a principal vantagem do mecanismo extrajudicial²⁶⁶. A execução judicial tende a ser mais lenta e mais cara²⁶⁷, muito embora seja difícil generalizar-se a

---

²⁶⁴ Referida, dentre outras denominações assemelhadas, como *foreclosure by power of sale, non-judicial foreclosure* e contemplada no § 9º-607(b) do *Uniform Commercial Code* sob o título *non-judicial enforcement of mortgage*.

²⁶⁵ As peculiaridades dos procedimentos em cada estado tornam imprecisas as classificações, como ponderam F. S. ALEXANDER. et al. (Legislative responses to the foreclosure crisis in nonjudicial foreclosure states, in *Review of banking & financial law*, 31, 2011-2012, p. 350). Enquanto estes consideram haver *execução extrajudicial* em trinta e três dos cinquenta estados norte-americanos (ob. e loc. cit.), Y. LAGOS sustenta que a *execução extrajudicial*, com exclusividade, está presente em vinte e nove estados, enquanto outros nove adotam sistemas mistos. Para esta última, pratica-se *execução extrajudicial* da hipoteca nos Estados de Alabama; Alaska; Arkansas; Arizona; California; Colorado; Georgia; Hawaii; Idaho; Maryland; Massachusetts; Michigan; Minnesota; Mississippi; Missouri; Montana; Nevada; New Hampshire; North Carolina; Oregon; Rhode Island; South Carolina; Tennessee; Texas; Utah; Virginia; Washington; West Virginia e Wyoming. Existem *sistemas mistos* em Iowa; Maine; Nebraska; New Jersey; New Mexico; New York; North Dakota; Oklahoma e South Dakota. De outro turno, há *execução judicial* em Connecticut; Delaware; Florida; Illinois; Indiana; Kansas; Kentucky; Louisiana; Ohio; Pennsylvania e Wisconsin. O Estado de Vermont admite a prática do “*strict foreclosure*”, mecanismo que permite ao credor apoderar-se diretamente da coisa dada em garantia (Y. LAGOS, Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities, in *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, pp. 103-104).

²⁶⁶ Sobre o tema, B. HESTER observa que, na Georgia, *exemplo típico de execução extrajudicial*, o processo é um dos meios mais rápidos da nação, com possibilidade de se encerrar-se a execução hipotecária em menos de dois meses depois do inadimplemento; enquanto que na Flórida, onde a execução hipotecária só pode ser feita judicialmente, o processo dura um ano (Opportunity costs: nonjudicial foreclosure and the subprime mortgage crisis in Georgia, in *Georgia State University Law Review*, 25, 2008-2009, p. 1210-1211).

²⁶⁷ P. COX, Foreclosure reform amid mortgage lending turmoil: a public purpose approach, in *Huston Law Review*, 45, 2008, p. 699.

afirmação, pois as peculiaridades dos procedimentos praticados em cada um dos Estados influenciam nesta equação²⁶⁸.

Curiosamente, as estatísticas demonstram que, em execuções judiciais, o devedor dificilmente comparece ao processo ou apresenta defesa, prosseguindo o processo à revelia do executado²⁶⁹.

De outro lado, acredita-se que, no procedimento judicial, haveria maior segurança em razão do *controle imediato* realizado pelas cortes judiciais²⁷⁰, e também maiores chances de celebrar-se acordo que evite a expropriação do imóvel, notadamente pelo maior tempo para seu processamento, o que permitiria ao devedor melhores condições de buscar aconselhamento legal e reagir. Ademais, o procedimento judicial proporcionaria ambiente mais propício para a realização de mediação que evitasse os dissabores da execução coercitiva²⁷¹.

Vale observar, ainda, que, para a satisfação do crédito pecuniário dotado de garantia imobiliária, para além das execuções *extrajudicial* e *judicial*, destaca a doutrina a possibilidade de possibilidade de o executado evitá-las e quitar o débito por meio da *dação em pagamento* (“*deeds-in-lieu*”) do imóvel objeto da garantia²⁷².

Voltando os olhos para a *execução extrajudicial* que nos interessa mais de perto, num apanhado geral sobre os elementos principais dos diferentes procedimentos de

---

²⁶⁸ Y. LAGOS, Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities, in *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, p. 102. A autora aponta ainda que, quando se consideram *sistemas mistos*, a comparação fica ainda mais complexa e imprecisa: há situações práticas (verificadas, p. ex., em *South Dakota*) em que a execução *principia* como procedimento extrajudicial e, por iniciativa do executado, *prossegue* como judicial; e há sistemas (o exemplo invocado é de Nova Iorque) em que, a despeito de se admitir o procedimento extrajudicial, este raramente é utilizado, procedendo-se quase sempre em juízo.

²⁶⁹ P. COX, Foreclosure reform amid mortgage lending turmoil: a public purpose approach, in *Huston Law Review*, 45, 2008, p. 699.

²⁷⁰ Como observa A. KAZAKES, é certo que, na *execução hipotecária extrajudicial*, também poderá haverá controle pelas cortes judiciais, mas apenas eventualmente, na hipótese de o devedor ajuizar demanda (Protecting absent stakeholders in foreclosure litigation: the foreclosure crisis, mortgage modification, and state court responses, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 43, 2009-2010, pp. 1395-1396).

²⁷¹ F. S. ALEXANDER. et al. Legislative responses to the foreclosure crisis in nonjudicial foreclosure states, in *Review of banking & financial law*, 31, 2011-2012, pp. 344-347.

²⁷² Incentivando tal alternativa e procurando destacar suas vantagens tanto em relação à execução judicial quanto em comparação à execução extrajudicial, sobretudo após a *crise do subprime* (adiante abordada) v. J. SOSLOW, Incentivizing deeds-in-lieu of foreclosure: an argument for the expansion of the home affordable foreclosure alternatives (“HAFA”) program, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 14, 2011-2012, pp. 583-603.

execução extrajudicial hipotecária, é certo que todos prevêm, em sua fase inicial, a imprescindível *comunicação do devedor*, assinalando-lhe *prazo para pagar voluntariamente a dívida*. Os detalhes, no entanto, tais como o *título*; o *conteúdo*, a *quantidade* e a *forma de efetivação da comunicação do devedor*; assim como os *agentes envolvidos*, dentre outros, variam significativamente de Estado para Estado²⁷³ e desbordam dos limites pretendidos nesta tese. Destacam-se, para análise, nos parágrafos seguintes, aqueles elementos de maior utilidade para compreensão do *modelo brasileiro de execução extrajudicial* aqui versado.

No que tange ao *prazo concedido para o pagamento voluntário*, a retardar o início dos atos para a venda do bem hipotecado, há desde Estados que adotam lapso temporal bastante *exíguo* – o exemplo invocado é o do *Texas*, em que se concede ao devedor o prazo de vinte e um dias, contados do recebimento da notificação, para pagamento voluntário – até Estados que permitem ao devedor gozar de dimensão temporal mais expressiva para tentar saldar seu débito – como ocorre, v.g., em *Washington*, onde se concede ao devedor o prazo de cento e noventa dias, contados do inadimplemento, para purgar sua mora -.²⁷⁴

Também variam expressivamente os procedimentos de execução extrajudicial hipotecária no que tange à *disciplina do pagamento voluntário* pelo devedor para manter-se com o bem adquirido (“*redemption rights*”). Há Estados que praticam a “*equitable redemption*”, a exigir do devedor o pagamento do total da dívida garantida pela hipoteca, com vencimento antecipado do saldo devedor. Em outros, adota-se o mecanismo da “*cure redemption*”, pelo qual purga-se a mora com o pagamento do montante até então vencido, com juros e despesas, mas sem antecipação do saldo vincendo. Não efetuado o pagamento, mesmo após a realização do leilão e alienação do imóvel hipotecado, há Estados que contemplam o “*postsale-redemption*”, que permite ao devedor o direito de reaver a propriedade num prazo que varia de dez dias a dois anos contados do leilão²⁷⁵.

---

²⁷³ P. COX, Foreclosure reform amid mortgage lending turmoil: a public purpose approach, in *Huston Law Review*, 45, 2008, pp. 699-701.

²⁷⁴ Y. LAGOS, Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities, in *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, p. 110.

²⁷⁵ Y. LAGOS, Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities, in *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, pp. 107-108. A autora critica os mecanismos da *equitable redemption* e da *postsale-redemption*. Quanto ao primeiro, reputa-o excessivamente gravoso para o devedor, que dificilmente consegue evitar a perda do imóvel hipotecado, e injustificadamente vantajoso para o credor. Quanto ao segundo, invoca estatísticas que demonstram que, de um lado, é baixa a frequência de sua adoção pelo devedor e, de outro, compromete o êxito dos leilões em razão da possibilidade de desfazimento futuro da aquisição por ele operada (ob. cit., pp. 108-110).

Outro aspecto que diferencia os procedimentos de execução hipotecária extrajudicial nos diversos Estados norte-americanos, e que merece ser destacado para os fins do presente estudo, reside em permitir, limitar ou proibir o chamado “*deficiency judgment*”, consistente da situação na qual o montante alcançado no leilão do imóvel hipotecado é inferior à dívida por ele garantida, restando saldo exigível pelo credor. Alguns Estados admitem-no sem restrições; outros só o permitem em execução judicial²⁷⁶; outros, ainda, limitam o saldo exigível à diferença entre o valor apurado no leilão e o valor de mercado do imóvel hipotecado e outros, por fim, proíbem o “*deficiency judgment*” se imóvel for residencial²⁷⁷.

Interessa observar que, na segunda metade da década passada, após a eclosão da *crise do subprime*²⁷⁸, intensificaram-se tanto o emprego prático quanto, conseqüentemente, as discussões a respeito das *execuções hipotecárias*: observa P. COX que, no primeiro

---

²⁷⁶ A. KAZAKES aponta o *deficiency judgment* como um dos motivos que pode levar o credor a optar pela *execução judicial* (Protecting absent stakeholders in foreclosure litigation: the foreclosure crisis, mortgage modification, and state court responses, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 43, 2009-2010, p. 1396).

²⁷⁷ P. COX, Foreclosure reform amid mortgage lending turmoil: a public purpose approach, in *Huston Law Review*, 45, 2008, pp. 702-703 e Y. LAGOS, Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities, in *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, pp. 112-113. Esta última entende que a proibição ou limitação do “*deficiency judgment*” cria um aspecto perverso, pois desestimula o devedor de tentar pagar a dívida e o encoraja até mesmo a abandonar o imóvel hipotecado, se este valer menos do que o saldo devedor, livrando-se assim do pagamento do montante a que se obrigou (ob. cit. p. 113).

²⁷⁸ Sem pretensão de aprofundamento, é sabido que, com especial ênfase na primeira metade da década passada, houve forte expansão no mercado imobiliário norte americano, aumento da demanda para aquisição de imóveis – estimulada por baixas taxas de juros nos financiamentos imobiliários – e conseqüente elevação dos preços dos imóveis. Com os preços dos imóveis em alta, empréstimos foram concedidos cada vez com mais intensidade, inclusive para mutuários de perfil de alto risco de inadimplemento (sem comprovação de renda, sem emprego, com histórico de não-pagamento etc.), garantindo-se os créditos por meio de hipoteca – neste caso, a chamada *subprime mortgage* -. Mutuários já endividados contraíram mais e mais empréstimos, inclusive para refinarciar as dívidas anteriores, tudo garantido pelos mesmos imóveis. Em paralelo, títulos representativos de tais operações foram negociados, no mercado secundário, pelas instituições que fizeram o primeiro empréstimo. Essa dinâmica perigosa começou a ruir no ano de 2006, quando os juros começaram a subir, a demanda por imóveis recuou e seus preços – conseqüentemente, o valor das garantias – caíram, inviabilizando novos empréstimos para pagamento dos anteriores. Iniciou-se a partir de então maciço inadimplemento dos empréstimos, de difícil liquidação e não suportados pelas respectivas garantias. No entanto, os créditos tinham sido securitizados e negociados no mercado financeiro internacional, o que generalizou o problema e contribuiu para a *globalização* da crise originada a partir de então. No ano de 2008, a crise eclodiu de maneira mais evidente: as gigantes do mercado de hipoteca *Federal National Mortgage Association* (FNMA, conhecida como “*Fannie Mae*”) e *Federal Home Loan Mortgage Corporation* (FHLMC, conhecida como “*Freddie Mac*”), que juntas detinham praticamente a metade dos US\$ 12 trilhões em empréstimos para a habitação nos Estados Unidos da América, revelaram-se quebradas e exigiram socorro imediato do governo norte-americano; outras importantes instituições financeiras – com destaque para o *Lehman Brothers* – mostraram-se igualmente fragilizadas; advindo forte desaquecimento da economia norte-americana, crise de confiança no sistema financeiro e falta de liquidez bancária, com reflexos negativos de proporções globais (cf. FOLHA ONLINE, *Entenda a crise financeira que atinge a economia dos EUA*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u445011.shtml>>. Acesso em: 11.06.2012).

trimestre de 2008, o percentual de execuções hipotecárias foi o maior dos últimos vinte e cinco anos, execuções estas originadas, em sua grande maioria, de *empréstimos subprime*; registra ainda o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Minnesota que, desde a Grande Depressão dos anos 30, o tema não era tão intensamente discutido nos EUA²⁷⁹.

E se o largo emprego recente de *execuções extrajudiciais hipotecárias* rendeu notícias de irregularidades e abusos²⁸⁰, proporcionou, de outro lado, profícuos estudos, sugestões de aperfeiçoamento da execução e reformas legislativas, dos quais, segundo Y. LAGOS, podem ser extraídas duas vertentes: (i) adequada calibração de prazos para que o devedor possa efetuar o pagamento da dívida e (ii) ajustes pontuais nos procedimentos de execução²⁸¹.

Acerca da primeira vertente, sopesa-se que alargar os prazos concedidos para pagamento tem os aspectos positivos de favorecer a negociação com os devedores e permitir que estes *mantenham temporariamente suas casas enquanto nutrem a esperança de um acordo*, na tentativa de evitar o leilão do imóvel hipotecado; mas, de outro lado, como impactos negativos, provoca potencial aumento das perdas dos credores, demora na capitalização e recuperação do mercado e afasta as oportunidades de novos interessados adquirirem suas moradias.

---

²⁷⁹ Foreclosure reform amid mortgage lending turmoil: a public purpose approach, in *Huston Law Review*, 45, 2008, pp. 687-693.

²⁸⁰ No final do ano de 2010, uma força-tarefa promovida por procuradores-gerais de diversos Estados passou a investigar denúncias de irregularidades e abusos cometidos nas execuções hipotecárias, especialmente em razão de negligência no exame dos documentos comprobatórios da dívida e da constituição da garantia hipotecária, de vícios na comunicação do devedor para saldar sua dívida e de cobrança de valores indevidos (cf. notícia CONSULTOR JURÍDICO, *Força-tarefa nos EUA investiga execuções hipotecárias*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-out-20/forca-tarefa-investiga-fraudes-execucoes-hipotecarias-eua>>. Acesso em 21.10.2010). No início de 2012, as investigações culminaram em acordo celebrado perante o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, por força do qual cinco bancos de grande porte - *Bank of America, Wells Fargo, JPMorgan, Citigroup e Ally Financial* – comprometeram-se a disponibilizar até US\$ 25 bilhões para indenizar devedores que perderam suas residências em execuções hipotecárias. A expectativa do governo é a de que tal acordo dê “*ao presidente Barack Obama uma chance de mostrar que seu governo está disposto a mostrar força perante os grandes bancos e ajudar os americanos comuns a sobreviver diante da crise de hipoteca do país*”, ao passo que, para os Bancos, o objetivo é o de que o acordo evite questionamentos judiciais sobre as supostas irregularidades (cf. notícia UOL NOTÍCIAS, *EUA firmam acordo de US\$ 25 bi com cinco bancos por abusos em hipotecas*, -. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2012/02/09/eua-firmam-acordo-de-us-25-bi-com-cinco-bancos-por-abusos-em-hipotecas.jhtm>>. Acesso em 15.02.2012).

²⁸¹ Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities, in *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, p. 113-135.

Embora seja realmente impossível delimitar lapsos de tempo que seriam razoáveis para todas as situações, sopesando prós e contras e atenta à realidade norte-americana, Y. LAGOS sugere a *execução extrajudicial* só se inicie depois de *um ou dois meses após o inadimplemento* e, uma vez iniciada, que o leilão não seja realizado em menos de *duas a quatro semanas*, prazos que *deveriam ser reduzidos se o imóvel estivesse abandonado ou deteriorado*²⁸².

Quanto aos ajustes pontuais nos procedimentos de execução, sustenta-se a importância de (i) prover o devedor de informações acerca da seqüência de atos a serem realizados e das opções que lhe assistem²⁸³; (ii) adotar maior rigor no exame dos títulos em que se consubstanciaria a dívida e a garantia hipotecária, para proporcionar maior segurança às execuções²⁸⁴; (iii) maximizar as informações aos potenciais interessados em adquirir imóveis em leilões, o que estimularia as vendas, atrairia interessados em adquirir os imóveis como destinatários finais e tenderia a elevar o preço alcançado²⁸⁵ e, ainda, (iv) impor medidas após a arrematação, seja para realizar manutenção do imóvel, seja para que o adquirente promova o registro da propriedade em seu nome²⁸⁶.

---

²⁸² Y. LAGOS, Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities, in *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, pp. 116-117 e 134.

²⁸³ P. COX, Foreclosure reform amid mortgage lending turmoil: a public purpose approach, in *Huston Law Review*, 45, 2008, pp. 740-741. A propósito, o § 1304 do *New York Real Property Actions & Proceedings ("RPAPL")* é bastante significativo, ao exigir que o *comunicado* enviado pelo credor ao devedor, antes do início da execução, deva ser redigido em linguagem bastante clara e trazer em destaque a advertência "*Você pode perder a sua casa. Por favor, leia com atenção o seguinte comunicado*" (tradução livre. No original, em maiúsculas: "*YOU COULD LOSE YOUR HOME. PLEASE READ THE FOLLOWING NOTICE CAREFULLY*"). Devem seguir ainda informações precisas sobre o tempo de atraso, o valor do débito e a possibilidade de purga da mora; o encorajamento a que o devedor, mesmo que passando por dificuldades financeiras, busque imediato aconselhamento para que procure alternativas de composição, dentre as quais a renegociação da dívida. Para tanto, devem ser indicadas pelo menos cinco agências aprovadas pelo governo, instaladas na região do imóvel, que possam prestar assessoria gratuita ou de baixo custo, apontados números de telefones e endereços de internet nos quais o devedor possa encontrar maiores informações, além do telefone da entidade credora, que deve se colocar à disposição para *discutir possíveis opções*. No comunicado, deve ainda ser cominado o prazo de 90 (noventa) dias para a tentativa de solução amigável e advertido o devedor de que, superado tal prazo, poderá ter início a execução.

²⁸⁴ A negligência quanto a aspecto, como já observado acima – v. nota 280 –, foi um dos que motivaram as denúncias de irregularidades e abusos nas execuções extrajudiciais hipotecárias. A propósito, B. S. GIUSTINA que "*se os Estados Unidos da América tivessem contado com um sistema de registro de imóveis mais seguro e transparente, a exemplo do que ocorre com o sistema de publicidade latino, a crise não teria tomado as proporções que tomou. No caso americano, um sistema sólido de registro imobiliário possibilitaria, no mínimo, certeza sobre a titularidade da propriedade imóvel e segurança acerca do montante dos financiamentos garantidos pelas hipotecas*" (O registro de imóveis como instrumento para a proteção e o desenvolvimento do mercado imobiliário, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº 69, 2010, p. 228).

²⁸⁵ Aponta Y. LAGOS que *uma das principais razões pelas quais os imóveis não são vendidos em valor de mercado nos leilões realizados nas execuções é a falta de informação* (Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities, in *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, p. 121).

²⁸⁶ Y. LAGOS, Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities, in *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, p. 122-123.

Arremata Y. LAGOS que um sistema ideal de execução hipotecária deveria *combinar as vantagens do procedimento judicial com as do procedimento extrajudicial*, assim sintetizadas pela autora: a execução iniciar-se-ia de forma extrajudicial e assim prosseguiria, exceto se o devedor, interessado em manter-se no imóvel, tomasse a iniciativa de que a expropriação tivesse seqüência *em juízo*, em procedimento que contemplasse audiência na qual credor e devedor pudessem tentar celebrar um acordo, para o que eventual *mediação* poderia contribuir, proporcionando-se, assim, o tempo e as condições necessárias para eventual renegociação da dívida²⁸⁷.

A despeito das discussões e de ajustes legislativos nas vertentes supra anunciadas²⁸⁸, nem a pressão dos devedores e nem as notícias de irregularidades e abusos tiveram o condão de modificar significativamente a técnica das execuções hipotecárias extrajudiciais. Como concluem F. S. ALEXANDER et al., mesmo diante do forte impacto decorrente da *crise nacional* das execuções hipotecárias, houve apenas *mudanças marginais*, mas nenhum estado em que se pratica execução extrajudicial caminhou para abandoná-la e adotar execução judicial, pois o mecanismo provou-se eficiente para proporcionar a recuperação dos valores inadimplidos²⁸⁹.

---

²⁸⁷ Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities, in *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, pp. 132-135. Na mesma linha, destacando a conveniência de tentar celebrar acordo, ainda que por meio de *mediação* provocada pelas cortes judiciais, reservando-se a execução apenas para a hipótese de se confirmar que tal solução é a que melhor atende os interesses do credor, v. A. KAZAKES, Protecting absent stakeholders in foreclosure litigation: the foreclosure crisis, mortgage modification, and state court responses, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, 43, 2009-2010, pp. 1383-1430.

²⁸⁸ Dentre as medidas legislativas adotadas em âmbito nacional, destaca-se o *Protecting Tenants at Foreclosure Act of 2009 (PTFA)*, assinado em maio de 2009 para vigorar até 31 de dezembro de 2012. Com o declarado propósito de evitar as graves consequências sociais da desocupação forçada do imóvel residencial hipotecado, o *PTFA* concede prazo adicional, sob certas circunstâncias, para que o devedor possa permanecer no imóvel mesmo após o leilão. Recomendando ao Governo que torne permanente o *PTFA* e adote outras medidas de proteção dos devedores, v. R. K. LIGHTY, Landlord mortgage defaults and statutory tenant protections in U.S. foreclosure and U.K. repossession actions: a comparative analysis, in *Indiana International & Comparative Law Review*, 21, 2011, pp. 314-317.

²⁸⁹ Legislative responses to the foreclosure crisis in nonjudicial foreclosure states, in *Review of banking & financial law*, 31, 2011-2012, pp. 408-410. Aliás, bem observou I. R. TREVELIM o paradoxo norte-americano: “o maior problema atual enfrentado pelos Estados Unidos da América com o mortgage, enquanto garantia utilizada na concessão de financiamento imobiliário, é que a sua execução funciona, e este sucesso acaba sendo a sua própria fraqueza, pois em poucos meses milhares de pessoas podem ficar sem suas casas, causando um problema social bastante relevante para ser enfrentado por qualquer país” (*A alienação fiduciária em garantia e sua aplicação no mercado de financiamento imobiliário*, Dissertação (Mestrado), 2008, p. 196).

5.2.2 Notas sobre a execução extrajudicial de crédito dotado de garantia imobiliária em outros ordenamentos estrangeiros

Outros ordenamentos estrangeiros também contemplam a *execução extrajudicial* na hipótese de satisfação de crédito dotado de garantia imobiliária, aqui mencionados sem pretensão de exaurimento ou de aprofundamento de suas características, com o único propósito de desvelar que o mecanismo não é exclusividade do direito norte-americano e do brasileiro.

No direito espanhol, admitem a expropriação extrajudicial do bem imóvel dado em garantia o art. 129 da *Ley Hipotecaria* e os arts. 234 a 236 do *Reglamento Hipotecario*. Destacando sua natureza e características principais, observa I. M. CAMPOS²⁹⁰ que

trata-se de um puro processo de execução, não havendo, no entanto, verdadeira cognição por um órgão jurisdicional. A submissão ao regime da venda extrajudicial é convencionada entre as partes na escritura e os trâmites do procedimento estão fixados pormenorizadamente na lei, não podendo as partes em caso algum desviar-se dessas regras.

Vale observar que a doutrina e jurisprudência espanholas sempre manifestaram sérias dúvidas a respeito da constitucionalidade da execução extrajudicial, por uma suposta colisão de tal mecanismo com o art. 117.3 da Constituição Espanhola²⁹¹.

Pela constitucionalidade, defendia-se que o notário não *julgava nem fazia executar o julgado*, não tinha ingerência alguma em funções jurisdicionais, apenas executava título

---

²⁹⁰ Particularidades da execução de hipoteca, in *A reforma da acção executiva*, 2001 p.4. Assim a professora da Escola de Direito da Universidade do Minho descreve as linhas gerais do procedimento: (i) inicia-se por petição dirigida ao notário, instruída com documentos – notadamente a escritura de constituição da hipoteca, em que já se preestabelece o preço de venda do imóvel; (ii) presentes os requisitos formais, o notário lavra *ata notarial*, obtém certidão do imóvel e notifica o devedor para pagar no prazo convencionado, sob pena de expropriação; (iii) dez dias após notificação do devedor, notifica-se também o proprietário do bem (se distinto do devedor) e eventuais outros titulares de direitos sobre o imóvel (iv) publicam-se editais e anúncios; (v) na sequência, não realizado o pagamento da dívida, o notário promove a venda extrajudicial por meio de leilão realizado no cartório notarial; (vi) havendo arrematação, lavra-se escritura de transmissão da propriedade e cancelamento de todos os atos registrados posteriormente à hipoteca executada e (vii) se o imóvel não for desocupado voluntariamente, o adquirente deverá postular a obtenção da posse em juízo (ob. e loc. cit.).

²⁹¹ “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*” (artigo 117.3 da Constituição Espanhola).

de origem contratual²⁹². No entanto, por meio de decisão prolatada em 20.04.1998, no julgamento do *Recurso de Casación* 639/1994 (Sentencia 402/1998), o Tribunal Supremo da Espanha decidiu pela *inconstitucionalidade* da *execução extrajudicial hipotecária* contemplada pelo art. 129 da *Ley Hipotecaria* sob o fundamento da *jurisdiccionalidade da execução*, supostamente assegurada pelo referido art. 117.3 da Constituição Espanhola²⁹³.

Sobreveio, então, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC – Lei 1/2000 de 07 de janeiro daquele ano), que deu nova redação ao art. 129 da *Ley Hipotecaria*. Com nítido propósito de prestigiar o mecanismo extrajudicial, o referido artigo deixou de falar em *proceso ejecutivo extrajudicial* e passou a tratar a figura como *venda extrajudicial do bem hipotecado*, o que, segundo a doutrina, em nada resolveu o problema²⁹⁴.

Chamado a se manifestar, o Tribunal Constitucional Espanhol, por meio da Sentencia 47/2007, de 12 de março, prolatada por ocasião do julgamento do recurso de amparo 72/2003, limitou-se a decidir que a suposta *inconstitucionalidade* da execução extrajudicial hipotecária jamais fora declarada com eficácia *erga omnes*, de modo que os precedentes do Tribunal Supremo em tal sentido tiveram sua eficácia limitada aos casos por ele apreciados, sem inviabilizar o emprego do mecanismo nos demais casos.

A questão da constitucionalidade da execução extrajudicial hipotecária na Espanha, pois, parece remanescer em aberto²⁹⁵.

---

²⁹² F. ADAN DOMÈNECH, *La ejecución hipotecaria*, 2009, p. 57.

²⁹³ Consta do referido acórdão que “la función de ejecución y, por tanto, la atribución del conocimiento del proceso de ejecución son cometidos propios de los Jueces y Tribunales integrantes del “Poder Judicial” directriz que, además, se asienta, como explica la doctrina científica en una arraigada línea histórica española que, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, no contempla la existencia de órganos de la ejecución autónomos”. Tal entendimento foi reiterado em diversos outros julgamentos do TRIBUNAL SUPREMO DA ESPANHA (cf., dentre outras, Sentencia 324/1999 de 20 de abril; 991/2005, de 13 de dezembro; 3556/2009, de 25 de maio de 2009).

²⁹⁴ Observa F. ADAN DOMÈNECH que a solução proposta pelo legislador teria apenas *disfarçado* o problema com uma mera substituição da palavra ‘proceso’ por ‘venda’, sem promover alteração de conteúdo do mecanismo, que não teria ficado a salvo dos motivos invocados pelo Tribunal Supremo para declarar a *inconstitucionalidade* do *proceso ejecutivo extrajudicial* (*La ejecución hipotecaria*, 2009, pp. 58-59).

²⁹⁵ Trata-se do *Real Decreto-ley* 6/2012, de 9 de marzo, que estabeleceu *medidas urgentes de proteção aos devedores hipotecários sem recursos*, consistentes de *carência, redução de juros, aumento do prazo de amortização, dação em pagamento como forma de quitação total da dívida*, dentre outras e, especificamente para a execução hipotecária extrajudicial, tratou de estabelecer percentuais mínimos para a expropriação do bem (art. 12).

Ainda na Europa, Inglaterra²⁹⁶ e Alemanha²⁹⁷ também dispõem, em alguma medida, de mecanismo extrajudicial para alienação do bem imóvel ofertado em garantia.

A doutrina reporta que, recentemente, Eslováquia e Macedônia teriam introduzido em seus ordenamentos a *execução extrajudicial hipotecária*, conduzida por notário, e avalia como positivos os resultados alcançados²⁹⁸.

Na América Latina, identifica-se mecanismo similar à *execução extrajudicial hipotecária*, embora com pouca regulamentação a respeito, no art. 33 do Decreto Legislativo 495 do Peru, que autoriza as partes contratantes a, no mesmo instrumento em que se constituir a hipoteca, nomear um mandatário, necessariamente terceiro, para que

---

²⁹⁶ Na *Law of Property Act 1925*, em sua *Section 101*, autoriza-se o credor hipotecário a proceder à venda do bem imóvel ofertado em garantia para pagar-se (Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/20/section/101>>. Sobre o tema, observa N. L. LAMEGO que “no direito inglês os credores podem, ainda, prever self help remedies nos próprios instrumentos que constituem as garantias, com o intuito de assegurar sua excussão de forma extrajudicial com a alienação privada dos ativos, restringindo, assim, os custosos remedies jurisdicionais às hipóteses de eventual resistência do devedor” (Recuperação de crédito: evitando a excussão judicial de garantias, in *Revista dos Tribunais*, nº 891, 2010, p. 20). Na prática, observa F. WALLACE que, na hipótese de inadimplemento, por primeiro o credor *convida* o devedor para demitir-se da posse do bem, de modo a poder vendê-lo. Se houver resistência, costuma o credor dirigir-se à *county court* competente e requerer-lhe seja concedida ordem para apossar-se do bem, ordem que normalmente é concedida de imediato se o imóvel não for residencial, e que é suspensa se o devedor retomar o pagamento das parcelas vincendas e propor o pagamento parcelado das vencidas usualmente em até doze meses (The credit secured by a mortgage in Europe: securities and enforcement against real estate in England. Disponível em: <http://www.eurojuris.net/assets/the_guarantee_in_english_law.doc>. Acesso em: 14.09.2012).

²⁹⁷ Acerca da execução imobiliária na Alemanha, é bem verdade que o credor de quantia certa, por qualquer título, ainda que originalmente desprovido de garantia, pode acorrer ao cartório de registro de imóveis (*Grundbuchamt*), tido como um dos órgãos da execução, para requerer a *inscrição da hipoteca forçada* (L. ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, v. III, 1955, p. 238). Todavia, tal inscrição apenas produz efeitos privados de constituição de garantia, que assegura o crédito a executar (L. ROSENBERG, *ob. cit.*, pp. 239-240). Tal ato extrajudicial não proporciona por si só a satisfação do crédito. Havendo inadimplemento, pontua G. S. HÖK que, ao contrário do direito inglês, na Alemanha o credor hipotecário não se torna proprietário do bem, não pode se apossar dele e imediatamente promover a venda. Deve, ao contrário, buscar a satisfação consoante as regras dispostas no BGB (especialmente § 1147), na ZPO e também em lei específica (ZVG), que regulam o procedimento de venda forçada do bem (The credit secured by a mortgage in Europe: essentials of German land and mortgage law. Disponível em: <http://www.eurojuris.net/assets/credit_secured_by_a_mortgage_in_europe_-_germany.doc>. Acesso em: 14.09.2012). Por isso, sintetiza R. BOMHARD que, como regra, deve proceder-se em juízo – o que dificilmente atende as expectativas de celeridade e baixo custo-; embora aponte existirem alternativas de *venda privada por iniciativa do devedor* e *venda privada por procuração*, as quais, no entanto, dependem da cooperação do devedor (Realisation of pledged interests in land in the 1990s: strategies and the Law in Germany, in *International legal practitioner*, 19, 1994, pp. 23-24).

²⁹⁸ K. HENDERSON *et al.* *Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America*, 2004, pp. 23-24.

aliene o bem hipotecado pelo valor mínimo de dois terços do montante atribuído ao bem no contrato, reajustado por índice oficial²⁹⁹.

5.2.3 Notas sobre manifestações de execução extrajudicial e mecanismos assemelhados no direito brasileiro

O direito brasileiro contempla, e há não pouco tempo, diversos mecanismos que – ressalvadas as peculiaridades de cada um – se desencadeiam em razão do *inadimplemento de obrigação de pagamento de quantia*, são adaptados às particularidades da relação jurídica material subjacente e têm por escopo a *satisfação* do credor por meio de *atos de invasão da esfera patrimonial do devedor*, independentemente e até mesmo contra a vontade deste último, e *alienação de bem predeterminado*, atos esses realizados *fora* do âmbito do Poder Judiciário.

Mais uma vez sem a pretensão de exauri-los ou de investigá-los a fundo, costumam ser apontados como exemplos de tais mecanismos o *leilão extrajudicial de mercadorias especificadas em “warrant” não pago no vencimento* (art. 23, § 1º do Decreto 1.102/1903)³⁰⁰; a *venda extrajudicial, pelo credor pignoratício, da coisa empenhada* (art. 774, III, do Código Civil de 1916; igualmente autorizada pelo art. 1.433, IV, do Código

---

²⁹⁹ A hipótese é invocada por V. L. DENARDI, *Execuções judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, p. 84. O diploma pode ser visualizado em http://derechoregistrat.informaccion.com/leyes/decreto_legislativo_495.htm.

³⁰⁰ A hipótese é lembrada por J. M. ARRUDA ALVIM, *Alienação fiduciária de bem imóvel: o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica*, in *Revista de Direito Privado*, nº 2, 2000, p. 166. Com efeito, no centenário diploma que regulamenta os *armazéns gerais*, já se previa que “o portador do “warrant” que no dia do vencimento não for pago, e que não achar consignada no armazém geral a importância do seu crédito e juros”, poderia, após promover o protesto cabível, “vender em leilão, por intermédio do corretor ou leiloeiro, que escolher, as mercadorias especificadas no título, independentes de formalidades judiciais” (art. 23, caput e § 1º, do DL 1.102/903); direito que também assistia “ao primeiro endossador que pagar a dívida do “warrant” (art. 23, §2º). Detalhando o procedimento a ser observado, exigia-se do *corretor ou leiloeiro* encarregado da venda que *anunciasse pela imprensa o leilão, com antecedência de quatro dias*, especificasse as mercadorias, indicasse onde poderiam ser examinadas e informasse dia, hora e condições da venda, além de dar notícia ao administrador do armazém geral (art. 23, §3º). O devedor poderia evitar o leilão se, antes da adjudicação a quem mais desse, “pagasse imediatamente a dívida de “warrant”, os impostos fiscais, despesas devidas ao armazém e todos os mais a que a execução deu lugar, inclusive custas do protesto, comissões do corretor ou agentes de leilões e juros de mora” (art. 23, §6º).

Civil de 2002)³⁰¹; o *leilão extrajudicial da quota de terreno e correspondente parte construída na construção de edificação em condomínio sob o regime de administração, também chamado “a preço de custo”* (art. 63 da Lei 4.591/64), mecanismo que foi generalizado para outras modalidades de contratos de construção e venda de habitações com pagamento a prazo (art. 1º, VI e VII, da Lei 4.864/65) e depois estendido para o *patrimônio de afetação* (art. 31-F, § 14, da Lei 4.591/64, incluído pela Lei 10.931/04)³⁰²; a *execução extrajudicial hipotecária*, usualmente empregada no Sistema Financeiro da Habitação (art. 29 e ss. do Decreto-lei 70/66); a *venda da coisa móvel objeto de*

---

³⁰¹ O Código Civil de 1916 admitia que o credor pignoratício excutisse a coisa empenhada por *venda amigável*, “se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração especial” (art. 774, III). Sobre o ponto, observou F. C. PONTES DE MIRANDA que “o direito brasileiro, na esteira do direito comum, permite a venda particular (extrajudicial) do objeto do penhor, se o devedor ou alguém não solve a dívida. É preciso que tal cláusula conste do acordo de constituição do penhor, ou se expresse em procuração com poder especial para a venda particular. Nos casos em que tem de ser registrado, constitutivamente, o acordo de constituição do penhor, tem de ser registrada – por averbação – a procuração especial. Dispensa-se, assim, a ação executiva, sem que seja o caso de se ver no art. 774, III, do Código Civil justiça de mão própria: o legislador preferiu a figura da outorga de poder. Na espécie em que a cláusula está inserta no acordo de constituição, há poder de dispor da coisa alheia; na de procuração com poder especial de venda, há representação do empenhante” (Tratado de Direito Privado, t. XX, 1971, pp. 446-447). Na mesma linha seguiu o Código Civil de 2002 (art. 1.433, IV), que inovou ao admitir o penhor de direitos e títulos de crédito (art. 1.451 e ss.), que, como pondera N. L. LAMEGO, “não dependem de provimento jurisdicional para sua excussão” e representa larga vantagem em relação à simples cessão de crédito, na medida em que “o credor pignoratício ao adquirir direito real sobre o crédito empenhado pode exigí-lo do devedor do crédito empenhado, desde que este tenha sido regularmente notificado do penhor, ou mesmo exigí-lo de quem quer que o detenha, inclusive, do próprio devedor pignoratício que recebê-lo sem sua anuência” (Recuperação de crédito: evitando a excussão judicial de garantias, in *Revista dos Tribunais*, nº 891, 2010, pp. 13-14). Na jurisprudência, está assentado o entendimento de que a *venda extrajudicial da coisa empenhada, havendo cláusula contratual que a autorize, “não é abusiva, desproporcional, excessivamente onerosa, iníqua ou exagerada, nem incompatível com a equidade ou a boa-fé (...)” e tampouco viola direito do consumidor* (v. TRF-4, 3ª Turma, Ap. Civ. 2002.70.03.001157-6/PR, Rel. Juiz Jairo Gilberto Schafer, j. 16.06.2009).

³⁰² Na disciplina da *construção por administração*, também chamada *a preço de custo* (art. 58 e ss. da Lei 4.591/64), admitiu-se a possibilidade de inserir previsão contratual que autorize a *Comissão de Representantes*, na hipótese de falta de pagamento de três prestações do preço da construção, passados dez dias da notificação do devedor para purgar a mora, a alienar em leilão público *a quota de terreno e correspondente parte construída e direitos* originalmente atribuídos ao inadimplente, sub-rogando-se ainda o adquirente no *contrato de construção* firmado pelo primeiro (art. 63, *caput* e § 1º). Acaso o montante apurado em primeira praça resulte inferior ao valor até então desembolsado pelo devedor, nova praça deve ser realizada, aceitando-se o maior lance, ainda que insuficiente para cobrir todo o valor desembolsado (art. 63, § 2º); se o lance superar tal valor, o que sobejar – descontados o montante em atraso e todos os encargos previstos em lei, inclusive multa de 10% em benefício do condomínio – é restituído ao devedor (art. 63 § 4º). Em qualquer dos casos, assegura-se ao condomínio *preferência na aquisição dos bens*, facultando-lhe que os *adjudique* em até vinte e quatro horas após a realização do *leilão final* (art. 63, § 3º). Comentando o referido leilão, entende M. TERRA que o mecanismo se justifica em razão dos *graves prejuízos que o inadimplemento de um condômino causa à massa condominial* (O leilão extrajudicial e as incorporações imobiliárias – aspectos registrários, in *Revista dos Tribunais*, nº 650, 1989, p. 234). Observa, ainda, que, como a *Comissão de Representantes* age investida de “*mandato legal para alienar os direitos do condômino faltoso*” (art. 63, § 5º), o *instrumento da alienação deve ser via de regra, escritura pública*, diferentemente do que ocorre na execução extrajudicial hipotecária, em que o título é a carta de arrematação, consoante prevê o art. 32 do DL 70/66 (ob. cit., p 234).

propriedade fiduciária (art. 2º do Decreto-Lei 911/69)³⁰³; a *venda, em bolsa de valores, das ações do acionista remisso* (art. 107, II, da Lei 6.404/76)³⁰⁴; a *execução extrajudicial na alienação fiduciária de bem imóvel* (arts. 26 e ss. da Lei 9.514/97) e a *venda do bem objeto da propriedade fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais* (art. 66-B, § 3º, da Lei 4.728/65, incluído pela Lei 10.931/04)³⁰⁵; dentre outros em alguma medida a eles análogos³⁰⁶.

Em comum a todos esses mecanismos acima apontados, evidencia-se a preocupação do legislador em assegurar instrumentos *céleres e efetivos* para a satisfação de crédito pecuniário inadimplido, que operam em procedimento *extrajudicial*, no qual se promove a *alienação de bem predeterminado* – o qual, por estar vocacionado a satisfação de referido crédito, desempenha papel de garantia, transmitindo *segurança* ao negócio jurídico celebrado -; evitando-se, com isto, que, ingressando em juízo, tenha o credor de suportar o “*longo tempo até a alienação do bem para a satisfação do crédito*” e padecer

---

³⁰³ Mecanismo largamente empregado no financiamento de coisas móveis, permite ao *proprietário fiduciário ou credor* que, “*no caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária*”, “*vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver*” (art. 2º do DL 911/69).

³⁰⁴ Na lei de regência das Sociedades por Ações, verificada a mora do acionista, faculta-se à companhia “*mandar vender as ações em bolsa de valores, por conta e risco do acionista*” (art. 107, II, da Lei 6.404/76), reputando-se *não escrita, relativamente à companhia, eventual estipulação do estatuto ou boletim de subscrição que exclua ou limite o exercício de tal faculdade* (art. 107, § 1º). Opera-se a venda em “*leilão especial na bolsa de valores do lugar da sede social, ou, se não houver, na mais próxima, depois de publicado aviso, por 3 (três) vezes, com antecedência mínima de 3 (três) dias(...)*” (art. 107, § 2º), leilão que poderá ter lugar ainda que iniciada eventual cobrança judicial (art. 107, § 3º).

³⁰⁵ Referida norma dispõe que “*é admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada*”.

³⁰⁶ Cabe lembrar aqui, dentre tantas outras situações, o *cancelamento administrativo do contrato de venda de lote* (art. 32 e ss. da Lei 6.766/79): na hipótese de não ser paga prestação do preço pactuado para venda de lote em loteamento regido pela Lei 6.766/79, faculta-se ao credor acorrer ao Cartório de Registro de Imóveis em que o contrato estiver averbado e postular a intimação do devedor para que este purgue a mora em até 30 (trinta) dias, sob pena de resolução do contrato (art. 32, *caput* e § 1º, da Lei 6.766/79). Certificado pelo cartório o inadimplemento, poderá o credor requerer ao Cartório de Registro de Imóveis o *cancelamento da averbação*, liberando-se o lote, que, no entanto, só poderá ser negociado com terceiro, no caso de o devedor já ter solvido ao menos um terço do preço, se o credor restituir tal montante ao devedor ou depositá-lo no Cartório de Registro de Imóveis (arts. 32 § 3º e 35 da Lei 6.766/79). Diferentemente das hipóteses anteriormente apontadas, não há aqui clara constituição de garantia e nem de venda do bem em hasta pública.

em razão do “*excessivo número de processos que abarrotam nossos tribunais e a possibilidade do manejo de vários incidentes processuais, recursos, embargos etc*”³⁰⁷.

Dadas as particularidades de cada mecanismo, não se pretende examiná-los todos, individualmente, e discutir se cada um deles poderia amoldar-se ao conceito técnico de *execução forçada* ou se, ao contrário, poderiam ser considerados como executivos apenas em um sentido mais largo³⁰⁸.

Também devem ser mencionadas outras manifestações, no direito brasileiro, de afastamento potencialmente total do juiz, em hipóteses que, tradicionalmente, a ele incumbia o protagonismo. Dentre outras, destacam-se os procedimentos extrajudiciais de *inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual* (Lei 11.441/2007) e de *usucapião especial urbano* (art. 60 da Lei 11.977/2009). Estes e outros casos, embora guardem em comum com o tema aqui investigado a técnica extrajudicial, não tem por escopo a satisfação coercitiva de pretensão pecuniária, não dizem propriamente com a *execução* e, por isso, não serão aprofundados.

Vamos nos dedicar nossa atenção, nos capítulos subseqüentes, à *execução extrajudicial hipotecária* (art. 29 e ss. do Decreto-lei 70/66) e à *execução extrajudicial* pertinente à *alienação fiduciária de bem imóvel* (arts. 26 e ss. da Lei 9.514/97), mais precisamente às características de que compartilham no que concerne ao instrumento de execução extrajudicial, mecanismos de grande relevância social, na medida em que se originam, no mais das vezes, de contratos firmados com o objetivo de financiamento para

---

³⁰⁷ N. L. LAMEGO, Recuperação de crédito: evitando a excussão judicial de garantias, in *Revista dos Tribunais*, nº 891, 2010, p. 11. Em considerações conclusivas sobre o tema, anota referido estudioso ser certo que “a festejada possibilidade de excussão extrajudicial de garantias não exclui uma eventual submissão do procedimento de recuperação de crédito ao crivo da legalidade pelo Judiciário. O princípio constitucional do livre acesso à jurisdição permite que o devedor, que se ache lesado ou ameaçado no seu direito, recorra ao Judiciário. Isso, contudo, não constitui, absolutamente, demérito para a excussão extrajudicial porque, nesse caso, o risco jurisdicional é transferido para o devedor, ou seja, não é o credor quem necessita recorrer ao judiciário para exigir seu crédito, mas sim o devedor é quem terá que recorrer ao Judiciário para obstar a excussão do crédito. Vale ressaltar, ainda, que não basta a simples propositura da ação judicial para obstar o procedimento da excussão extrajudicial, o devedor deverá demonstrar a verossimilhança de suas alegações, bem como a ameaça de ocorrência de dano de difícil reparação, que justifiquem a concessão de uma decisão in limine capaz de obstar, de imediato, o prosseguimento do procedimento extrajudicial promovido pelo credor” (ob. cit., p. 27). Voltaremos ao tema, já sob a perspectiva do financiamento imobiliário, no item 6.1 abaixo.

³⁰⁸ Sobre o conceito de execução, v. item 2.1 acima.

aquisição de imóveis, e largo emprego prático. Estes mecanismos, a propósito, como procuraremos demonstrar, amoldam-se ao conceito de *execução forçada*³⁰⁹.

5.3 Tendência de afastar o juiz da realização dos atos executivos

Aproveita-se o encerramento do presente capítulo para assentar algumas considerações sobre o fenômeno de *minimização da participação do juiz no desempenho dos atos de execução*.

Parece certo afirmar existir verdadeira *tendência*, especialmente nos ordenamentos europeus – sendo Portugal o exemplo mais recente e significativo – *de afastar o juiz da realização dos atos executivos*³¹⁰.

Persegue-se, com isto, precipuamente as vantagens de *desafogar os Tribunais, sobrecarregados, para que se concentrem em sua atividade principal, que é julgar e, também, de proporcionar rapidez e efetividade à execução*; assumindo-se, como contrapartida, o risco de eventual *prejuízo à segurança* em razão de menor intensidade de controle (em especial, controle prévio), pelo juiz, dos atos praticados pelos agentes de execução³¹¹.

Referida tendência, que conduz a atribuição dos atos de execução a outros agentes, distintos do *juiz*, na opinião de K. HENDERSON *et al.*, é salutar. Na observação de tais autores, a comparação entre os modelos europeus (desjudicializados) e os verificados na América Latina (altamente judicializados) revelaria a maior eficiência dos primeiros³¹².

Ainda que seja *privado* o agente de execução incumbido de promover os atos de execução - assim como poderia ocorrer com outros atos do processo – o fenômeno, a nosso

---

³⁰⁹ V. item 7.4 abaixo.

³¹⁰ Neste sentido, é categorical a posição de F.P. RIBEIRO, que assevera que “*não pode ser outra a conclusão deste estudo dos vários sistemas executivos europeus: a desjudicialização da execução é uma tendência na Europa*” (*Desjudicialização da execução civil*, Tese (Doutorado), 2012, p. 109).

³¹¹ R. WALTR, *Les agents d'exécution*, in *L' exécution des décisions de justice en matière civile*, 1998, p. 120.

³¹² *Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America*, 2004, p. 24. Isto não significa, por certo, que os países latino-americanos devam simplesmente seguir o modelo europeu: com razão pondera o autor que *tão expressiva alteração necessita de prévio, cuidadoso e sério debate, com a participação da comunidade jurídica e empresarial* (ob. e loc. cit.).

ver, longe está de implicar a *privatização* do processo. Pelo contrário, o que parece haver é a *publicização* dos atos dos particulares autorizados a praticá-los³¹³, até porque, como já se viu, tal autorização é concedida e regulamentada pelo próprio Estado.

A questão da eventual *privatização*, contudo, longe está de ser a mais relevante para o que aqui se examina, pois, como bem ensina G. TARZIA, “*a contraposição entre público e privado na execução constitui um falso problema*”³¹⁴, pois o que realmente importa é que o *agente de execução* desempenhe seus atos de maneira idônea em um processo equilibrado, que proporcione a satisfação do credor sem demasiado sacrifício do devedor.

5.3.1 Atribuição de competência executiva aos Tribunais Arbitrais?

Conclui-se esta etapa da tese recordando a provocação, lançada por P. COSTA E SILVA, que revolve muito quanto acima se assentou: *seria possível, na atualidade, admitir-se que Tribunais Arbitrais ostentassem competência executiva*³¹⁵?

A questão, que por si só mereceria alentado estudo à parte, sugere um modelo extremo de afastamento do juiz, não apenas no *dizer o direito*, mas também no *atuá-lo em concreto*.

Relata a professora da Universidade de Lisboa que a doutrina mais afeita ao estudo da execução propugna pela resposta negativa, objetando que a *execução implica exercício*

---

³¹³ Embora não tratando dos atos de execução, bem observou J. C. BARBOSA MOREIRA que “*particulares são com frequência autorizados ou chamados a colaborar na atividade judicial tendente à decisão das lides, quer provocando-a, pela iniciativa de instaurar processos (...), quer participando diretamente dela, pela emissão de pronunciamento sobre o desfecho que há de dar ao pleito (...). Pois bem: a meu ver, longe de ser o processo que assim se privatiza, ao contrário, os particulares é que vêem a sua atividade revestida de caráter público. Dá-se, a bem dizer, publicização, e não privatização*” (Privatização do processo?, *Temas de direito processual*, 2001, p.9).

³¹⁴ Problemas atuais da execução forçada, in *RePro*, nº. 90, 1998, p. 79. A lição, aqui tomada de empréstimo, vem no contexto da defesa da *menor intervenção do juiz na execução para a alienação do bem sobre o qual recai a responsabilidade executiva* – v. nota 228 acima – concluindo o processualista italiano que “*a exigência, aqui, é somente a de assegurar a utilidade da venda e a seriedade de quem a executa*”.

³¹⁵ *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, 2009, p. 93.

de poderes de autoridade e pressupõe ingerência em bens fundamentais do executado, o que só poderia ser realizado pelo Estado-juiz; ao passo que arbitralistas propõem resposta positiva, escorados na coercibilidade de decisões arbitrais, inclusive para decretar medidas urgentes.

Para o desate do nó górdio imposto pela questão, importa de ver, não bastaria invocar a superação do *monopólio estatal da jurisdição*, nem tampouco tomar posição acerca da *natureza jurisdicional ou administrativa* da execução. O âmago da provocação, isto sim, toca no *monopólio estatal da força*, que legitima o exercício dos *atos de autoridade de execução*. Poderiam tais *atos de autoridade* ser atribuídos a particulares? Ou, na expressão de P. COSTA E SILVA, “*podem ser praticados por um sujeito de direito privado acta ius imperii, essenciais à satisfação do interesse do credor exequente?*”³¹⁶.

Em Portugal, a resposta há de contar com um dado objetivo: por ocasião das reformas no processo de execução, já examinadas, atribuiu-se a *agente de execução* particular a prática de atos executivos, inclusive os de “*discriminar os bens a penhorar no patrimônio do executado, realizar essa penhora e proceder à respectiva venda*”, o que implica “*necessariamente o exercício de poderes de autoridade*”, sem prejuízo de controle pelo Estado³¹⁷.

Fato é que o Direito Português, em norma introduzida pelo mesmo Decreto-lei 226/2008 – o mesmo diploma legal que aprofundou a reforma da execução judicial –, contemplou expressamente a possibilidade de, em *arbitragens institucionalizadas*, os respectivos centros realizarem “*as diligências de execução previstas na lei*” (art. 11); devendo colaborar um juiz togado para autorizar-se a *entrada forçada no domicílio do executado* (art. 16).

Ao menos o legislador ordinário luso, portanto, respondeu *positivamente* à provocação e atribuiu *competência executiva* aos Tribunais Arbitrais, sem sujeitar seu desempenho aos Tribunais Estatais: a estes ficaria reservado o controle prévio e abstrato, realizado por meio da disciplina legal de tal atividade, assim como pela fiscalização

---

³¹⁶ A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, 2009, p. 96.

³¹⁷ A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, 2009, p. 97.

concreta de sua atuação, a cargo de uma *comissão* presidida por um *juiz conselheiro*, nos termos do art. 17 do referido Decreto-lei 226/2008.

O arrojado modelo, como comenta P. COSTA E SILVA³¹⁸, é aberto:

tanto se pode desenhar uma competência jurisdicional e de controlo dos árbitros, sendo as diligências realizadas, à semelhança do que ocorre nas execuções que pendam perante tribunais judiciais, por um agente de execução, como se pode conceber um árbitro com poderes concentrados.

Embora entenda que a *função executiva* não estaria reservada, portanto, aos tribunais judiciais, P. COSTA E SILVA não chega a responder categoricamente se tal função estaria reservada ao Estado - ainda que indiretamente, de modo que este possa eventualmente delegar seu exercício -, insinuando resposta positiva, na medida em que afirma ter “*reservas à ausência de reserva se dela acabar por decorrer uma desresponsabilização do Estado pelo exercício de uma função que ainda é sua: garantir a satisfação efectiva dos direitos que sejam reconhecidos por decisão judicial*”³¹⁹.

Nos limites deste trabalho, não cabe maior aprofundamento na investigação do ponto, abordar sua adequação à Constituição Portuguesa e, muito menos, aferir sua aplicabilidade ao direito brasileiro.

As reflexões a seu respeito, no entanto, revelam-se úteis, como fechamento dos capítulos de abordagem panorâmica, na medida em que descortinam *até que ponto se pode avançar na relação entre Estado, Jurisdição e Execução*; e *quão longe está, deste ponto, a concepção, tão presente em plagas nacionais, de que os atos de execução devem ser conduzidos exclusivamente pelo juiz*.

---

³¹⁸ A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, 2009, p. 99.

³¹⁹ A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, 2009, p. 104.

6 Garantias e instrumentos para satisfação do crédito imobiliário inadimplido

6.1 Considerações sobre crédito imobiliário, segurança e reflexos econômicos.

Antes de passar ao exame mais detido do modelo de execução extrajudicial para a satisfação coercitiva do crédito pecuniário dotado de garantia imobiliária, cumpre anotar aspectos básicos acerca dos sistemas de financiamento imobiliário, tecer breves considerações sobre as garantias imobiliárias de que são dotados e descrever as linhas gerais de cada um dos mecanismos neles previstos para a recuperação dos créditos inadimplidos.

Tal abordagem se justifica em razão do triplo propósito de contextualizar o instrumento de execução extrajudicial no âmbito das peculiares relações jurídico-sociais em cuja crise deve atuar, de traçar o panorama jurídico-material que as disciplina e, ainda, de descrever, individualmente, os elementos que em conjunto permitirão a identificação do modelo de execução extrajudicial.

Ressalva-se desde logo que, muito embora esses palpitantes temas pudessem reclamar investigações mais profundas em razão da complexidade que os caracteriza, a atenção que aqui a eles será dedicada ficará circunscrita ao quanto for essencial aos limitados propósitos deste trabalho.

Despiciendo justificar a relevância da concessão de crédito, intimamente relacionada à produção e ao consumo de bens e serviços, para o desenvolvimento econômico em geral³²⁰. Sua importância, à toda evidência, reclama especial atenção do

---

³²⁰ Como bem destaca A. RIZZARDO, “basicamente, grande parte das atividades produtivas depende de crédito. O progresso e a expansão do comércio e da indústria são movidas pelos empréstimos, que munem os mais variados setores da economia de meios para alcançar os objetivos a que se destinam. Possibilita o crédito a própria existência das indústrias e do comércio. (...). É o crédito que move a engrenagem para alcançar tais objetivos, o qual tem no banco o seu principal elemento técnico propulsor” (Contratos de crédito bancário, 2011, p.17).

Estado, que cuida de regular e fiscalizar de maneira intensa as atividades – notadamente a atividade bancária – a ela relacionadas.

Ao presente estudo, interessa em especial o *crédito imobiliário*, assim compreendido, em suas linhas mais gerais, como aquele concedido por instituições financeiras para ser empregado pelo mutuário na aquisição da propriedade de bem imóvel.

O *crédito imobiliário* desempenha relevantíssimo papel em uma sociedade. Dentre tantas outras de suas atribuições, de um lado permite a compra de residências, a instalação de escritórios e fábricas, etc. e, de outro lado, faz girar as engrenagens do setor da construção civil, de destacada importância para a geração de emprego e renda. É importante instrumento, como se vê, para movimentar a economia como um todo³²¹.

A concessão de *crédito imobiliário*, até pelas altas cifras que movimenta, costuma refletir-se em contratos de financiamento de longo prazo, que, por isso, são especialmente sensíveis aos elementos de atualização do saldo devedor e à taxa de juros estabelecida para remunerar o capital mutuado.

É de fundamental importância, para a viabilidade do financiamento, que seu custo – notadamente a taxa de juros – seja a menor possível, sob pena de resultar muito expressivo o reflexo proporcionado no valor final devido pelo mutuário³²².

Dúvida não há de que a percepção do agente financeiro quanto aos riscos de inadimplemento do valor emprestado ao mutuário influencia decisivamente no *volume de recursos* disponibilizado e na *taxa de juros* cobrada para tanto³²³.

---

³²¹ Não por outra razão o Governo Federal, temeroso dos reflexos negativos que a crise financeira mundial poderia trazer para a economia brasileira, determinou, como uma das *medidas de natureza anticíclica no curto prazo*, o *incentivo ao crédito imobiliário*. Um dos mecanismos para tanto é o Programa *Minha Casa, Minha Vida*, assim constando do item 3 da Exposição de Motivos da Medida Provisória 459/2009 (convertida na Lei 11.977, de 7 de julho de 2009) “*As atuais restrições de crédito, ainda que por um período curto, podem gerar problemas no setor produtivo com consequências danosas para a economia nacional, sendo oportuna, portanto, a criação de mecanismo que reduza o risco de crédito associado às operações de financiamento habitacional, incentive o retorno dos empréstimos e viabilize a continuidade dos investimentos, principalmente no setor da construção civil, grande gerador emprego e renda às camadas de menor poder aquisitivo*”.

³²² Nesse sentido, E. L. LUNDBERG - B. S. MARTINS - T. TAKEDA. *Crédito Habitacional no Brasil: aperfeiçoamentos institucionais e avaliação da evolução recente, Relatório de Economia Bancária e de Crédito*, 2008, p.79.

Quanto menor o risco, tende a ser maior o volume de recursos no sistema e menor a taxa de juros cobrada do mutuário, barateando-se, por assim dizer, o financiamento. No que concerne ao crédito imobiliário, o reflexo é torná-lo acessível a um número cada vez maior de interessados, fomentando o mercado da construção civil, aumentando a quantidade de imóveis disponíveis³²⁴ e proporcionando desenvolvimento econômico.

Ao revés, quanto maiores as dificuldades para que o valor emprestado retorne ao credor, tende a ser menor o volume emprestado e maior a taxa de juros, o que encarece o financiamento e, em se tratando de crédito imobiliário, inverte o reflexo acima apontado.

Para mitigar os riscos de inadimplemento e proporcionar as conseqüências positivas de um crédito imobiliário barato e acessível, não é suficiente que se concebam apenas *garantias* – no que interessa ao presente trabalho, *garantias reais imobiliárias*, representadas pela *hipoteca* e pela *alienação fiduciária de imóvel*, adiante comentadas –. Estas podem proporcionar *segurança*, na medida em que predeterminam o bem sobre o qual recairá a responsabilidade executiva.

Mas *segurança* só não é suficiente: é preciso que, caso o devedor não efetue o pagamento, existam mecanismos que propiciem, de maneira *célere*, porém *equilibrada*, a satisfação concreta do direito do credor³²⁵.

---

³²³ BANCO CENTRAL DO BRASIL, *Juros e spread bancário no Brasil*, 1999, pp. 7-14. Destacam-se as conclusões de que “a inadimplência é o custo que mais onera o spread bancário – a diferença entre a taxa de juros com que o banco capta seus recursos e aquela paga pelo tomador do crédito” (ob. cit., p. 7), de que “o risco de crédito tem sido um fator determinante do elevado custo das operações de empréstimo, o que também explica a dificuldade ou mesmo a não concessão de empréstimos pelos bancos” (ob. cit., p. 8) e de que a dificuldade e a demora no recebimento dos montantes inadimplidos faz com que os bons devedores paguem “pelos maus na forma de spreads mais elevados e escassez de crédito” (ob. cit., p. 14).

³²⁴ Como observa J.M. ARRUDA ALVIM, “um sistema financeiro necessita segurança, com vistas a que o volume de numerário que exista no sistema aumente e, por isso mesmo, aumente a produção de imóveis decorrente da aplicação desse sistema, que, no curso do seu desenvolvimento, resultará, inclusive - como ocorreu em diversos países - em sensível barateamento do custo das habitações, correlato aumento de moradias e manifesto ganho social” (Alienação fiduciária de bem imóvel: o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características, in *Revista de Direito Privado*, nº 2, 2000, p. 151).

³²⁵ Constata L. BRANDELLI que “a falta de um enforcement adequado, apesar da existência de regras claras e satisfatórias, esvaziará o mercado de financiamento ou fará aumentar os preços” (Análise econômica do contrato de financiamento imobiliário, in *Revista de direito imobiliário*, nº 71, 2011, p. 22). Por seu turno, V. L. DENARDI reconhece não bastar “para que o ciclo econômico seja assegurado, a criação de garantias mais robustas”, sendo “necessário que se dê instrumentos ao credor para que possa dispor da garantia para a rápida recuperação do crédito na hipótese de inadimplemento”, mas obtempera, com razão, que “não se pode ser afoito a ponto de desconhecer a necessidade de proteger-se o mutuário” (Execuções judicial e

Tendo em mira principalmente (mas não exclusivamente) os financiamentos imobiliários, o legislador brasileiro concebeu instrumento extrajudicial para a satisfação coercitiva do crédito dotado das garantias supra-referidas³²⁶.

O propósito, bem compreendido por C. A. CARMONA, foi o de buscar *forma processual ágil e eficaz para dirimir as crises de inadimplemento que constantemente surgem nos contratos de incorporação ou nos financiamentos de imóveis*, forma processual esta que fosse *adequada a esse determinado tipo de conflito* e que dispensasse a espera pela tutela do Poder Judiciário; proporcionando *agilidade* e, como reflexos esperados no cenário econômico, a *redução de custos e o estímulo a novos empreendimentos e respectivas operações de financiamento*³²⁷.

Para que os objetivos pretendidos não se percam e proporcionem os reflexos positivos desejados, por óbvio que não basta que o legislador crie as regras, seja no que tange às *garantias* seja quanto aos *instrumentos para satisfação* do crédito inadimplido. É preciso aos operadores do direito conhecê-los, respeitá-los e aplicá-los a contento³²⁸.

---

extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966, 2010, p. 35). Concordamos integralmente com as premissas colocadas pelo último autor - daí nossa ponderação quanto à necessidade de *equilíbrio* do mecanismo de satisfação coercitiva do crédito inadimplido -, mas desde logo adiantamos discordar de suas conclusões, pois entendemos existir *equilíbrio* no modelo de execução extrajudicial em exame - v. especialmente item 9 abaixo.

³²⁶ Tratando da Lei 9.514/97, observou M. J. BEZERRA FILHO que “o que a lei objetivou ao fixar determinado tipo de execução extrajudicial foi, ao lado da sólida garantia que a propriedade fiduciária propicia, tentar afastar os entraves que a demora da prestação jurisdicional impõe ao direito do credor” (Da *fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição*, Tese (Doutorado) 2006, p. 139). Entende o autor, ainda, que, a par da garantia do crédito, “a lei indica também uma forma de garantia contra a própria jurisdição pretendendo colocar os negócios imobiliários a salvo de pendências judiciais”, o que, com a devida vênia, não nos parece exato: a lei indica, isto sim, um instrumento de satisfação de crédito que pode proporcionar a tutela do credor sem necessidade de concurso do Poder Judiciário, o que, como se verá, não significa afastamento da Jurisdição ou impossibilidade de submeter-se ao juiz os eventuais conflitos que possam surgir.

³²⁷ Apresentação do livro de E. H. YOSHIKAWA, *Execução extrajudicial e devido processo legal*, 2010, p.xi.. A propósito, destaca J. M. ARRUDA ALVIM ser mesmo *imprescindível*, em sistemas de financiamento imobiliário, que “os meios postos à disposição do credor sejam céleres, tendo funcionado esse sistema no SFH, através do Dec.-lei 70/66 e no SFI mercê da alienação fiduciária de bens imóveis. Sem a possibilidade de execução célere e, o quanto possível pronta, os sistemas param e, por isso mesmo, deixam de atender à finalidade social, que os informa” (Alienação fiduciária de bem imóvel: o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características, in *Revista de Direito Privado*, nº 2, 2000, p. 164).

³²⁸ O eventual afastamento de tais regras quando do julgamentos de demandas pelo Poder Judiciário - afastamento quicá motivado por critérios mais ideológicos do que propriamente jurídicos -, importa observar, macula não apenas o resultado daquelas demandas. Desbordando dos limites das causas levadas a juízo, o desrespeito às regras *compromete a segurança jurídica*, traz *incerteza aos agentes econômicos*, *estimula comportamentos oportunistas* de mutuários e, como *reflexos nefastos na economia*, *desestimula e encarece o*

6.2 Apontamentos sobre os sistemas de financiamento imobiliário

Ensina A. WALD³²⁹ que os sistemas de *financiamento imobiliário* podem ser divididos, consoante sua evolução, em três grupos, característicos das seguintes fases:

a) o período paternalista ou patriarcal, que vai até 1963/1964; b) o período de intervenção estatal, que se inicia, com a criação do BNH, em 1964 e que continuou praticamente até 1997, embora, já há longo tempo, estivesse sem os recursos necessários; c) a desregulamentação, com o sistema de securitização, a partir da Lei 9.514/97.

Importa destacar que segundo e terceiro grupos acima aludidos, marcados, respectivamente, pelo que se convencionou denominar de *Sistema Financeiro da Habitação – SFH*, instituído pela Lei 4.380/64, que teve na *hipoteca*, ao menos até o ano de 1997³³⁰, a tradicional forma de garantia de créditos (Decreto-lei 70/66 e Lei 5.741/71); e *Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI*, disciplinado pela Lei 9.514/97 e que adota como principal garantia dos créditos a *alienação fiduciária de imóvel*, não se sucedem no sentido que de que o primeiro teria sido extinto para dar lugar ao segundo: a verdade é que coexistem, cada qual com suas características e objetivos, distintos entre si³³¹.

Vale apontar, ainda, mais recentemente, a promulgação do *Programa Minha Casa, Minha Vida*, disciplinado especialmente pela Lei 11.977/2009 (decorrente da Medida Provisória 459/2009), posteriormente modificada pela Lei 12.424 de 15 de junho de 2011 (decorrente da Medida Provisória 514/2010). Trata-se de amplo programa do Governo Federal que tem, dentre seus objetivos, fomentar a construção de moradias populares³³².

---

crédito por meio da elevação dos juros cobrados para fazer frente ao risco decorrente da insegurança. Nesse sentido, L. BRANDELLI Análise econômica do contrato de financiamento imobiliário, in *Revista de direito imobiliário*, nº 71, 2011, p. 20.

³²⁹ Alguns aspectos do regime jurídico do sistema financeiro imobiliário (Lei 9.514/97), in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 4, 1999, p. 13.

³³⁰ Quando se passou a autorizar que o SFH também adotasse a *alienação fiduciária de imóvel em garantia* – v. nota 416 abaixo.

³³¹ “Paralelamente à legislação que trata do Sistema Financeiro da Habitação, e praticamente sem nenhum ponto de contato, surgiu um novo campo para a concessão do crédito, que é aquele para aquisição de imóveis de qualquer natureza”, a saber, o Sistema Financeiro Imobiliário (A. RIZZARDO, *Contratos de crédito bancário*, 2011, p. 219). Sobre a diferença de escopos entre os sistemas, v. nota 424 abaixo.

³³² Dispõe o art. 1º da Lei 11.977/09 (redação dada pela Lei 12.424/11) que “O Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV tem por finalidade criar mecanismos por meio de mecanismos de incentivo à

Para alcançá-los, prevê, dentre outros incentivos, a concessão de subsídios aos seus beneficiários, possibilidade de emprego de recursos do FGTS, controle governamental sobre o financiamento e remuneração das instituições financeiras, criação do Fundo Garantidor da Habitação Popular (FGHab) para contribuir em casos de dificuldades³³³. Tal programa, no entanto, não traz contribuições específicas para o estudo das *execuções extrajudiciais*, razão pela qual não será investigado.

Ao SFH e SFI - especialmente às garantias que adotam para assegurar o crédito e aos instrumentos de que dispõem para satisfação coercitiva em caso de inadimplemento - dedicaremos atenção mais detida.

6.3 Sistema Financeiro da Habitação (SFH)

Podem ser apontadas, dentre outras das características mais elementares do *Sistema Financeiro da Habitação – SFH*, a captação de recursos essencialmente das cadernetas de poupança e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, o propósito de financiar *habitações de interesse social e aquisição da casa própria* e o alto grau de intervenção do Estado³³⁴ na definição dos valores pagos pelos mutuários, a destacar sua expressiva faceta *social*.

Tal sistema teve seu apogeu no final da década de 70, quando teria chegado a financiar *quatrocentas mil unidades residenciais por ano*³³⁵, mas entrou em declínio na

---

produção e à aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais) (...).

³³³ Notadamente, o FGHab tem por finalidades “garantir o pagamento aos agentes financeiros de prestação mensal de financiamento habitacional, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, devida por mutuário final, em caso de desemprego e redução temporária da capacidade de pagamento, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais)” e “assumir o saldo devedor do financiamento imobiliário, em caso de morte e invalidez permanente, e as despesas de recuperação relativas a danos físicos ao imóvel para mutuários com renda familiar mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais)” (art. 20, incisos I e II, da Lei 11.977/09; redação dada pela Lei 12.424/11).

³³⁴ Já os dois primeiros artigos da Lei 4.380/64 deixavam-no claro, ao prever que caberia ao *Governo Federal* formular a política nacional de habitação, coordenar a ação dos órgãos públicos e orientar a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria (art. 1º) e que o *Governo Federal* interviria no setor habitacional por meio do *Banco Nacional da Habitação – BNH* e das *Caixas Econômicas Federais*, dentre outros órgãos (art. 2º).

³³⁵ M. H. SIMONSEN, Como poderá ser o mercado de hipotecas no Brasil, in *SFI: um novo modelo habitacional*, 1995, p. 223.

década de 80, vitimado pela escalada da inflação, por políticas econômicas de subsídios para tentar reduzir a majoração das prestações devidas pelos mutuários³³⁶ e por planos econômicos³³⁷ que impuseram congelamento de valores e interferiram nos critérios de reajuste das parcelas e do saldo devedor, para além de outros fatores³³⁸ que levaram ao desequilíbrio e inaptidão do sistema para fomentar, por si mesmo, o mercado imobiliário.

6.4 Garantia hipotecária

A despeito da forte ingerência estatal, do declarado escopo social e da política de subsídios governamentais, pretendia-se, no âmbito do SFH, que os recursos mutuados fossem, efetivamente, solvidos³³⁹.

---

³³⁶ Notadamente aquelas que atrelaram o reajuste das parcelas devidas pelos mutuários à sua evolução salarial, ao passo que o saldo devedor continuava corrigido por índices inflacionários, normalmente relacionados à Caderneta de Poupança. O Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, criado pela Resolução nº 25, de 16.6.67, do Conselho de Administração do extinto BNH, por força de sucessivos decretos (Decreto-lei 2.065, de 26.10.83; Decreto-lei 2.164, de 19.9.84; Decreto-lei 2.291, de 21.11.86; Decreto-lei nº 2.406, de 5.1.88 e Decreto-lei nº 2.476, de 18.09.88), passou a ter de suportar o custeio dos referidos subsídios sem ser dotado de recursos suficientes para tanto. Para tentar resolver o expressivo passivo acumulado, a Lei nº 10.150/2000 permitiu a novação e a securitização da dívida, a ser paga em trinta anos contados de 01.01.97 (fonte: MINISTÉRIO DA FAZENDA, Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS. Disponível em: <http://www.stn.fazenda.gov.br/divida_publica/downloads/FCVS_historico.pdf>. Acesso em: 10/02/2012).

³³⁷ Os Planos Cruzado (1986), Bresser (1987), Verão (1989), Collor 1 (1990) e Collor 2 (1991)

³³⁸ Para a Associação Brasileira de Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP, o rol dos problemas que vitimaram o SFH é composto por (a) custo de captação dos recursos; (b) restrições da Lei 4.380/64, que impuseram a destinação prioritária dos recursos ao financiamento de habitações; (c) comprometimento do retorno, pela atribuição, ao FCVS, de responsabilidades originalmente pertencentes aos mutuários; (d) interferências externas nos critérios de reajuste das prestações; (e) subsídios criados com propósito de “transferência de renda” (justiça social) tornaram o sistema deficitário, impossibilitando o acesso ao crédito por novos mutuários; (f) destruição das bases atuariais do FCVS; (g) insegurança jurídica representada por decisões judiciais que desequilibravam as premissas financeiras do sistema e (h) descompasso entre captação e aplicação de recursos (*SFI: um novo modelo habitacional*, 1995, pp. 15-16). Na síntese proposta por A. WALD, “a excessiva interferência regulamentar no setor, com redução dos índices de reajustes de financiamentos já contratados, alterou a equação que mantinha o equilíbrio do sistema. Além disso, foram aplicados volumosos recursos do SFH em financiamentos às habitações populares, sem retorno adequado do investimento. Esses fatores, somados à ampla inadimplência e numerosos litígios no setor, provocaram o esgotamento dos recursos do sistema de habitação” (Alguns aspectos do regime jurídico do sistema financeiro imobiliário (Lei 9.514/97), in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 4, 1999, p. 15).

³³⁹ “O Sistema Financeiro da Habitação foi concebido dentro do princípio de que os recursos, embora subsidiados, deveriam retornar à fonte doadora de recursos” (C. E. FLEURY, Crédito imobiliário no Brasil e execuções hipotecárias, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº 56, 2004, p. 169). O sabor de obviedade da afirmação contrasta, no entanto, com o elevado índice de inadimplemento verificado no âmbito do SFH.

Para tanto, buscou-se na *hipoteca*, tradicional direito real sobre coisa alheia presente nos mais diversos ordenamentos jurídicos, e presumivelmente *seguro* também no direito brasileiro, a garantia dos créditos³⁴⁰.

Hipoteca, na conhecida definição de L. R. PEREIRA, é “o *Direito real, constituído em favor do credor sobre imóvel do devedor ou de terceiro, tendo por fim sujeitá-la exclusivamente ao pagamento da dívida, sem todavia tirá-la da posse do dono*”³⁴¹.

Trata-se de instituto nem sempre visto com simpatia pela doutrina³⁴², que, no entanto, reconhece sua enorme importância para favorecer a concessão de *crédito* – especialmente de financiamentos de longo prazo³⁴³ - e estimular a produção de riquezas³⁴⁴.

Sob a ótica processual, a hipoteca direciona o bem sobre o qual recai à futura penhora e, portanto, diz com a *responsabilidade executiva*³⁴⁵.

---

³⁴⁰ A hipoteca, por certo, não é exclusividade do SFH. De outro lado, como se verá adiante, tal garantia não proporcionou a segurança desejada, razão pela qual, a partir de 1997, autorizou-se que mesmo os financiamentos concedidos no âmbito do SFH passassem a contar com a garantia de *alienação fiduciária de imóvel* – v. nota 416 abaixo.

³⁴¹ *Direito das coisas*, 1956, p. 420. O atual Código Civil aponta, nos incisos do art. 1473, os bens que podem ser objeto de hipoteca.

³⁴² A. FRAGA reputava a hipoteca “o fruto maldito da imperfeição humana, que tira do avarento a sua feição sombria e feroz, dos pobres os seus últimos bens e da sociedade o espírito de justiça” (*Direitos reais de garantia: penhor, antichrese e hypotheca*, 1933, p. 406). W. B. MONTEIRO alude ao referido entendimento e complementa que “comungando desse mesmo sentimento de viva hostilidade, afirma José de Alencar que a hipoteca representa uma limitação ao direito de liberdade, um sacrifício da liberdade humana, criada pelo desnorteamento da lei civil. Outro escritor, Jardiel Poncela, proclama também que a hipoteca constitui um dos meios mais eficazes de apropriar-se do alheio” (*Curso de direito civil*, v. 3: *direito das coisas*, 2003, p. 406).

³⁴³ Na expressão de A. WALD, “a hipoteca tem importante função na vida econômica nacional especialmente em relação aos financiamentos a longo prazo, para os quais são insuficientes as garantias fidejussórias e dificilmente satisfatórias, pelo seu caráter perecível, as garantias dadas em móveis através do penhor. A imutabilidade e a valorização dos imóveis explicam o desenvolvimento do instituto no direito contemporâneo” (*Direito das coisas*, 1995, p. 239).

³⁴⁴ Reconhece W. B. MONTEIRO que a hipoteca tem seus inconvenientes “mas nem por isso se justifica sua condenação. Trata-se de instituto sumamente útil, porque favorece o crédito, estimula seu desenvolvimento, propicia a realização de negócios e movimenta as riquezas ligadas ao solo. É, assim, inegavelmente, instituto de interesse coletivo. Suprimi-la, a pretexto de que, em alguns casos, converte-se num mal, ou num instrumento de opressão do fraco pelo forte, será fugir à realidade, privando a sociedade de inexaurível manancial de crédito, fonte de inúmeras riquezas e chave de tantas transações” (*Curso de direito civil*, v. 3: *direito das coisas*, 2003, pp. 406-407). Pensamos que o mesmo raciocínio se aplica à rápida satisfação do crédito por ela garantido, notadamente por meio da execução extrajudicial.

³⁴⁵ Sobre o conceito de *responsabilidade executiva*, v. nota 42 acima. Na conhecida lição de F. CARNELUTTI, o vínculo proporcionado pela hipoteca é o de *sujeitar o bem à execução* se o devedor inadimplir sua obrigação de pagar (*Lezioni di diritto processuale civile*, 1929, p. 86). Observa C. R. DINAMARCO que a hipoteca terá utilidade para o credor no processo, pois *cria ou fixa uma responsabilidade patrimonial que terá valia na execução, por assegurar a efetividade e eficácia da penhora a se realizar* (*Execução civil*, 1994, p. 223).

Dentre suas características básicas apontadas pela doutrina, destacam-se o fato de a *propriedade do bem hipotecado pertencer ao devedor* (ou a terceiro garantidor) – daí tratar-se de *direito real sobre coisa alheia - que permanece em sua posse*; sua *acessoriedade*, pois, direito de garantia que é, não tem existência autônoma e segue a obrigação principal que assegura, extinguindo-se quando esta se extinguir; sua *indivisibilidade*, na medida em que recai sobre a totalidade dos bens gravados ainda que estes sejam divisíveis e persiste plena enquanto não solvida integralmente a obrigação garantida; sua *especialização*, porque incide tão somente sobre os bens específicos, individualizados e determinados; e sua *publicidade*, posto que haverá de ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis, tornando-se assim oponível *erga omnes*.

Destaca-se em particular que a hipoteca, direito real que é, vincula a coisa ao cumprimento da obrigação³⁴⁶ e proporciona *direito de seqüela*, que permite ao credor hipotecário perseguir a coisa dada em garantia nas mãos de quem se encontre, de modo a assegurar que eventual alienação do bem hipotecado não comprometa a garantia; e ainda lhe atribui *preferência* em concurso com outros credores, cuidando a lei de estabelecer mecanismos para preservá-la inclusive na hipótese de expropriação judicial³⁴⁷

6.5 Execução extrajudicial hipotecária (art. 29 e ss. do Decreto-lei 70/66)

Como já se afirmou, à salubridade do sistema de financiamento não basta a segurança representada pela solidez da garantia, sendo necessário que o instrumento para satisfação coercitiva do crédito, na hipótese de inadimplemento, seja eficiente.

---

³⁴⁶ Nos termos do artigo 755 do Código Civil de 1916, vigente à época da instituição do SFH, “nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”.

³⁴⁷ Já era o que se previa na legislação vigente à época da instituição do SFH (dentre outros, art. 394, 397 e 971 do Código de Processo Civil de 1939). Consoante o atual Código de Processo Civil, deve o credor hipotecário ser devidamente intimado da penhora que recair sobre o imóvel dado em hipoteca (art. 615, I, CPC), prevendo-se que *não se efetuará* adjudicação ou alienação do bem penhorado se o credor hipotecário que não for parte na execução não tiver sido dela cientificado com pelo menos dez dias de antecedência (art. 698, CPC) e reputando-se ineficaz ao credor hipotecário a alienação do bem hipotecado na ausência de intimação (art. 619, CPC). Esta última solução é contemplada ainda pelo art. 1501 do Código Civil de 2002, ao dispor que “*não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução*”.

Imbuído desta preocupação, sabedor da relevância de assegurar o fluxo de retorno dos valores mutuados, com o objetivo de sanar adequadamente as crises de adimplemento que viessem a surgir no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - como, de fato, surgiram, e em elevado percentual -, o legislador, por meio do Decreto-lei 70/66, para além de criar a *cédula hipotecária*³⁴⁸, facultou ao credor que não quisesse optar pela execução judicial então regida pelo Código de Processo Civil de 1939 um mecanismo *extrajudicial* para excutir o imóvel hipotecado e assim obter os recursos para satisfazer-se do montante inadimplido.

Com efeito, a partir de seu artigo 29, o Decreto-lei 70/66 disciplinou o mecanismo da *execução extrajudicial hipotecária*, na qual incumbe ao *agente fiduciário*, ente que não integra o Poder Judiciário, o desempenho dos atos do procedimento que culminará na alienação do imóvel objeto da hipoteca e subsequente pagamento ao credor.

6.5.1 Agente de execução

Depreende-se do diploma legal que está habilitado a desempenhar o papel de agente de execução, neste particular designado como *agente fiduciário*, a instituição financeira credenciada para tanto perante a autoridade monetária³⁴⁹. Será o *agente fiduciário*, via de regra *escolhido de comum acordo entre o credor e o devedor*³⁵⁰, *no contrato originário de*

---

³⁴⁸ Trata-se de título nominativo que representa o crédito hipotecário e incorpora a garantia – devendo, para tanto, ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis, *à margem da inscrição da hipoteca a que disser respeito* - e destina-se à circulação, sendo passível de transferência por endosso em preto (v. arts. 9 a 25 do Decreto-lei 70/66).

³⁴⁹ Art. 30, II, Decreto-lei 70/66, que admite, dentre as instituições financeiras aptas a atuar como agente fiduciário as *sociedades de crédito imobiliário* e, em qualquer caso, exige que as instituições estejam credenciadas a tanto *pelo Banco Central da República do Brasil, nas condições que o Conselho Monetário Nacional, venha a autorizar*. Observa-se que o inciso I do referido artigo também admitia que o Banco Nacional da Habitação (BNH), extinto por força do Decreto-lei 2.291/86, atuasse como agente fiduciário.

³⁵⁰ Art. 30, §2º, Decreto-lei 70/66. As exceções à livre escolha das partes consistiam das hipóteses em que o próprio BNH atuasse como agente fiduciário, diretamente ou por terceiro habilitado (art. 30, §§ 1º e 2º, Decreto-lei 70/66). A propósito, assentou a Corte Especial do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, por ocasião de julgamento de recurso especial repetitivo, que, no regime do *sistema financeiro da habitação*, à luz do disposto no art. 30, I e II, §§ 1º e 2º do Decreto-lei 70/66, não há ilegalidade na escolha unilateral, pelo credor, de quem figurará como *agente fiduciário* (STJ, Corte Especial, REsp 1160435/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 06.04.2011).

*hipoteca ou em aditamento ao mesmo*³⁵¹, admitindo-se que, na hipótese de não haver consenso das partes, seja nomeado por juiz competente³⁵². Caberá às partes, ainda, fixar a remuneração devida ao *agente fiduciário*³⁵³.

Para assegurar a imparcialidade do *agente fiduciário*, vedou-se a ele que *tivesse ou mantivesse vínculos societários com os credores ou devedores das hipotecas em que seja envolvido*³⁵⁴. Previu-se a sua *responsabilização civil* perante a parte que viesse a ser lesada por seus atos, obrigando-o a indenizar perdas e danos, sem prejuízo de responsabilização nas esferas *administrativa e criminal*³⁵⁵. Obrigou-se o *agente fiduciário* a declinar de sua função se não pudesse exercê-la a contento³⁵⁶ e facultou-se tanto ao credor quanto ao devedor que, *a qualquer tempo antes do início da execução*, acaso julgassem ter *fundadas razões para pôr em dúvida a imparcialidade ou idoneidade do agente fiduciário eleito no contrato hipotecário*, buscassem substituí-lo consensualmente e, não havendo acordo entre eles, qualquer um deles poderia ajuizar demanda judicial, com expressa previsão de liminar, para destituição compulsória do agente de execução, averbando-se a decisão junto ao Cartório de Registro de Imóveis³⁵⁷. Previu-se ainda que o *agente fiduciário* figure como parte na aludida demanda e também reconheceu-se legitimidade ativa ao próprio *agente fiduciário* para ajuizá-la³⁵⁸. Ressalvou-se, ademais, que a eventual destituição do *agente fiduciário* não o eximiria da responsabilidade pelos atos que dolosamente praticou ou deixou de praticar³⁵⁹.

---

³⁵¹ É igualmente lícito às partes, por consenso, substituir o agente fiduciário por meio de aditamento ao contrato de hipoteca (art. 30, §4º, Decreto-lei 70/66).

³⁵² Art. 41, *caput*, Decreto-lei 70/66.

³⁵³ Via de regra, a remuneração deverá ser estabelecida pelas partes no próprio contrato de hipoteca, não podendo ultrapassar 5% (*cinco por cento*) do mesmo crédito, no momento da intervenção (art. 39, *caput*, Decreto-lei 70/66), salvo tabelas fixadas pelas autoridades, também adstritas a este limite (art. 39, *parágrafo único*, Decreto-lei 70/66).

³⁵⁴ Art. 30, §3º, Decreto-lei 70/66.

³⁵⁵ Art. 40, Decreto-lei 70/66.

³⁵⁶ Art. 41, *caput*, Decreto-lei 70/66.

³⁵⁷ Art. 41, §§ 1º, 4º e 6º, Decreto-lei 70/66. Acaso não concedida a liminar, deveria o agente fiduciário exercer suas funções até a sentença transitar em julgado (art. 41, § 5, Decreto-lei 70/66).

³⁵⁸ Art. 41, §§ 2º e 3º, Decreto-lei 70/66.

³⁵⁹ Art. 41, §7º, Decreto-lei 70/66.

6.5.2 Procedimento da execução extrajudicial hipotecária

Inicia-se o procedimento de execução extrajudicial hipotecária sob instância do credor, necessariamente depois do inadimplemento de *três ou mais prestações*³⁶⁰ e depois da emissão de *avisos de cobrança*³⁶¹ pelos quais o credor reclama o pagamento da dívida.

Exige-se do credor que apresente ao agente fiduciário a “*solicitação de execução da dívida*” (SED), instruída com *o título da dívida devidamente registrado, a indicação discriminada do valor das prestações e encargos não pagos; o demonstrativo do saldo devedor discriminando as parcelas relativas a principal, juros, multa e outros encargos contratuais e legais; e a cópia dos avisos reclamando pagamento da dívida, expedidos segundo instruções regulamentares relativas ao SFH.*

Dentro no prazo de prazo de *dez dias*³⁶², deverá o agente fiduciário promover a notificação pessoal do devedor, por intermédio de Cartório de Registro de Títulos e Documentos, para que este purgue a mora apontada pelo credor no prazo de *vinte dias*³⁶³.

Se o devedor *encontrar-se em lugar incerto e não sabido*, a solução preconizada pelo legislador é a de que o Oficial do Registro de Títulos e Documentos certifique o fato, impondo-se então ao agente fiduciário promover a notificação por meio de *edital, 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 diária*³⁶⁴. Tal solução, contudo, não é totalmente pacífica, havendo precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido da peremptória *impossibilidade* de comunicação editalícia do devedor na execução extrajudicial, muito embora, a partir de recente precedente da Corte Especial, a tendência parece ser a de admiti-la³⁶⁵.

---

³⁶⁰ Art. 21 da Lei 8.004/90.

³⁶¹ Art. 31, I a IV, Decreto-lei 70/66; incluídos pela Lei 8.004/90.

³⁶² Já se pacificou, em razão de julgamento de recurso especial repetitivo, o entendimento de que o prazo de *dez dias* concedidos ao agente fiduciário para promover a notificação do devedor é *impróprio* (STJ, Corte Especial, REsp 1160435/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 06.04.2011).

³⁶³ Art. 31, § 1º, Decreto-lei 70/66, incluído pela Lei 8.004/90.

³⁶⁴ art. 31, § 2º, Decreto-lei 70/66, incluído pela Lei 8.004/90.

³⁶⁵ Entendendo pela litude da comunicação por edital, no regime da execução extrajudicial hipotecária: “Agravos regimentais. Embargos de divergência. Sistema financeiro da habitação. Execução extrajudicial. Notificação do devedor. 1. É entendimento pacífico desta Corte que o devedor pode ser cientificado nas

Para atestar a *liquidez* da prestação cuja satisfação é pretendida, viabilizar ao devedor o pleno conhecimento daquilo que lhe está sendo cobrado e purgar a mora se desejar – ou discutir a cobrança em juízo, como se verá – é mister que se instrua a notificação com o demonstrativo discriminado do débito³⁶⁶. Para a purga da mora, só se

---

execuções extrajudiciais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação por meio edital (...)” (STJ, Corte Especial, Ag.Rg. nos EREsp 1095754/RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 12.05.2011).

“*Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Execução extrajudicial. Leilão do imóvel. Notificação do devedor. Forma. art. 31 do DL 70/66.1. Nos termos estabelecidos pelo parágrafo primeiro do art. 31 do DL 70/66, a notificação pessoal do devedor, por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, é a forma normal de cientificação do devedor na execução extrajudicial do imóvel hipotecado. Todavia, frustrada essa forma de notificação, é cabível a notificação por edital, nos termos parágrafo segundo do mesmo artigo, inclusive para a realização do leilão*”. (STJ, Corte Especial, EAg 1140124/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02.06.2010).

“*Recurso Especial. Sistema Financeiro da Habitação. Decreto-lei 70/66. Ação de anulação de execução extrajudicial. Intimação pessoal para purgação da mora. Intimação editalícia. data leilões. Ausência de irregularidades (...)*” (STJ, 4ª Turma, REsp 1.147.173/PB, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 23.11.2010). Observa-se que, na hipótese desses autos, o devedor teria sido comunicado pessoalmente por força dos *avisos de cobrança* emitidos antes da deflagração do procedimento que incumbe ao agente fiduciário (art. 31, IV, Decreto-lei 70/66), considerando-se, então, lícita a comunicação editalícia a respeito dos leilões extrajudiciais.

“*Direito civil e processual civil. Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Execução extrajudicial. Notificação do leilão por edital. Possibilidade. Decisão conforme precedente da Corte Especial. Agravo regimental improvido. 1. Nos termos estabelecidos pelo parágrafo primeiro do art. 31 do Decreto-Lei 70/66, a notificação pessoal do devedor, por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, é a forma normal de cientificação do devedor na execução extrajudicial do imóvel hipotecado. Todavia, frustrada essa forma de notificação, revela-se possível a notificação por edital, nos termos parágrafo segundo do mesmo artigo, inclusive para a realização do leilão. Precedentes (...)*” (STJ, 4ª Turma, REsp 1223518 -PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.03.2012).

Em sentido contrário: “*Execução extrajudicial. Decreto-lei n. 70/66. Sistema Financeiro da Habitação. Notificação pessoal inexistente. Notificação por edital. Invalidade. Precedentes do STJ. Esta Corte tem entendimento assente no sentido da necessidade de notificação pessoal do devedor do dia, hora e local da realização do leilão de imóvel objeto de contrato de financiamento, vinculado ao SFH, em processo de execução extrajudicial sob o regime do Decreto-lei nº 70/66*” (STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1106456/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 08.09.2009).

“(…) *SFH. Execução extrajudicial. Decreto-lei 70/66. Notificações extrajudiciais por edital. Ilegalidade. Nulidade reconhecida. Parcial provimento. (...) Embora tenha se reconhecido na jurisprudência pátria a constitucionalidade do Decreto-lei n. 70/66, está ela subsumida ao rigoroso atendimento de suas exigências pelo agente financeiro, já que, na verdade, ele se substitui ao próprio juízo na condução da execução. Assim, embora legítima, no processo judicial, a citação ou intimação editalícia, no extrajudicial não, porquanto no primeiro, ela só é feita após criteriosa análise, pelo órgão julgador, dos fatos que levam à convicção do desconhecimento do paradeiro dos réus e da impossibilidade de serem encontrados por outras diligências, além das já realizadas, enquanto na segunda situação, não; fica, tudo, ao arbítrio, justamente da parte adversa, daí as suas naturais limitações na condução da execução extrajudicial. Precedentes. V. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para anular a execução extrajudicial desde a notificação por edital*” (STJ, 4ª Turma, REsp 611.920/PE, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 05.08.2010).

³⁶⁶ “*O art. 31, § 1º, do Decreto-lei n. 70/66 estabelece para o mutuário a possibilidade de purgação da mora antes de iniciar-se a execução extrajudicial. Para tanto, é necessário que a notificação esteja instruída com os demonstrativos do débito, os quais se apresentam como requisito essencial de procedibilidade da execução extrajudicial, porque integram o próprio título executivo, a exemplo do que ocorre na execução judicial - art. 614, II, do CPC*” (STJ, 4ª Turma, REsp 793033 / SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 02.02.2010). Em sentido contrário, S. J. MARTINS, que, invocando a Súmula 245 do STJ (“*a notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito*”), pertinente à alienação fiduciária de bens móveis, entende ser desnecessário que a notificação ao devedor seja instruída com demonstrativo discriminado do débito, pois este pode buscar a

pode exigir o valor até então devido, acrescido dos consectários legais e contratuais, sem vencimento antecipado do saldo devedor³⁶⁷.

Não purgada a mora, seguem-se os *públicos leilões* para alienação do bem hipotecado. Embora não o preveja expressamente o Decreto-lei 70/66, deverão tais atos ser realizados por *leiloeiro* devidamente habilitado³⁶⁸. Para que se lhes dê publicidade, devem ser antecedidos de editais³⁶⁹. E, a despeito de a lei silenciar a respeito, há reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça preconizando que o executado seja pessoal e previamente comunicado dos leilões³⁷⁰.

O primeiro leilão terá lugar nos quinze dias imediatos ao esgotamento do prazo para purga da mora³⁷¹. Nele se pretenderá que o lance mínimo alcance o *valor da dívida acrescido das despesas*³⁷².

---

informação junto ao *agente fiduciário* ou ao *credor* (*Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários*, 2007, p. 137 e p. 165). A propósito, se amparada a execução extrajudicial em *cédula hipotecária*, para alcançar-se a indispensável *liquidez* da obrigação estampada no título, é exigência legal que este preveja, obrigatoriamente, *a qualificação do devedor; o valor da cédula, os juros convencionados e a multa estipulada para o caso de inadimplemento; a data de vencimento da cédula; a data de sua emissão, assinatura e promessa de pagamento do devedor; o lugar de pagamento; bem como a individualização do imóvel dado em garantia* (art. 15, I, “a”, “d”, “e”, “g”, “i” e “j”, Decreto-lei 70/66). Demais disso, para proporcionar ao devedor o pleno conhecimento do *saldo a pagar*, exige-se do credor, *no ato da contratação e sempre que solicitado pelo devedor*, que apresente ao devedor *planilha de cálculo que evidencie de modo claro e preciso, e de fácil entendimento e compreensão*, todos os elementos necessários para tanto, dentre os quais o *saldo devedor e prazo remanescente do contrato; a taxa de juros contratual, nominal e efetiva, nas periodicidades mensal e anual; todas as taxas, custas e demais despesas cobradas juntamente com a prestação, discriminadas uma a uma; o somatório discriminado dos valores já pagos; o valor mensal projetado das prestações ainda não pagas, pelo prazo remanescente do contrato, e o respectivo somatório, decompostos em juros e amortizações e o valor devido em multas e demais penalidades contratuais quando houver atraso no pagamento da prestação* (art. 15-A, § 1º, Lei 4.380/64, incluído pela Lei 11.977/2009).

³⁶⁷ Trata-se, pois, do mecanismo da “*cure redemption*”, como visto no item 5.2.1 acima. V. L. DENARDI cogita que, ao invés de efetuar o “*pagamento das prestações em atraso com os acréscimos exigidos por lei possibilitando o convalhecimento do contrato*”, possa o devedor optar por efetuar “*o pagamento de todo o saldo devedor reclamado e despesas, liberando o imóvel da hipoteca que sobre ele recai*” (*Execuções judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, p. 95).

³⁶⁸ Consoante disciplina do Decreto 21.981/32.

³⁶⁹ Limita-se o art. 32 do Decreto-lei 70/66, neste particular, a *autorizar o agente fiduciário a publicar editais*. De outro lado, o art. 38 do Decreto 21.981/32 exige que o leilão seja precedido de edital publicado por, pelo menos, três vezes no mesmo jornal, e que dele conste a descrição do bem a ser alienado. De nossa parte, entendemos que o *agente fiduciário* está obrigado a publicar editais, e que o jornal no qual veiculado, tal qual se exige para a notificação do devedor em local incerto e não sabido, deva ser um dos *de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária* (art. 31, § 2º, Decreto-lei 70/66, incluído pela Lei 8.004/90 e art. 26, § 4º, Lei 9.154/97).

³⁷⁰ “*Na execução extrajudicial do Decreto-lei 70/66, o devedor deve ser pessoalmente intimado do dia, hora e local de realização do leilão do imóvel objeto do financiamento inadimplido, sob pena de nulidade*” (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 719.998/RN, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 19.3.2007). No mesmo sentido, STJ, 1ª Turma, REsp 1.088.992-CE, Rel. Min. Denise Arruda, j. 28.04.2009.

³⁷¹ Art. 32, *caput*, Decreto-lei 70/66.

Se não alcançada tal soma, um segundo leilão deve ser realizado nos quinze dias subseqüentes, no qual *será aceito o maior lanço apurado*, que, se inferior ao valor mínimo, implicará que primeiro se paguem as despesas, entregando-se o saldo ao credor, que poderá, segundo prevê o diploma legal em análise, cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito³⁷³. Em razão das peculiares discussões que suscita, abordaremos em tópico próprio as questões específicas sobre o *valor mínimo* para alienação em leilão e sobre a cobrança de eventual saldo insatisfeito.

Mesmo que ultrapassado o prazo estabelecido para a purga da mora, esta ainda será útil para o fim de impedir a alienação acaso realizada antes da assinatura do *auto de arrematação* superveniente ao *público leilão*³⁷⁴.

A quantia levantada – seja decorrente de purga da mora, seja decorrente de lanço exitoso no leilão – é recebida pelo *agente fiduciário*, que, após abater a sua remuneração, deve, em cinco dias, entregar o saldo ao credor até o montante correspondente ao seu crédito³⁷⁵, e, se sobejar diferença, entregá-la ao devedor³⁷⁶.

---

³⁷² Incluem-se nas despesas aquelas inerentes ao leilão extrajudicial, como as de “*anúncio e contratação da praça*” (art. 32, § 1º do Decreto-lei 70/66) e, ainda, “*as demais obrigações contratuais vencidas, especialmente em relação à fazenda pública, federal, estadual ou municipal, e a prêmios de seguro, que serão pagos com preferência sobre o credor hipotecário*” (art. 33 do Decreto-lei 70/66).

³⁷³ Art. 32, § 2º, c/c 29, parágrafo único do Decreto-lei 70/66

³⁷⁴ Art. 34, Decreto-lei 70/66. O pagamento a destempo, no entanto, ensejará a elevação de encargos e despesas.

³⁷⁵ Art. 35, *caput* e § 1º, Decreto-lei 70/66.

³⁷⁶ Art. 32, § 3º, Decreto-lei 70/66. Na hipótese de o mesmo bem, previamente hipotecado, ter sido penhorado em execução judicial, o saldo que sobejar da expropriação extrajudicial deve ser constrito para satisfação do credor quirografário: “*PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EXECUÇÃO DE NOTAS PROMISSÓRIAS. PENHORA DE IMÓVEL ANTERIORMENTE HIPOTECADO EM GARANTIA DE MÚTUO HABITACIONAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DO DL 70/66. ADJUDICAÇÃO OU ARREMATAÇÃO DO BEM. DIFERENÇA ENTRE O VALOR DA ARREMATAÇÃO E O DO DÉBITO COM O CREDOR HIPOTECÁRIO. EXISTÊNCIA DE SALDO REMANESCENTE (DL 70/66, ART. 32, § 3º). DESTINAÇÃO DO SALDO AO PAGAMENTO DO CREDOR QUIROGRAFÁRIO.(...).* 1. A entrega da quantia remanescente da arrematação extrajudicial de imóvel hipotecado ao devedor mutuário, prevista no art. 32 do DL 70/66, tem lugar em situação normal, onde inexistam outras execuções contra o devedor. 2. Na hipótese, havia, em ação de execução, constrição judicial sobre o mesmo imóvel hipotecado, pelo que não poderiam o credor hipotecário ou o arrematante, e muito menos o juízo da execução, simplesmente ignorar a penhora e entregar o saldo remanescente da arrematação diretamente ao mutuário, pois este estava sendo executado também judicialmente e o arrematante certamente iria requerer, como requereu, o cancelamento da penhora. 3. Em tal contexto, o saldo remanescente da arrematação extrajudicial do bem hipotecado, e que estava também penhorado judicialmente, deve ser destinado ao pagamento do credor quirografário exequente. 4. Uma vez realizada a penhora judicial de bem anteriormente hipotecado, o produto da arrecadação decorrente da arrematação extrajudicial estará também comprometido com a satisfação do credor quirografário exequente, após quitada a hipoteca. 5. Registre-se que a destinação do saldo à satisfação de outros débitos do mutuário não significa que esse valor não lhe pertença, pois é justamente

Realizada a alienação por meio do *público leilão*, lavra-se *carta de arrematação*, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas³⁷⁷. Se estiver presente ao leilão, também o devedor assinará a carta de arrematação; do contrário, deverá constar da carta a sua ausência ou sua recusa em subscrevê-la³⁷⁸. Tal carta será o título de transferência de domínio, a ser registrado no competente Cartório de Registro de Imóveis³⁷⁹.

Formalizada a transmissão do domínio, acaso o imóvel não seja desocupado, seja pelo devedor ou por terceiro a quem este tenha cedido a posse, deverá o adquirente postular em juízo seja-lhe deferida a imissão na posse³⁸⁰ – ação petitória, portanto, fundada no domínio de que passou a ser titular –. Traduz-se aqui o reconhecimento expresso do legislador de que o Estado detém o monopólio da *força*, de modo que a desocupação coercitiva há de ser perseguida perante o Poder Judiciário, por meio do juiz competente³⁸¹.

Para que não se comprometa a agilidade pretendida, determinou o legislador que a imissão na posse seja concedida liminarmente pelo juízo, excetuada apenas a hipótese de o devedor comprovar, em 48 (quarenta e oito) horas contadas da citação, que *resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito, antes da realização do primeiro ou do segundo público leilão*³⁸². Eventuais outras defesas que o devedor deduzir em contestação serão devidamente apreciadas mas sem a eficácia de obstar a imissão na posse. A jurisprudência, contudo, tem mitigado o aparente rigor da norma e

---

essa a razão pela qual, sendo direito de crédito do executado, poderá ser utilizado em proveito do mutuário para quitação de outras dívidas com outros credores. 6. O entendimento acima não inviabiliza que o devedor na ação de execução possa, por via de embargos ou outra medida judicial cabível, defender seus interesses, pois a execução judicial oferece essas oportunidades, inclusive, sendo o caso, para o executado alegar a impenhorabilidade daquele saldo proveniente da arrematação, quando for o bem alienado tutelado pela Lei 8.009/90 (...)” (STJ, 4ª Turma, REsp 362.385-PR, Rel. Min. Raul Araújo, j. 10.04.2012).

³⁷⁷ Art. 37, *caput*, Decreto-lei 70/66.

³⁷⁸ Art. 37, § 1º, Decreto-lei 70/66.

³⁷⁹ Art. 37, *caput*, Decreto-lei 70/66.

³⁸⁰ Art. 37, §2º, Decreto-lei 70/66. Certo que a demanda “*pode ser ajuizada credor arrematante, porque expressamente autorizado pelo artigo 37, § 2º, do Decreto-lei 70/66, mas também aquele que adjudica o bem*” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.211.073-RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 04.11.2010).

³⁸¹ V. itens 8.4.2 e 9.2.4 abaixo.

³⁸² Art. 37, §§2º e 3º, Decreto-lei 70/66. Mais precisamente, caberá ao devedor provar que efetuou o pagamento antes da assinatura do *auto de arrematação*, termo final a partir do qual já não se admite a purga da mora (art. 34, Decreto-lei 70/66).

negado a liminar se, a despeito da ausência de pagamento, o devedor deduzir defesa fundada³⁸³.

E com o mesmo propósito de assegurar efetividade ao mecanismo que disciplinou, determinou o Decreto-lei 70/66 que o juiz fixe *taxa mensal de ocupação*, aplicável desde o registro da carta de arrematação e até a *efetiva imissão do adquirente na posse do imóvel alienado em público leilão, em valor compatível com o rendimento que deveria proporcionar o investimento realizado na aquisição*³⁸⁴.

6.5.3 Os problemas do valor mínimo para a alienação do bem hipotecado e do “deficiency judgment”

Consiste o *valor mínimo* para expropriação do bem de um dos mais tormentosos pontos da *execução extrajudicial hipotecária*.

Desvinculou-o o legislador do valor do imóvel a ser alienado e adotou como critério o *valor do saldo devedor*. Além disso, permitiu que o credor persiga a satisfação de eventual crédito remanescente se o produto da alienação não for suficiente para satisfazê-lo (art. 32, § 2º, do Decreto-lei 70/66): ao menos como pretendida, a execução extrajudicial hipotecária admite o chamado “*deficiency judgment*”³⁸⁵.

Tais aspectos tem rendido importantes discussões.

---

³⁸³ A propósito, a largueza que se tem admitido para a defesa do réu na hipótese contradiz a estreiteza dos limites impostos pelo procedimento delineado no Código de Processo Civil de 1.939 para a *ação de imissão na posse* (restrita, consoante o parágrafo único do art. 383 daquele Código, à *nulidade manifesta* do título em que se funda o direito de propriedade invocado pelo autor), o que motivou V. L. DENARDI a afirmar que a *ação de imissão de posse* não se trataria, mas sim de *ação reivindicatória* (*Execuções judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, pp. 95-101).

³⁸⁴ Art 38, Decreto-lei 70/66. Referido dispositivo previa que tal taxa viesse a ser cobrada em *ação executiva*, procedimento especial previsto no Código de Processo Civil de 1939 (art. 299) pelo qual, não paga a quantia reclamada no prazo de 24 horas contadas da citação, realizava-se a penhora, após o que o devedor poderia contestar, prosseguindo-se consoante rito ordinário. Sob a égide do atual Código de Processo Civil, carecendo o adquirente, na situação em exame, de título executivo extrajudicial que documente obrigação líquida, certa e exigível, a pretensão de condenação do réu ao pagamento de *taxa mensal de ocupação* há de ser deduzida em processo de conhecimento de procedimento comum (art. 272 e ss.), nele se formando o título executivo judicial que viabilizará oportuno *cumprimento de sentença* (art. 475-I e ss.).

³⁸⁵ Ver item 5.2.1 e, especialmente, nota 277.

Em primeiro lugar, há quem desconsidere o critério adotado pelo Decreto-lei 70/66 e imponha *avaliação* como providência prévia à alienação.

Sobre a questão, observa-se que, em 2009, ao julgar Embargos de Divergência que versavam sobre a execução *judicial* de hipoteca vinculada ao Sistema Financeiro da Habitação, a Corte Especial do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA firmou o entendimento de que³⁸⁶

revela-se necessária a prévia avaliação do bem a ser submetido a posterior leilão da Lei nº 5.741/71, de modo a proteger o patrimônio do executado, evitando, desse modo, sua arrematação por preço vil, ou eventuais injustiças no ato da adjudicação, afastando a possibilidade de enriquecimento sem causa do exequente com o consectário prejuízo do executado.

Tal regra, segundo se depreende de precedente trazido no voto condutor do referido acórdão³⁸⁷, também teria aplicação na *execução extrajudicial*:

tanto quanto na execução judicial prevista na Lei n. 5.741, de 1º.12.71, na execução hipotecária extrajudicial instituída pelo Decreto-Lei n. 70, de 21.11.66, a prévia avaliação do imóvel a ser alienado constitui uma exigência para garantia do mutuário e de terceiros eventualmente interessados.

A questão, no entanto, longe está de estar resolvida.

No final do ano de 2010, significativo julgado do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA passou em revista o entendimento retro referido. Segundo expresso no voto condutor, tal entendimento “baseou-se em doutrina relacionada a execuções processadas em juízo” e que exigir-se a avaliação do imóvel nas execuções extrajudiciais, “*muito embora louvável a cautela*”, seria criar “*uma exigência que não é da lei*”, e que, por isso “*nem haveria como se disciplinar essa avaliação, porque, como o processo é feito extrajudicialmente, não se teria como proceder a uma perícia judicial e não se sabe o que poderia substituí-la*”; além de ter desconsiderado que, no regime do Decreto-Lei 70/66, “*o valor da*

---

³⁸⁶ STJ, Corte Especial, EREsp 325591/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 17.06.2009.

³⁸⁷ STJ, 4ª Turma REsp 480475/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 03.05.2005.

execução é o do saldo devedor"; concluindo-se, portanto, pelo descabimento da avaliação do imóvel a ser expropriado em execução extrajudicial³⁸⁸.

Pensamos ser esta a posição mais consentânea com as características do mecanismo em exame, que não comporta mesmo *avaliação* do imóvel a ser expropriado.

No entanto, já em meados de 2012, tornou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA a afirmar que seria³⁸⁹

necessária a avaliação do bem no seio da execução, seja no CPC, seja na Lei 5.741, ou mesmo no DL 70/66 para que, quando da venda judicial ou extrajudicial, possa ele ser ofertado com base em seu valor real e, assim, por terceiro arrematado ou pelo credor adjudicado

Pensamos que a justa preocupação com o equilíbrio da *execução extrajudicial* não deve passar pela impossível exigência de avaliação não prevista em lei e incompatível com o procedimento; mas, isto sim, pela possibilidade de o executado que foi injustamente desfalcado em seu patrimônio como decorrência de expropriação por preço vil tê-lo recomposto por meio de demanda indenizatória, como adiante examinado³⁹⁰.

Em segundo lugar, há quem também invoque o regime da execução *judicial* de hipoteca vinculada ao Sistema Financeiro da Habitação³⁹¹, para apontar que, embora também lá não se exija que o imóvel seja expropriado por seu justo valor de mercado - o critério de valor mínimo, mais uma vez, é dado pelo *saldo devedor*³⁹²-, ao menos se estabelece, como compensação, que, *não havendo licitante na praça pública, o Juiz adjudicará, dentro de quarenta e oito horas, ao exequente o imóvel hipotecado, ficando*

---

³⁸⁸ STJ, 4ª Turma, REsp 1.147.173/PB, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j 23.11.2010. Registrou-se ainda no v. acórdão que “*a pretensão de inserir, no rito da execução extrajudicial, a disciplina própria das execuções procedidas em juízo (aplicação de regras do CPC), sem a possibilidade de imprimir-lhe a eficácia prática de, ao final, chegar ao desapossamento do bem com sua entrega ao adquirente, consequência esta inerente apenas à execução judicial, além de todos os expedientes de controle concomitantes e posteriores, por meio do uso das vias processuais cabíveis, acabaria por retirar qualquer utilidade e sentido do rito do Decreto-lei 70/66, procedimento instituído com a finalidade de favorecer o fluxo de retorno dos recursos emprestados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação*”

³⁸⁹ STJ, 3ª Turma, REsp 1.119.859-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j 28.08.2012.

³⁹⁰ V. item 9.2.2 abaixo.

³⁹¹ V. item 6.6 abaixo.

³⁹² Art. 6º da Lei 5.741/71.

*exonerado o executado da obrigação de pagar o restante da dívida*³⁹³, vedando-se, assim, o “*deficiency judgment*”.

Como se vê, no rito especial da execução judicial hipotecária, embora o lance mínimo do leilão não guarde relação com o valor de mercado do imóvel, garante-se que, ao final do procedimento, o devedor necessariamente reste liberado de sua obrigação, seja porque o bem foi arrematado *no mínimo* pelo valor do saldo devedor, seja porque, frustrado o leilão, o bem restou adjudicado ao exequente com efeito de extinguir *in totum* o crédito.

Por tal razão, sustenta-se que a exoneração do devedor ao final do procedimento, expressamente prevista na execução judicial hipotecária, também deveria ocorrer na execução extrajudicial, impossibilitando ao exequente prosseguir na busca da satisfação de seu crédito, que então restaria extinto. Do contrário – lembrando sempre que a escolha por um ou outro dos ritos é faculdade do credor – o desequilíbrio seria evidente e a opção pelo rito extrajudicial, mais gravosa ao executado³⁹⁴, sobretudo nas situações - relativamente comuns no SFH – em que o saldo devedor, corrigido por índice distinto do reajuste das parcelas, acaba por alcançar valor bastante expressivo e bastante superior ao do próprio imóvel.

De nossa parte, parece-nos que deva ser mesmo vedado o “*deficiency judgment*” na execução extrajudicial, sendo esta uma das compensações à ausência de avaliação do bem expropriado, muito embora tal questão ainda esteja em aberto e deva ser enfrentada pela Corte Especial do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em razão de recurso especial repetitivo³⁹⁵.

---

³⁹³ Art. 7º da Lei 5.741/71.

³⁹⁴ Nesse sentido, V. L. DENARDI, *Execuções judicial e extrajudicial no sistema financeiro da habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, pp. 90-93. Conclui o autor que “a Lei 5.741/1971, posterior ao Dec.-lei 70/1966, criou um microssistema de cobrança de créditos inadimplidos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação”, que não deve admitir resultados diversos, seja judicial ou extrajudicial a cobrança, “ficando o devedor exonerado, em qualquer hipótese, do pagamento de valor residual acaso remanescente, inclusive despesas” (ob. cit, pp. 92-93). Com esse entendimento, STJ, 1ª Turma, REsp 605.357-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 12.04.2005 e STJ, 1ª Turma, REsp 734.080-PB, Rel. Min. José Delgado, j. 02.06.2005. Em sentido contrário, entendendo pela possibilidade de o credor cobrar o saldo remanescente após execução extrajudicial: STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.118.161-PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16.11.2010.

³⁹⁵ STJ, Corte Especial, REsp 1110541/PB, Rel. Min. Marco Buzzi.

Ainda que se admita ao exequente cobrar eventual saldo remanescente de seu crédito após o leilão, é assente no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA a posição de que, na execução extrajudicial hipotecária, por não haver *avaliação prévia, se o devedor não concordar antecipadamente com o valor da arrematação, inexistirá liquidez do saldo remanescente, que, por isso, não pode ser cobrado do devedor pela via executiva*³⁹⁶.

Adiante, já em vista do *modelo* de execução extrajudicial, as questões do *valor mínimo para a alienação* e do “*deficiency judgment*” tornarão a ser enfrentadas³⁹⁷.

6.6 Execução judicial hipotecária (Lei 5.741/71)

Importa ressaltar que o credor hipotecário não está adstrito a perseguir a satisfação de seu crédito obrigatoriamente por meio do mecanismo extrajudicial acima delineado, podendo optar pela execução judicial.

O artigo 29 do Decreto-Lei 70/66, a propósito, prevê que será *objeto de escolha do credor* a execução extrajudicial fundada em tal Decreto-Lei ou, em seu lugar, a “*execução na forma do Código de Processo Civil (artigos 298 e 301)*”.

Importa notar que mencionado artigo do Decreto-Lei 70/66 está a se referir ao Código de Processo Civil de 1939, vigente na ocasião.

Ocorreu, no entanto, que, para sanar as deficiências da execução judicial no vetusto Código e trazer efetividade à execução judicial hipotecária, sobreveio a Lei Federal 5.741/71, conhecida como *Lei Buzaid* – por ser de lavra do então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid –, que previa, em seu artigo 1º, ser lícito ao credor hipotecário “*promover a execução de que tratam os artigos 31 e 32 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966*” (vale dizer, *execução extrajudicial*), ou, se assim preferisse, “*ajuizar a ação*

---

³⁹⁶ Nesse sentido, no *STJ*, 4ª Turma, REsp 265256/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.02.2009; *STJ*, 4ª Turma, REsp 333069/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 15.08.2002; *STJ*, 4ª Turma, REsp 142984/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21.03.2002 e *STJ*, 3ª Turma, AgRg no Ag 696783/MS Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 19.11.2009.

³⁹⁷ V. item 9.1.4 abaixo.

executiva na forma da presente lei”, que trazia regramento especial e distinto daquele previsto no Código de Processo Civil, regramento adiante comentado.

Poucos anos depois, sobreveio novo Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

A polêmica que persiste, neste contexto, escolhendo o credor a via judicial, em se tratando de crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, é de se estaria adstrito ao rito especial disciplinado na Lei 5.741/71³⁹⁸; ou se lhe seria também facultada a execução por quantia certa contra devedor solvente do Código de Processo Civil³⁹⁹.

6.6.1 Procedimento da execução judicial hipotecária

É útil ao presente trabalho apontar, ainda que em linhas bastante gerais, o procedimento da execução judicial hipotecária da Lei 5.741/71, na medida em que alguns de seus elementos tem sido invocados para a análise do mecanismo extrajudicial acima delineado.

O procedimento se inicia por demanda do credor, promovida perante o juízo competente. Tal qual a execução extrajudicial, tem como requisito o inadimplemento de *três ou mais prestações*⁴⁰⁰ e a prévia emissão de *avisos de cobrança* desatendidos⁴⁰¹.

Deflagra-se por petição inicial escrita apresentada em três vias, para formação de mandado e contrafé, instruída com *o título da dívida devidamente inscrita*; a indicação das parcelas inadimplidas; a demonstração do saldo devedor, *discriminadas as parcelas*

---

³⁹⁸ Como sustenta V. L. DENARDI, *Execuções judicial e extrajudicial no sistema financeiro da habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, p. 86.

³⁹⁹ Nesse sentido, A. ASSIS sustenta existir, na hipótese, “*concursum electivus: o credor optará, livremente, por um desses procedimentos, não se atrelando, em absoluto, ao rito especial*” (*Manual da execução*, 12. ed., 2009, p. 1056).

⁴⁰⁰ Art. 21 da Lei 8.004/90.

⁴⁰¹ A Súmula 191 do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA exige que a petição inicial seja instruída com *pelo menos dois avisos de cobrança* endereçados ao devedor, pelos quais o credor reclame o pagamento da dívida.

*relativas a principal, juros, multa e encargos contratuais, fiscais e honorários advocatícios; e os avisos regulamentares reclamando o pagamento da dívida*⁴⁰².

Citado, o devedor ou seu representante legal tem prazo de 24 (vinte e quatro) horas para efetuar o *pagamento ou depósito em juízo* do valor reclamado, sob pena de penhora do bem hipotecado⁴⁰³. Em sendo o devedor casado, o cônjuge também deverá ser citado⁴⁰⁴. Não encontrados *na jurisdição da situação do imóvel*, admite-se a citação por edital, *pelo prazo de 10 (dez) dias, publicado, uma vez no órgão oficial do Estado e, pelo menos, duas vezes em jornal local de grande circulação onde houver*⁴⁰⁵.

Penhorado o imóvel objeto da hipoteca e nomeado como depositário o exequente ou quem este tiver indicado, pretendeu o legislador fosse prontamente desocupado, pelo executado no prazo de 30 (trinta) dias ou por terceiro no prazo de 10 (dez) dias, devendo o juiz expedir mandado de desocupação para tal fim⁴⁰⁶. Tal solução, aparentemente drástica, muitas vezes não é seguida na prática e não são infrequentes as decisões que relem a desocupação para momento posterior à expropriação⁴⁰⁷. A alternativa, no entanto, torna o imóvel menos atraente por ocasião da hasta pública e, se não afastar eventuais interessados, tende a repercutir negativamente no valor dos lanços, reduzindo-os⁴⁰⁸.

---

⁴⁰² Art. 2º, Lei 5.741/71.

⁴⁰³ Art. 3º, *caput*, Lei 5.741/71.

⁴⁰⁴ Art. 3º, § 1º, Lei 5.741/71, redação dada pela Lei 8.004/90. Curioso observar que, em sua redação original, previa-se que a citação do marido dispensaria a da mulher, se fosse devedor o primeiro.

⁴⁰⁵ Art. 3º, § 2º, Lei 5.741/71.

⁴⁰⁶ Art. 4º, Lei 5.741/71. Se o imóvel estiver ocupado por terceiro e não pelo devedor hipotecário, ainda assim o procedimento é legítimo, reconhecendo-se ao terceiro, no entanto, a possibilidade de se defender por meio de embargos. Nesse sentido: “*Tratando-se de em execução regida pela lei 5.471/71, a imissão na posse do imóvel, em poder de terceiro locatário do devedor executado, dá-se nos próprios autos do processo de execução, não sendo necessária a propositura de ação de imissão na posse autônoma pelo credor arrematante*” (STJ, 3ª Turma, REsp 776.198-PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15.12.2009) e “(...) *O terceiro prejudicado, ocupante de imóvel hipotecado, deve ser cientificado da existência de processo executivo, com pedido de desocupação do bem, instaurado contra o mutuário. Esta Corte, em casos semelhantes, tem afirmado que o procedimento disciplinado pelo art. 4º da Lei 5.741/71 não afronta as garantias processuais do terceiro que estiver na posse do bem. Este, devidamente cientificado, poderá defender sua condição de possuidor manejando os embargos de terceiro, cujo prazo para interposição se inicia a partir da respectiva turbação*” (STJ, 4ª Turma, REsp 272.235-RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 19.10.2006).

⁴⁰⁷ Com razão observa V. L. DENARDI que não há ilicitude no procedimento, nem mesmo com relação aos terceiros ocupantes, que, a despeito de não participarem do processo de onde emerge a ordem de desocupação, podem defender-se por meio dos competentes embargos de terceiro. O autor, no entanto, invoca a possibilidade de purga da mora até antes da expedição da carta de arrematação para sustentar que a desocupação anterior à expropriação deve ser autorizada somente em caráter excepcional, se houver risco de depredação do imóvel (*Execuções judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, pp. 155-156).

⁴⁰⁸ C. E. FLEURY, Crédito imobiliário no Brasil e execuções hipotecárias, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº 56, 2004, p. 172.

Admite-se ao devedor que se oponha à execução por meio de embargos, a serem interpostos no prazo de 10 (dez) dias contados da penhora. Tais embargos, no entanto, só terão o condão de suspender a execução se o devedor provar o depósito ou pagamento integrais da quantia pretendida⁴⁰⁹.

Rejeitados ou não opostos os embargos, segue-se, no procedimento desenhado pela lei especial em tela, uma única *praça pública*, precedida de *edital* com prazo de 10 dias⁴¹⁰, com o objetivo de alienar o imóvel por *preço não inferior ao do saldo devedor*⁴¹¹.

Como já se referiu acima, o legislador adotou como critério para definição do *valor mínimo* a ser perseguido em hasta pública o do *saldo devedor*, e não o do *valor do imóvel*. Tal critério que tem causado intensas controvérsias, existindo expressiva corrente que o afasta e sustenta a necessidade de prévia avaliação do imóvel, aferindo-se, por seu intermédio, o valor que norteará a hasta pública⁴¹². Adiante a questão do valor mínimo para a alienação tornará a ser enfrentada (item 9.1.4 abaixo).

Frustrada a praça pública, de um lado impõe-se a *adjudicação* do bem ao credor e, de outro, exonera-se o executado de eventual saldo devedor⁴¹³, reputando-se quitada a dívida⁴¹⁴; vendando-se, portanto, o “*deficiency judgment*”.

---

⁴⁰⁹ Art. 5º, Lei 5.741/71.

⁴¹⁰ O edital “*será afixado à porta do edifício onde tiver sede o juízo e publicado três vezes, por extrato, em um dos jornais locais de maior circulação, onde houver*” (art. 6º, parágrafo único, Lei 5.741/71).

⁴¹¹ Art. 6º, *caput*, Lei 5.741/71.

⁴¹² V. item 6.5.3 acima, especialmente nota 386.

⁴¹³ Art. 7º, Lei 5.741/71. Sustenta a doutrina ser *compulsória*, nesta hipótese, a adjudicação do imóvel pelo credor hipotecário. Trata-se, nas palavras de A. ASSIS, de verdadeira “*adjudicação obrigatória, independentemente de pedido e mesmo a contragosto*”, que se justificaria como compensação para a desvinculação entre o *valor do imóvel* e o *valor mínimo do lance* na alienação: se o imóvel valer *menos* do que a dívida, com a adjudicação obrigatória beneficia-se o devedor, posto que, a despeito de perder o imóvel, resta exonerado da dívida: “*O intuito da adjudicação compulsória reside no equilíbrio visado nesse tipo de execução. Se, de um lado, em tempos de crise, o imóvel vale menos do que a dívida, beneficiando o devedor, que resolverá a dívida integralmente, de outra banda, no caso de o valor desta se situar aquém, o credor também ficará impedido de exigir a diferença*” (Manual da execução, 12. ed., 2009, p. 1065).

⁴¹⁴ Recentemente decidiu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que, na hipótese de adjudicação, se o valor do bem adjudicado superar o valor do saldo devedor, a diferença deve ser entregue ao executado: “*Recurso Especial. Execução hipotecária. Adjudicação do bem pelo agente financeiro. direito à devolução ao executado da diferença entre o saldo devedor e o valor do bem adjudicado. Interpretação sistemática do art. 7º da Lei 5.741/71. Concreção dos princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da função social do contrato. 1. Execução hipotecária em que valor da avaliação do imóvel superou o montante do saldo devedor remanescente. 2. Correta a determinação pelo juízo à instituição financeira adjudicante de restituição aos mutuários da diferença. 3. Interpretação da regra do art. 7º da Lei 5.741/71 à luz dos*

Admite-se, por fim, a *remissão do imóvel penhorado*: se até a assinatura do auto de arrematação ou de adjudicação, o executado acudir ao pagamento da *dívida reclamada mais custas e honorários advocatícios*, então não se aperfeiçoará a expropriação e o bem remanescerá em seu patrimônio⁴¹⁵.

6.7 Enfraquecimento da hipoteca

Para as graves dificuldades experimentadas pelo SFH, embora estas devam ser atribuídas essencialmente a aspectos econômicos, também contribuiu o progressivo enfraquecimento da garantia que deveria assegurar o fluxo de retorno na hipótese de inadimplemento, qual seja, a *hipoteca*⁴¹⁶.

Embora de longa tradição no direito pátrio, este direito real de garantia sobre coisa imóvel perdeu muito de seu prestígio. Degradado que foi pela lei e pela jurisprudência, deixou de proporcionar a segurança que dele se esperava e, por isso, abriu espaço ao *ressurgimento do negócio fiduciário*⁴¹⁷, motivando o legislador, quando da concepção do SFI, a empregar como garantia a *alienação fiduciária de bem imóvel*.

Esperava-se da hipoteca, por suas características, notadamente pelo *direito de seqüela* que proporciona e pela *preferência* que atribui em concurso com os demais credores, que, excutida, satisfizesse o credor hipotecário. Mas cada vez menos isto ocorreu.

Na redação original do Código Civil de 1916, o crédito hipotecário deveria preferir a todos os demais, à exceção dos decorrentes dos *salários do trabalhador agrícola*⁴¹⁸. Atualmente, preferem ao hipotecário os *créditos trabalhistas em geral* e os *créditos*

---

princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da função social do contrato (...)” (STJ, 3ª Turma, REsp 1124362-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 21.05.2012).

⁴¹⁵ Art. 8º, Lei 5.741/71.

⁴¹⁶ Não por outra razão, passou-se a admitir a adoção da *alienação fiduciária em garantia de imóvel*, introduzida com o SFI, mesmo no âmbito do SFH (v., a propósito, as Resoluções 2.458, de 18.12.1997; 2.480, de 26.03.1998; e 3.347, de 08.02.2006 – esta última em vigor quando da elaboração do presente trabalho-, todas do Banco Central do Brasil).

⁴¹⁷ Nesse sentido, M. J. BEZERRA FILHO, *Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição*, Tese (Doutorado) 2006, pp. 130-131.

⁴¹⁸ Art. 759, parágrafo único, do Código Civil de 1916.

tributários (art. 186 do CTN). Dentre outras hipóteses casuísticas que poderiam aqui ser mencionadas, a jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é pacífica no sentido de que *os créditos decorrentes de despesas condominiais* também devem ser satisfeitos antes do hipotecário⁴¹⁹, assim como o crédito de *honorários advocatícios*⁴²⁰. Também fragilizou significativamente o instituto o entendimento reiterado daquele Tribunal, que afinal restou consagrado em sua Súmula 308, no sentido de que “*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*”.

A insegurança quanto ao retorno do capital mutuado levou à significativa retração do volume disponível para o financiamento imobiliário⁴²¹, situação que somente veio a se reverter com a criação do SFI e com a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel.

Não deixa de ser curioso observar, no entanto, que, no direito estrangeiro, a garantia por excelência para o financiamento imobiliário é e continua sendo a *hipoteca*, como se pode colher, v.g., da experiência norte-americana⁴²².

6.8 Sistema Financeiro Imobiliário (SFI)

A entrada em vigor da Lei 9.514/97 marcou um novo mecanismo financiamento, identificado como *Sistema Financeiro Imobiliário – SFI*.

Diferentemente do anterior, o novo mecanismo é caracterizado pela amplitude de meios de captação de recursos - posto que proporciona a estruturação de um *mercado secundário de créditos imobiliários*, baseado na *securitização de créditos imobiliário* e

---

⁴¹⁹ “(...) Por se tratar de obrigação propter rem, o crédito oriundo de despesas condominiais em atraso prefere ao crédito hipotecário no produto de eventual arrematação (...)” (STJ, 3ª Turma, REsp 540025/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.03.2006).

⁴²⁰ STJ, 4ª Turma, REsp 509490/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 02.12.2008.

⁴²¹ P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO apontam que, a despeito do enorme *déficit habitacional* brasileiro, e do setor produtivo sofrer de *carência de imóveis comerciais e industriais*, “houve retração do volume financeiro alocado para atender a esses setores imobiliários, por insegurança jurídica na efetividade do retorno dos investimentos lastreados nos créditos decorrentes dos contratos imobiliários com garantia hipotecária” (*Propriedade fiduciária imóvel*, 2009, p.22).

⁴²² V. item 5.2.1 acima.

emissão de *Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI's*, títulos de livre negociação lastreados em créditos imobiliários que constitui promessa de pagamento em dinheiro⁴²³ - pela amplitude da destinação dos recursos – posto que o objetivo do SFI é o de “*promover o financiamento imobiliário em geral*” (art. 1º da Lei 9.514/97), e não apenas o habitacional – e pelo baixo grau de intervenção do Estado; para além de trazer como garantia dos créditos o instrumento da *alienação fiduciária* de imóvel. Ao contrário da faceta *social* marcante no SFH, destaca-se no SFI sua faceta *financeira*⁴²⁴.

Curioso observar que o SFI não atraiu, de imediato, o interesse do mercado. Necessitou o Governo Federal, então, ajustá-lo. Merecem destaque, nesse contexto, as Medidas Provisórias 2.221/2001 e 2.223/2001. A primeira instituiu o *patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias*, o qual, ao permitir que se apartasse do patrimônio do incorporador aquele constituído pelo *terreno, acessões e demais bens e direitos vinculados a determinada incorporação*, contribuiu para o aumento da *segurança*. A segunda criou dois novos títulos negociáveis no mercado, as *Letras de Câmbio Imobiliárias – LCI* e as *Cédulas de Crédito Imobiliário- CCI* e, com isto, ampliou “*as alternativas de captação de recursos pelos agentes financeiros responsáveis pela*

---

⁴²³ V. arts. 6º a 8º da Lei 9.514/97. Explicando a dinâmica do sistema, observa A. WALD que “*o crédito se constitui com a alienação das unidades imobiliárias, representada pelo saldo do preço de venda e atrelado a uma garantia de pagamento deste preço - o próprio imóvel alienado. Em seguida, o construtor ou incorporador vai buscar negociar este crédito com uma companhia securitizadora ou com uma instituição financeira, que irá avaliar os riscos da operação, baseada nas condições do contrato de financiamento existente*”, culminando na emissão e negociação dos CRI's (Alguns aspectos do regime jurídico do sistema financeiro imobiliário (Lei 9.514/97), in, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 4, 1999, p. 17).

⁴²⁴ Observa V. L. DENARDI que “*distante de traduzir o escopo social, facilitando a aquisição da casa própria pelas camadas de menor renda (...), a criação do Sistema Financeiro Imobiliário objetivou dar maior segurança aos investidores para que fossem destinados recursos à construção civil, à conta de gerar empregos e desenvolvimento econômico*” (*Execuções judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, p. 27). Tal ponderação, a nosso ver, merece ser interpretada com reservas, pois a faceta *financeira* posta em destaque não significa que o SFI seja irrelevante ou mesmo nocivo sob o aspecto social. Pelo contrário, tal sistema foi de fundamental importância para revitalizar um combalido mercado imobiliário e proporcionar expressivo volume de recursos a juros baixos, de modo a tornar acessível o financiamento imobiliário em geral. Ocorre que a estrutura do SFI, notadamente pela forma de *captação de recursos* (essencialmente privados, inclusive oriundos do *mercado financeiro e de valores mobiliários* – art. 4º, parágrafo único, da Lei 9.514/97) e por trazer dentre suas *condições essenciais* a *reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste* (art. 5º, I, da Lei 9.514/97) e a *remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato* (art. 5º, II, da Lei 9.514/97), inclusive com *juros capitalizados* (art. 5º, III, da Lei 9.514/97), exige alto grau de segurança e eficiência na recuperação de montantes eventualmente inadimplidos. Destacando a importância do SFI – e da *alienação fiduciária em garantia* – para a consecução de objetivos sociais, v. J. M. ARRUDA ALVIM, *Alienação fiduciária de bem imóvel: o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características*, in *Revista de Direito Privado*, nº 2, 2000, p. 163. Criticando-o, por reputá-lo “*outro esquema de tecnocratas, sem uma base histórica nacional, e desligados da realidade brasileira, de improvável sucesso na aplicação prática*”, A. RIZZARDO, *Contratos de crédito bancário*, 2011, p. 219.

concessão de crédito imobiliário e facilitando as operações de cessão de créditos imobiliários”⁴²⁵.

O SFI consolidou-se, no entanto, somente a partir do advento da Lei 10.931/2004, que, para além de incorporar em definitivo os instrumentos criados pelas citadas Medidas Provisórias e promover ajustes pontuais em diplomas legais que dispunham sobre alienação fiduciária, disciplinou, em seus artigos 46 a 52, importantes aspectos a respeito dos *contratos de financiamento de imóveis*, destacando-se as regras de seu artigo 50 acerca de *ações judiciais* nas quais se questionem valores decorrentes de *empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários*. Tais regras, por sua relevância para o tema em exame, serão examinadas em título próprio⁴²⁶.

6.9 Alienação fiduciária em garantia de imóvel

No SFI, sistema em que se pode captar recursos no *mercado financeiro* a partir de títulos lastreados em recebíveis imobiliários, é indispensável haver a maior segurança possível para a recuperação de valores inadimplidos.

Com o enfraquecimento da *hipoteca* no direito brasileiro, foi o legislador buscar outra modalidade de garantia para o crédito decorrente do financiamento imobiliário: a *alienação fiduciária em garantia de bem imóvel*.

Inspirou-se, por certo, no instituto da *alienação fiduciária em garantia de bens móveis*, disciplinado no direito pátrio a partir da segunda metade da década de 60 do século passado⁴²⁷.

---

⁴²⁵ E. L. LUNDBERG - B. S. MARTINS - T. TAKEDA. Crédito Habitacional no Brasil: aperfeiçoamentos institucionais e avaliação da evolução recente, in *Relatório de Economia Bancária e de Crédito*, 2008, p.82.

⁴²⁶ v. item 9.2.1 abaixo

⁴²⁷ Sobre o tema, merecem destaque as obras pioneiras de A. BUZAID (*Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia* (Lei n. 4728, art. 66), 1969); O. GOMES (*Alienação fiduciária em garantia*, 1972), editada originalmente em 1970 e J. C. MOREIRA ALVES (*Da alienação fiduciária em garantia*, 1979), primeira edição do ano de 1973. Embora existam divergências sobre a origem histórica do instituto e seu desenvolvimento nos diversos ordenamentos, que proporcionaram espécies diversas a partir do gênero comum da *propriedade fiduciária*, aponta a doutrina ser a *alienação fiduciária em garantia verdadeira criação* do direito positivo brasileiro (A. BUZAID, ob. cit., p. 2 e J. C. MOREIRA ALVES, ob. cit., p. 32).

Já se fazia notar, à época, a insuficiência das garantias tradicionais para a tutela do crédito numa economia em crescimento⁴²⁸, que reclamava financiamento para fomentar a indústria e para desenvolver o comércio. Neste cenário, o art. 66 da Lei 4.728/65 e o Decreto-lei 911/1969 conceberam e disciplinaram a *alienação fiduciária* para permitir ao credor, tornado detentor do *domínio resolúvel* e da *posse indireta* da *coisa móvel alienada*, na hipótese de inadimplemento do devedor, obtê-la das mãos de quem a detivesse – valendo-se, para tanto, de célere procedimento judicial de *busca e apreensão*⁴²⁹ - e, então, vendê-la *a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial* e empregar o valor apurado para satisfazer o crédito e despesas, entregando ao devedor eventual saldo remanescente⁴³⁰.

Apontava a doutrina que “*faltava, todavia, um instrumento análogo para os imóveis, diante da relativa precariedade da garantia hipotecária*”⁴³¹, e esta lacuna veio a ser suprida pela *alienação fiduciária em garantia de bem imóvel*.

Alienação fiduciária em garantia de imóvel, tal como definida pelo artigo 22 da Lei 9.514/97, é o “*negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel*”.

Trata-se, pois, de instituto voltado à *garantia creditícia*, essencialmente diverso da *hipoteca*, pois recai sobre imóvel cujo domínio é transmitido ao credor, caracterizando-se, então, como *direito real sobre coisa própria*⁴³². É certo afirmar, pois, que “*na hipoteca o*

---

⁴²⁸ A propósito, anotou J. C. MOREIRA ALVES que, desde o século XIX – e a observação remanesce atual - “*se tem sentido, cada vez mais, a necessidade da criação de novas garantias reais para a proteção do direito de crédito. As existentes nos sistemas jurídicos de origem romana - e são elas a hipoteca, o penhor e a anticrese - não mais satisfazem a uma sociedade industrializada, nem mesmo nas relações creditícias entre pessoas físicas, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e morosidade em executá-las, ou pela superposição a elas de privilégios em favor de certas pessoas, especialmente do Estado*” (*Da alienação fiduciária em garantia*, 2009, p. 3).

⁴²⁹ Art. 3º e ss. do Decreto-lei 911/1969.

⁴³⁰ Art. 2º, *caput*, Decreto-lei 911/1969.

⁴³¹ A. WALD, Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº 51, 2001, p. 257.

⁴³² “*Diferentemente da hipoteca, do penhor e da anticrese, a propriedade fiduciária em garantia é direito real em coisa própria, pois enquanto naquelas modalidades de garantia o devedor conserva o bem em seu patrimônio, na garantia fiduciária o devedor demite-se do seu direito de propriedade e o transmite ao patrimônio do credor*” (M. N. CHALHUB, *Alienação fiduciária de bens imóveis*. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº. 63, 2007, p. 85).

devedor grava o imóvel mas o mantém sob seu domínio, enquanto que na propriedade fiduciária o devedor transfere o domínio para o credor”⁴³³.

Incumbe-se a lei de apontar os *requisitos mínimos* que deverão constar do contrato que serve de título ao negócio fiduciário⁴³⁴, constituindo-se a propriedade fiduciária pelo registro do aludido título no Cartório de Registro de Imóveis competente⁴³⁵. Com o registro, transmite-se o domínio do bem ao credor, que também se torna titular da posse indireta; a posse direta é detida pelo devedor⁴³⁶.

A transferência de domínio se opera, importa destacar, no âmbito de típica relação jurídica fiduciária, razão pela qual é *condicional*⁴³⁷ e *limitada*⁴³⁸, atrelada a uma finalidade específica de *garantia*, imune à responsabilidade patrimonial decorrente de outras obrigações supervenientes estranhas à finalidade que lhe deu causa⁴³⁹ - a ponto de não se

---

⁴³³ M. N. CHALHUB, O leilão extrajudicial face ao princípio do devido processo legal, in *RePro*, nº. 96, 1999, p. 75.

⁴³⁴ Art. 24, Lei 9.514/97: “O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterà: I - o valor do principal da dívida; II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário; III - a taxa de juros e os encargos incidentes; IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição; V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; VII - a cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27”.

⁴³⁵ Art. 23, Lei 9.514/97.

⁴³⁶ Art. 23, parágrafo único, Lei 9.514/97.

⁴³⁷ Aponta a doutrina que a expressão *condição*, no contexto da alienação fiduciária, seja para designar a aquisição realizada pelo credor fiduciário (*condição resolutiva*), seja para qualificar o direito do devedor fiduciário sobre o bem (*condição suspensiva*), embora adotada de maneira usual, não se emprega em sentido próprio, pois o efeito a que se alude com a expressão – resolução da propriedade do credor e restabelecimento da propriedade do devedor - decorre da lei (*condicio iuris*) e não da vontade das partes (*condicio facti*), merecendo apenas esta última ser tecnicamente qualificada como condição (J. C. MOREIRA ALVES, *Da alienação fiduciária em garantia*, 1979, p. 140).

⁴³⁸ Qualifica-a A. WALD como transitória e temporária, “uma vez que a propriedade é transferida ao credor (fiduciário), até que a dívida seja paga pelo devedor (fiduciante), não havendo a intenção de se manter a propriedade do fiduciário, mas, tão-somente, de lhe servir de garantia. Daí por que está prevista sua extinção no próprio título em que se contrata sua instituição” (Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº 51, 2001, p. 261).

⁴³⁹ L. BRANELLI observa que há créditos com preferência em relação ao do fiduciante, mas que só tornam ineficaz a transferência fiduciária se preexistentes: “A diferença, importante, em relação à hipoteca, está no fato de que nesta, por se tratar de direito sobre coisa alheia, os créditos trabalhistas e fiscais posteriores a afetam, ao passo, que na propriedade fiduciária, por se tratar de direito sobre coisa própria, somente lhe afetam os créditos anteriores à sua constituição. (Análise econômica do contrato de financiamento imobiliário, in *Revista de direito imobiliário*, nº 71, 2011, p. 31).

submeter o *credor fiduciário* aos efeitos de eventual recuperação judicial do devedor⁴⁴⁰ - e voltada a resolver-se quando tal finalidade se encerrar.

Daí dizer-se que “*o credor adquire o imóvel, para fins de garantia, sob condição resolutiva; de outra parte, o fiduciante torna-se titular de direito de aquisição sob condição suspensiva*”⁴⁴¹: uma vez paga a dívida e seus encargos, objeto da garantia, a propriedade fiduciária ostentada pelo credor se resolve⁴⁴² e o domínio torna ao devedor⁴⁴³.

Merece destaque o fato de que, solvida a obrigação garantida pela alienação fiduciária de imóvel, desnecessário lavrar e registrar na matrícula imobiliária novo título translativo de domínio do credor para o devedor, para transferir-lhe a propriedade a partir de então.

Basta o simples o termo de quitação, que o credor é obrigado a emitir em *até trinta dias contados da liquidação da dívida, sob pena de multa*⁴⁴⁴, ser averbado para *cancelar o registro da propriedade fiduciária*⁴⁴⁵ titulada pelo credor, restabelecendo-se, retroativamente, a plena propriedade do devedor como se não houvesse alienado o bem⁴⁴⁶.

---

⁴⁴⁰ Como se depreende dos comandos do art. 49, § 3º, Lei 11.101/05 e art. 32, Lei 9514/97. Por tal razão, pode o credor fiduciário perseguir a satisfação de seu crédito por meio de *execução extrajudicial*, devendo observar, contudo, o prazo de suspensão de até 180 dias estabelecido no art. 6º, § 4º, da referida lei (neste sentido, M. N. CHALHUB, *ob. cit.*, pp. 298-299). Na jurisprudência, neste mesmo sentido, cf. *TJ/SP*, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, AI 0070901-13.2011.8.26.00, Rel. Des. Pereira Calças, j. 28.02.2012. Contra, entendendo que a legislação remeteria “*o credor e proprietário fiduciário às vias jurisdicionais do procedimento judicial restitutório pertinente (...), afastada a incidência do regime extrajudicial de excussão previsto nos arts. 26 e 27 [da Lei 9514/97]*”, P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO, *Propriedade fiduciária imóvel*, 2009, p. 134.

⁴⁴¹ M. N. CHALHUB, *Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato*, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº. 63, 2007, p. 88.

⁴⁴² Art. 25, Lei 9.514/97.

⁴⁴³ Não se aprofundará aqui, por desnecessário, a discussão doutrinária sobre a natureza dos direitos do *fiduciante* e, especialmente, do *fiduciário* em relação ao bem. Passando em revista os vários entendimentos a respeito deste último ponto, para concluir que “*a posição do fiduciante em relação ao bem perante terceiros, e para fins que não sejam de garantia, continua sendo a de proprietário*”, v. A. C. NOGUEIRA, *Propriedade fiduciária em garantia: o sistema dicotômico da propriedade no Brasil*, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 39, 2008, p. 66.

⁴⁴⁴ Art. 25, § 1º, Lei 9.514/97. Observa G. G. FELICIANO que a cobrança de tal multa demandaria “*a propositura de ação de conhecimento para a respectiva cobrança (pelo que se deduz do texto legislativo, o devedor fiduciante não terá a seu dispor, nesse caso, qualquer título de executibilidade imediata), o que arrefece o poder coercitivo da sanção legal*” (*Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à lei n. 9.514/97*, 1999, p.459). De nossa parte, observamos que, ainda que inexistente prévio título executivo para lastrear a cobrança da multa, o eficiente mecanismo de tutela de *obrigações específicas* (art. 461 do Código de Processo Civil) não deixará ao desamparo o devedor fiduciante.

⁴⁴⁵ Art. 25, § 2º, Lei 9.514/97.

⁴⁴⁶ M. N. CHALHUB, *Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato*, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº. 63, 2007, p. 89.

6.10 Execução extrajudicial do imóvel objeto de alienação fiduciária (art. 26 e ss. da Lei 9.514/97)

Como já se assentou, a eficiência do sistema de financiamento depende não apenas da solidez da garantia, mas também da existência de um mecanismo adequado para proporcionar a célere satisfação de valores inadimplidos.

Na hipótese em exame, previu-se que, inadimplida a obrigação garantida pela alienação fiduciária e não purgada a mora pelo devedor, convolvendo-se o inadimplemento em absoluto⁴⁴⁷, a propriedade ostentada pelo credor, até então resolúvel, consolida-se⁴⁴⁸ - embora nem por isso possa ser considerada verdadeiramente *plena*⁴⁴⁹ - e, para permitir a efetiva satisfação de sua pretensão pecuniária, dá-se ensejo ao procedimento de *execução extrajudicial* disciplinado pelos artigos 27 e seguintes da Lei 9.514/97, adiante examinado.

6.10.1 Agente de execução

A Lei 9.514/97 atribuiu ao *Oficial do Cartório de Registro de Imóveis* competente a incumbência de realizar importantes atos no procedimento de execução extrajudicial do

---

⁴⁴⁷ Como bem observam P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO, “*não é a mora de dívida não vencida e não paga que eclode a alternativa de consolidação, mas sim o inadimplemento, que é a mora em que tenha sido constituído o devedor, e não purgada no prazo legal*” (*Propriedade fiduciária imóvel*, 2009, p.161).

⁴⁴⁸ Art. 26, Lei 9.514/97.

⁴⁴⁹ Como argutamente anota G. G. FELICIANO, “*a propriedade consolidada não atinge a plenitude do artigo 524 do Código Civil [a referência é ao dispositivo do Código de 1.916; no atual, regra análoga se encontra no artigo 1.228]; por tal razão, aqui também cabem as ilações de Moreira Alves sobre o caráter sui generis do direito real gerado pela alienação fiduciária em garantia, mesmo após a consolidação da posse ou da propriedade. O credor fiduciário não poderá usar, gozar e dispor do imóvel ao seu talante; antes, deverá tê-lo alienado em hasta pública*” (*Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à lei n. 9.514/97*, 1999, p. 463). Daí J. M. ARRUDA ALVIM criticar o emprego da expressão *consolidação*, adotada pelo texto legal, observando que, em verdade, com o inadimplemento do devedor, fica o credor *legitimado a proceder aos leilões* “*e, se no segundo leilão não houve resultado prático, aí, então, tornar-se-á o credor proprietário propriamente dito (art. 27 § 5º). Ou seja, é neste momento que ocorre real consolidação*” (*Comentários ao Código Civil Brasileiro: livro introdutório ao direito das coisas e ao direito civil*, t.I, v. XI, 2009, p. 242).

imóvel oferecido em alienação fiduciária em garantia, o que permite identificá-lo como o principal *agente de execução* em tal procedimento⁴⁵⁰.

Sua atuação deve se pautar pelo *princípio da legalidade*, na medida em que tal agente de execução só poderá fazer o que a lei expressamente lhe autoriza.

Vale destacar que o Cartório de Registro de Imóveis inicia o exercício do controle da legalidade desde bem antes da deflagração da execução extrajudicial, na ocasião da formação do título. Deve o órgão verificar, neste momento inicial, se todos os requisitos legais *formais e extrínsecos*⁴⁵¹ estão presentes e, do contrário, recusar o registro⁴⁵², caso em que a alienação fiduciária nem se constitui, impossibilitando-se *ab ovo* a execução extrajudicial.

Como se verá adiante, ao longo do procedimento, o Cartório de Registro de Imóveis desempenha os atos de *comunicação ao devedor*, de *controle de purga da mora*, de *consolidação da propriedade em nome do credor* e, por fim, de *transferência do imóvel arrematado* em leilão extrajudicial.

---

⁴⁵⁰ Art. 26, § 1º, Lei 9514/97.

⁴⁵¹ É assente no Conselho Superior da Magistratura do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO o entendimento de que o Cartório de Registro de Imóveis deve se ater aos “*requisitos formais e extrínsecos do título, em consonância com a situação registral (...). O exame de legalidade, em outras palavras, abrange a análise do título tendo em conta seu aspecto visível, quer no que tange ao título considerado como documento representativo de ato ou negócio jurídico, como no que se refere ao ato ou negócio naquele consubstanciado*” (TJ/SP, Conselho Superior da Magistratura, Ap.Civ. 287/2009, Rel. Des. Luiz Elias Tâmbara, j. 03.09.2009) e “*não deve portanto, ao examinar o título que lhe é exibido, analisar os aspectos intrínsecos e interpretá-lo*”(TJ/SP, Conselho Superior da Magistratura, Ap.Civ. 596-6/0, Rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, j. 09.11.2006).

⁴⁵² “*Registro de Imóveis – Dúvida – Contrato de alienação fiduciária em que não observados integralmente os requisitos previstos no Artigo 24, e seus incisos, da Lei nº 9.514/97 – Registro inviável – Recurso não provido*”, constando do voto o seguinte trecho “*(...) ao oficial registrador compete verificar a presença dos requisitos do contrato de alienação fiduciária como condição para o registro, em cumprimento do princípio da legalidade, afigurando-se correta a recusa quando ausentes aqueles previstos em lei*” (TJ/SP, Conselho Superior da Magistratura, Ap.Civ. 254-6/0, Rel. Des. José Mário Antonio Cardinale, j. 10.03.2005). No mesmo sentido: TJ/SP, Conselho Superior da Magistratura, Ap.Civ. 580-6/8, Rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, j. 19.04.2007 e TJ/SP, Conselho Superior da Magistratura, Ap. Civ. 0007834-05.2008.8.26.0348, Rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, j. 15.09.2011. 2). Sobre o ponto, na doutrina, v. I. R. TREVELIM, *A alienação fiduciária em garantia e sua aplicação no mercado de financiamento imobiliário*, Dissertação (Mestrado), 2008, p. 132.

O *Oficial de Registro de Imóveis*, importa lembrar, é fiscalizado pelo Poder Judiciário⁴⁵³ e, no desempenho de seus atos, responderá nas esferas administrativa, civil e penal⁴⁵⁴.

6.10.2 Procedimento de execução extrajudicial na alienação fiduciária em garantia de imóvel

O procedimento de execução extrajudicial em exame não se deflagra automática e imediatamente após o inadimplemento. Exige-se do credor que, por primeiro, aguarde o *prazo de carência* estabelecido em contrato⁴⁵⁵.

Vencido tal prazo e persistindo o inadimplemento, o credor deverá dirigir ao Oficial de Registro de Imóveis da circunscrição do bem ofertado em garantia um *“requerimento escrito, instruído com demonstrativo analítico da dívida”*⁴⁵⁶, no qual postulará seja o devedor *intimado a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação*⁴⁵⁷. A purga da mora, como se vê, dá-se pelo pagamento do montante até então devido, acrescido dos respectivos consectários, mas sem previsão legal de vencimento antecipado do saldo⁴⁵⁸, caracterizando-se como mecanismo de *“cure redemption”*.

---

⁴⁵³ Arts. 37 e 38 da Lei 8.935/94

⁴⁵⁴ Arts 22 a 24 e 31 e ss. da Lei 8.935/94.

⁴⁵⁵ Art. 26, § 2º, Lei 9.514/97. Trata-se de um *“prazo de tolerância, durante o qual, apesar de correrem juros e demais cominações legais e contratuais, o credor fica impedido de agir”* (M. P. MEZZARI, *Alienação fiduciária da Lei 9514, de 21-11-1997*, 1998, p.61). Entende M. N. CHALHUB ser exigência legal o estabelecimento, em contrato, do prazo de carência (*Negócio fiduciário*, 2009, p. 251). Recomenda S. J. MARTINS que *“o credor aguarde o inadimplemento de três prestações para iniciar a Execução Extrajudicial”* (*Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários*, 2007, p. 160), para guardar simetria com a exigência trazida para a *execução extrajudicial hipotecária* (v. art. 21 da Lei 8.004/90 e item 6.5.2 acima); muito embora, para a modalidade em questão, inexistia norma em tal sentido.

⁴⁵⁶ M. TERRA, *Alienação fiduciária de imóvel em garantia (Lei 9.514/97, primeiras linhas)*, 1998, p. 43. V. ainda notas 366 acima e 534 abaixo, bem como item 9.1.1 abaixo.

⁴⁵⁷ Art. 26, § 1º, Lei 9.514/97

⁴⁵⁸ Na explicação de P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO, *“como só são cogitáveis as prestações vencidas até a data do pagamento (§1º do art. 26) para efeito de purgação da mora, não há falar em incorrente antecipado vencimento de toda a dívida remanescente nas prestações futuras, que seguem o curso normal do contrato convalescido”* (*Propriedade fiduciária imóvel*, 2009, p.144). Sobre o ponto, v. item 9.1.2 abaixo.

O ato de comunicação pessoal do devedor para que purgue a mora – tratado na Lei como *intimação* – cabe ao Oficial do Registro de Imóveis, que poderá designar preposto seu para cumpri-lo, ou delegá-lo ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou ainda realizá-lo por intermédio dos Correios, por carta com aviso de recebimento⁴⁵⁹.

Acaso não localizado o devedor, deverá ser o fato *certificado* pelo Oficial do Registro de Imóveis e, na sequência, a requerimento do credor, deverá ser promovida pelo Oficial a *intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutra de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária*⁴⁶⁰.

Tendo em vista que a persistência do inadimplemento implica a consolidação da propriedade em nome do credor⁴⁶¹, a purga da mora, ao menos administrativamente, é admitida antes de tal evento e faz convalescer o contrato⁴⁶². O valor respectivo é recebido pelo Registro de Imóveis, que é obrigado a, no prazo de *três dias seguintes à purgação da mora*, entregá-lo ao credor, ficando autorizado a deduzir as despesas de cobrança e de intimação⁴⁶³.

Não purgada a mora, e em razão das já aludidas características da *alienação fiduciária em garantia de bem imóvel*, no plano do direito material, deverá o *Oficial do*

---

⁴⁵⁹ Art. 26, § 3º, Lei 9.514/97. Com autoridade de registrador imobiliário, pontifica N. BALBINO FILHO: “*optamos pelas diligências pessoais. O documento remetido via postal com aviso de recebimento não preenche os requisitos necessários à notificação, porque: 1º, pode ser recebido por outra pessoa que não o notificando; 2º, embora firmado pelo notificando, o comprovante do ‘AR’ faz prova de que o destinatário recebeu algo, mas não confirma o teor da correspondência, o seu conteúdo. Por isso, reputamos insegura a notificação via postal com ‘AR’*” (Registro de imóveis, 2009, p. 141). Com efeito, a *intimação pessoal* é de fundamental importância para a validade do procedimento – v. item 9.1.1abaixo-. Daí observar A. L. CLÁPIS que “*o registrador deve agir com muita cautela e garantir que a intimação seja feita de forma a garantir (i) o efetivo conhecimento do devedor da situação de mora em que se encontra e (ii) uma segura execução da garantia ao credor, caso o fiduciante não purgue a mora*” (A propriedade fiduciária imobiliária – aspectos gerais e registrários, Dissertação (Mestrado), 2010, p. 159).

⁴⁶⁰ Art. 26, § 4º, Lei 9.514/97. Sustenta A. L. CLÁPIS que “*o edital é ato privativo do oficial do Registro de Imóveis. É ele quem redige e promove a publicação. O teor do edital deverá conter todos os requisitos e as informações da intimação*” (A propriedade fiduciária imobiliária – aspectos gerais e registrários, Dissertação (Mestrado), 2010, p. 160). Sobre o entendimento dos Tribunais a respeito da comunicação por meio de edital em procedimentos extrajudiciais, v. nota 365 acima.

⁴⁶¹ Art. 26, § 7º, Lei 9.514/97. Sobre as limitações da *consolidação* havida neste momento, v. nota 449 acima.

⁴⁶² Art. 26, §5º, Lei 9.514/97.

⁴⁶³ Art. 26, §6º, Lei 9.514/97.

Registro de Imóveis certificar o fato e promover a *averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do credor*⁴⁶⁴, desde que este último, em contrapartida, apresente a prova do *pagamento dos tributos incidentes*⁴⁶⁵.

Dado que a transmissão do bem ao credor se deu com finalidade de garantia, não se admite que este remanesça com o imóvel em seu patrimônio; ao menos, não sem antes tentar aliená-lo⁴⁶⁶. Assim, dentro em trinta dias contados do registro do ato de consolidação da propriedade em seu nome, deverá o credor promover *público leilão* extrajudicial para a alienação do imóvel⁴⁶⁷, precedido, no mínimo, de editais que dêem publicidade ao ato⁴⁶⁸, a ser desempenhado por leiloeiro público⁴⁶⁹.

No primeiro leilão, persegue-se lance que seja pelo menos equivalente ao *valor do imóvel*, previamente fixado em contrato e revisado conforme critérios lá estabelecidos pelas partes⁴⁷⁰.

---

⁴⁶⁴ Como bem observa G. G. FELICIANO, “*nesse diapasão, o que na alienação fiduciária de móveis se dá pela busca e apreensão judicial (vez que a propriedade mobiliária somente se transfere pela tradição), na alienação fiduciária de imóveis ocorre por mero ato notarial, registrando-se a consolidação do domínio em favor do credor fiduciário*” (*Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à lei n. 9.514/97*, 1999, p. 463). Com efeito, em se tratando de *bem imóvel*, o ato de consolidação da propriedade independe da posse direta e prescinde do emprego da força, daí poder ser realizado de maneira *extrajudicial*. A posse direta da coisa dada em garantia fiduciária, por seu turno, seja ela *móvel* (postulada por meio da *ação de busca e apreensão* prevista no art. 3º do Decreto-lei 911/69), seja ela *imóvel* (pretendida por meio da *ação de reintegração de posse* contemplada pelo art. 30 da Lei 9.514/97), por exigirem atos de força, deve ser perseguida no âmbito da jurisdição estatal (v. item 9.2.4 abaixo).

⁴⁶⁵ Art. 26, §7º, Lei 9.514/97, redação dada pela Lei 10.931/2004.

⁴⁶⁶ Também receberá o credor *em definitivo* a propriedade do imóvel ofertado em garantia, ficando dispensado de realizar os leilões, se o devedor, com a anuência do credor, *der o imóvel em pagamento da dívida*, conforme previsão do art. 26, §8º, Lei 9.514/97, redação dada pela Lei 10.931/2004.

⁴⁶⁷ Art. 27, *caput*, Lei 9.514/97. Como bem explica M. N. CHALHUB, “*nesta espécie de negócio, a função da propriedade fiduciária é apenas assegurar, ao credor, direito ao conteúdo econômico do bem, e é por isso mesmo que ele é obrigado a vender o bem em público leilão, para convertê-lo em dinheiro, quando poderá se apropriar do produto da venda, até o limite do seu crédito, e deverá entregar a quantia excedente ao devedor*” (*Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato*, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº. 63, 2007, p. 94).

⁴⁶⁸ Neste sentido, M. TERRA, *Alienação fiduciária de imóvel em garantia (Lei 9.514/97, primeiras linhas)*, 1998, p. 45. Sobre a publicidade das hastas públicas, v. item 9.1.3 abaixo.

⁴⁶⁹ Nos termos do Decreto 21.981/32, aplicado de maneira supletiva naquilo que a Lei 9.514/97 não dispuser de maneira diferente.

⁴⁷⁰ Art. 27, §1º e 24, VI, Lei 9.514/97. Como corretamente pondera S. J. MARTINS, “*revisão não se confunde com atualização monetária; a revisão ocorre em função de fatores de mercado que podem alterar sensivelmente o valor inicialmente estabelecido*” (*Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários*, 2007, p.167). Observa M. N. CHALHUB que, na prática, é comum que as partes estabeleçam, quando a alienação fiduciária é contratada para garantia de financiamento de unidade autônoma decorrente de incorporação imobiliária, que o preço revisado será o preço pactuado originalmente corrigido pelos mesmos critérios do financiamento; de outro lado, sendo a alienação fiduciária garantia de aquisição de lote de terreno, o preço revisado considerará ainda o valor das acessões erguidas pelo fiduciante, que pode ser apurado, v.g., pela multiplicação da área construída por valor de referência extraído de revista especializada apontada pelas

Se no primeiro leilão o lance não alcançar o *valor revisado* do imóvel, realiza-se, nos quinze dias seguintes, o segundo leilão, para o qual se aceita *o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais*⁴⁷¹.

Exitoso o leilão – vale dizer, o valor do lance superou, pelo menos, o montante correspondente à dívida acrescida das despesas e encargos aos quais aludem os parágrafos segundo e terceiro do artigo 27 da Lei 9.514/97 -, o credor deve primeiramente pagar as despesas e encargos; na sequência, deve pagar-se e, após, havendo montante remanescente, *entregará ao devedor a importância que sobejar*⁴⁷², *considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias*, tendo-se as partes por mutuamente satisfeitas, implicando o ato *recíproca quitação*, descabendo na hipótese que o ocupante sustente pretensão de retenção do imóvel por benfeitorias⁴⁷³.

A despeito da ausência de previsão legal, mas considerando-se as peculiaridades da *alienação fiduciária em garantia de bem imóvel* no plano do direito material no que concerne à propriedade, consolidada com o credor desde o inadimplemento, entende-se que o título translativo da propriedade, que permitirá o registro do imóvel em nome do arrematante, consiste de escritura pública ou documento particular ao qual a lei reconheça tal eficácia⁴⁷⁴, lavrada a partir do *auto de arrematação* expedido pelo leiloeiro.

---

partes, aplicando-se ainda eventual fator de depreciação em razão da passagem do tempo (*Negócio fiduciário*, 2009, pp. 262-263).

⁴⁷¹ Art. 27, §§ 1 e 2º, da Lei 9.514/97. Observa-se que a própria lei cuida de especificar o que deve ser compreendido por dívida (“o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais” - art. 27, §3º, I, Lei 9.514/97-) e por despesas (“a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro” - art. 27, §3º, II, Lei 9.514/97-).

⁴⁷² “Embora a Lei seja omissa quanto à rigorosa ordem de pagamento, o mais coerente é que primeiro seja pago o leiloeiro, depois sejam compensadas as despesas cartorárias adiantadas pelo credor, seguindo-se a satisfação das Fazendas Públicas (observada a ordem de preferência estabelecida entre elas) e, por fim, a satisfação do credor fiduciário. Se houver saldo, deverá ser entregue ao devedor” (S. J. MARTINS, *Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários*, 2007, p.170). Diferentemente do que se passa na alienação havida em juízo, eventuais débitos que gravam o imóvel não ficam *sub-rogados* no valor do lance.

⁴⁷³ Art. 27, § 4º, da Lei 9.514/97. Tal dispositivo prevê, ainda, não se aplicar “o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil”. A alusão é ao direito de retenção por benfeitorias e a menção é ao dispositivo do Código Civil de 1916.

⁴⁷⁴ Com esse entendimento, dentre tantos, M. TERRA, *Alienação fiduciária de imóvel em garantia (Lei 9.514/97, primeiras linhas)*, 1998, p. 49 e M. N. CHALHUB, *Negócio fiduciário*, 2009, p. 264; valendo observar que o art. 38 da Lei 9.514/97, na redação que lhe deu a Lei 11.076/2004, admite tal eficácia aos instrumentos particulares atinentes à primeira Lei, aí incluídos *aqueles que visem à constituição*,

Importante notar que, no regime da alienação fiduciária, se o valor do lance não for suficiente para cobrir a totalidade da dívida acrescida de despesas e encargos, ou mesmo se não houver licitantes, a solução imposta pelo legislador é a de que o credor receba definitivamente o bem em seu patrimônio⁴⁷⁵, sem restituição de valores ao devedor⁴⁷⁶ e, de outro lado, que a dívida resulte extinta, obrigando-se o credor a dar quitação ao devedor, *em termo próprio* e no prazo de *cinco dias contados da data do segundo leilão*⁴⁷⁷. Também

---

transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis. Em sentido contrário, invocando o quanto previsto no art. 37, *caput*, do Decreto-lei 70/66, sustenta A. L. CLÁPIS que o título a ser apresentado ao Cartório de Registro de Imóveis é a *carta de arrematação assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo devedor* (cuja eventuais ausência ou recusa em assinar a carta devem ser certificadas pelo leiloeiro), *pelo arrematante e por cinco testemunhas* (A propriedade fiduciária imobiliária – aspectos gerais e registrários, Dissertação (Mestrado), 2010, p. 178).

⁴⁷⁵ “Diante do silêncio da lei, o que há de se subentender na prática após duas tentativas frustradas de leilão é a solução legal para o impasse, pela cessação natural da proibição circunstancial de poder o ex-credor ficar em definitivo com o imóvel fiduciado, restando liberado para negociá-lo supervenientemente, sob sua inteira disponibilidade de resultado, hipótese em que não cabe qualquer outra prestação de contas ao ex-devedor após a ulterior venda privada” (P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO, *Propriedade fiduciária imóvel*, 2009, p.175).

⁴⁷⁶ Em sentido contrário e aparentemente conflitante com o disposto no art. 27 § 5º da Lei 9.514/97, sustentam P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO remanescer, mesmo após frustrado o segundo leilão, a necessidade de se proceder a *ajuste de posições*, a ser feito considerando que o imóvel teria se incorporado ao patrimônio do credor pelo valor que lhe atribuíram as partes (art. 24, VI, Lei 9.514/97), aproveitando-se tal valor em favor do devedor, assim como as parcelas que já pagou da dívida, e apurando-se, a partir de então, a existência ou não de saldo a lhe ser restituído (*Propriedade fiduciária imóvel*, 2009, p. 170). *De jure condendo*, também com o objetivo de apurar eventual saldo em favor do devedor na hipótese de, frustrados os leilões, operar-se a *adjudicação* do imóvel pelo credor, propõe M. J. BEZERRA FILHO alteração nos §§2º e 5º do art. 27 da Lei 9514/97, para estabelecer que, no segundo leilão, o valor mínimo para expropriação seja igual ou superior a 75% do valor do imóvel mais as despesas e encargos, prêmios de seguros, encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais e que, se tal patamar não for alcançado, quando da adjudicação pelo credor, este deveria pagar ao devedor a diferença que existiria se o bem tivesse sido arrematado pelo valor mínimo que propôs (A execução extrajudicial de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel – exame crítico da Lei 9.514, de 20.11.1997, in: *Revista dos Tribunais*, nº. 819, 2004, pp. 75-76).

⁴⁷⁷ art. 27, §§ 5º e 6º, da Lei 9.514/97. Na opinião de P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO, o *instituto, de inspiração canônica*, “trata-se do ponto mais virtuoso do novo sistema legal, que funciona como atrativo tranquilizador ao financiado e aos coobrigados, pela segurança de que ao menos não serão estrangulados pelo ‘fantasma’ do saldo devedor, exonerados que estão ex lege desse temível resíduo exacerbado, que passa a integrar o risco da atividade do credor fiduciário, o que, noutros sistemas, completava a infelicidade dos inadimplentes e seus garantes (*Propriedade fiduciária imóvel*, 2009, p.169). Aponta M. N. CHALHUB que a obrigatoriedade de quitação, que “libera o devedor da responsabilidade pelo pagamento do eventual saldo da dívida, afastando a possibilidade de constrição de outros bens do seu patrimônio caso não se alcance, no leilão, valor suficiente para cobrir o crédito do fiduciário”, mitiga os eventuais impactos negativos do regime da alienação fiduciária e compensa a “maior eficácia da excussão da garantia”, que se opera em procedimento célere (*Alienação fiduciária de bens imóveis*. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº. 63, 2007, p. 95). Obtempera, porém, que “esse perdão da dívida deveria ser limitado a financiamentos de natureza habitacional, dele excluindo-se as operações de financiamento não-habitacional, em geral, e as de autofinanciamento do tipo consórcio”; pois somente se justificaria se presente a finalidade assistencial do financiamento: “ora, o perdão da dívida em relação ao saldo residual é mecanismo compensatório que só se justifica nas operações de finalidade assistencial, e é por essa razão que é empregado nos processos de execução judicial no âmbito do SFH, nos termos da Lei 5.741/1971, pela qual o devedor fica exonerado de pagar o saldo residual, da mesma forma que prevê o art. 27, § 5.º, da Lei 9.514/1997”. Para os demais casos, propugna que a cobrança do saldo seja autorizada (ob. cit., p. 105 e *Negócio fiduciário*, pp. 264-266). Com o objetivo de alterar a regra em questão, para excluir do

neste caso, a despeito do silêncio da lei, entende a doutrina que deverá ser lavrado e averbado na matrícula do imóvel o correspondente *auto de leilões negativos*⁴⁷⁸.

Também levando em conta as peculiaridades da *alienação fiduciária em garantia de bem imóvel*, sob o aspecto da posse, certo que o credor conserva consigo, desde a constituição da garantia, a *posse indireta* do bem, e que a posse direta do devedor só é justa enquanto estiver adimplente⁴⁷⁹, assegura-se ao credor – a este, até mesmo antes do leilão, desde que já consolidada em seu nome a propriedade do imóvel⁴⁸⁰ – ou ao seu cessionário ou sucessor, ou ainda ao adquirente do imóvel em leilão – a estes em conseqüente transmissão *ficta* da posse, por força de *constituto possessório*-, resistindo o ocupante em desalojar-se do imóvel, a obtenção da posse por meio de *ação de reintegração na posse*, na qual deverá o magistrado conceder liminar para *desocupação em sessenta dias*⁴⁸¹.

---

benefício do perdão da dívida as operações de financiamento não-habitacional e as de autofinanciamento do tipo consórcio, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1.070/2007. De nossa parte, reputamos o benefício – típica vedação do “*deficiency judgment*” – como necessário ao equilíbrio da execução extrajudicial (v. item 9.1.4 abaixo): ao credor que antever como insuficiente o resultado de remanescer com o imóvel em troca da quitação da dívida, restará perseguir a satisfação de seus interesses em via judicial.

⁴⁷⁸ M. N. CHALHUB, *Negócio fiduciário*, 2009, p. 264 e A. L. CLÁPIS, *A propriedade fiduciária imobiliária – aspectos gerais e registrários*, Dissertação (Mestrado), 2010, p. 152.

⁴⁷⁹ “O fato que enseja a reintegração é a perda de legitimidade da posse do fiduciante, que decorre da inexecução do contrato de alienação fiduciária, tendo em vista que a lei só reconhece legitimidade na sua posse enquanto adimplente” (M. N. CHALHUB, *Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato*, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº. 63, 2007, p. 106).

⁴⁸⁰ “SFI - Sistema Financeiro Imobiliário. Lei 9.514/97. *Alienação fiduciária de bem imóvel. Inadimplemento do fiduciante. Consolidação do imóvel na propriedade do fiduciário (...). Pretensão, do credor, a obter a reintegração da posse do imóvel anteriormente ao leilão disciplinado pelo art. 27 da Lei 9.514/97. Possibilidade. Interpretação sistemática da lei. 1. Os dispositivos da Lei 9.514/97, notadamente seus arts. 26, 27, 30 e 37-A, comportam dupla interpretação: é possível dizer, por um lado, que o direito do credor fiduciário à reintegração da posse do imóvel alienado decorre automaticamente da consolidação de sua propriedade sobre o bem nas hipóteses de inadimplemento; ou é possível afirmar que referido direito possessório somente nasce a partir da realização dos leilões a que se refere o art. 27 da Lei 9.514/97. 2. A interpretação sistemática de uma Lei exige que se busque, não apenas em sua arquitetura interna, mas no sentido jurídico dos institutos que regula, o modelo adequado para sua aplicação. Se a posse do imóvel, pelo devedor fiduciário, é derivada de um contrato firmado com o credor fiduciante, a resolução do contrato no qual ela encontra fundamento torna-a ilegítima, sendo possível qualificar como esbulho sua permanência no imóvel. 3. A consolidação da propriedade do bem no nome do credor fiduciante confere-lhe o direito à posse do imóvel. Negá-lo implicaria autorizar que o devedor fiduciário permaneça em bem que não lhe pertence, sem pagamento de contraprestação, na medida em que a Lei 9.514/97 estabelece, em seu art. 37-A, o pagamento de taxa de ocupação apenas depois da realização dos leilões extrajudiciais. Se os leilões são suspensos, como ocorreu na hipótese dos autos, a lacuna legislativa não pode implicar a imposição, ao credor fiduciante, de um prejuízo a que não deu causa. 4. Recurso especial não provido” (STJ, 3ª Turma, REsp 1155716/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.03.2012).*

⁴⁸¹ Art. 30, Lei 9.514/97. Contra, entendendo que mesmo na alienação fiduciária a posse deve ser pretendida por meio de *ação de imissão na posse*, A. F. FABRÍCIO (A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97, in F. DIDIER JUNIOR, e C. C. FARIAS (coords.). *Procedimentos Especiais cíveis: legislação extravagante*, 2003, p. 1441). Obtempera ainda o referido processualista que “o juiz concederá ou denegará a liminar segundo o convencimento que formar sobre o direito do autor” (ob. cit., p. 1452), e não necessariamente, como se poderia depreender do texto legal.

Se o imóvel estiver locado sem o consentimento escrito do credor⁴⁸², caberá o exercício da *denúncia da locação* no prazo de noventa dias a contar do registro do ato que consolidou a propriedade em nome do credor, concedendo-se ao inquilino o prazo para desocupação de *trinta dias*⁴⁸³. A pretensão de obtenção da posse deve ser deduzida por meio da competente *ação de despejo*⁴⁸⁴.

O devedor, ademais, deverá arcar com o pagamento *dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel* desde o momento em que recebeu a posse do imóvel e até a data em que o *credor* (ou seu sucessor ou cessionário, ou ainda o arrematante do imóvel) vier a ser imitado na posse do mesmo⁴⁸⁵.

Sem prejuízo, o devedor pagará, ainda, *taxa de ocupação do imóvel*, apurada a cada mês ou fração, em montante correspondente a 1% (um por cento) do valor atribuído ao imóvel em contrato para fins de venda em leilão (art. 24, VI, Lei 9.514/97), *computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel*⁴⁸⁶.

---

⁴⁸² Reputa-se *ineficaz e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores*, a propósito, eventual contratação ou prorrogação de locação do imóvel alienado fiduciariamente, sem concordância do credor, por prazo superior a um ano (art. 37-B, Lei 9.514/97, incluído pela Lei 10.931/04). O dispositivo só pode se referir à contratação ou prorrogação de locação celebradas em momento posterior ao da constituição da alienação fiduciária. Se o negócio locatício for anterior e dispuser de *cláusula de vigência* devidamente registrada na matrícula do imóvel antes do registro da alienação fiduciária, não poderá o credor que consolidou a propriedade denunciar a locação durante o prazo determinado eventualmente ainda remanescente, como não o poderia o adquirente da propriedade plena (art. 8º, caput, *in fine*, Lei 8.245/91). De outro turno, se o negócio locatício for posterior à alienação fiduciária e contar com a aquiescência do credor, ainda assim este não ficará necessariamente obrigado a respeitar o prazo de posse do locatário na hipótese de inadimplemento do devedor-locador. Consolidando-se a propriedade em nome do primeiro, só estará impedida a denúncia na hipótese de eventual cláusula de vigência do pacto locatício estar registrada na matrícula; do contrário, a retomada da posse pelo credor que consentiu com a locação, ou por seus sucessores, poderá ser postulada nos moldes ordinários do *despejo por denúncia do adquirente* (art. 8º, Lei 8.245/91), concedendo-se prazo de *noventa dias* - e não aquele três vezes menor, previsto no art. 27, § 7º, da Lei 9.514/97 para a locação não consentida- para desocupação voluntária.

⁴⁸³ art. 27, § 7º, Lei 9.514/97, incluído pela Lei 10.931/04. Se o contrato locatício tiver sido firmado a partir de 1º de outubro de 2001, não poderá o locatário invocar seu *direito de preferência* - seja para pretender a seqüela adjudicatória se o contrato estiver averbado na matrícula do imóvel antes da constituição da alienação fiduciária, seja para pretender indenização em face do alienante - art. 30, Lei 8.245/91 - se a alienação ou perda da propriedade decorrerem da execução, ainda que extrajudicial, da garantia fiduciária, *devendo, contudo, essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica* (art. 32, parágrafo único, Lei 8.245/91, incluído pela Lei 10.931/04).

⁴⁸⁴ Art.5º c/c art. 8º, Lei 8.245/91. Nesse sentido, M. Q. PEREIRA CALÇAS, *Aspectos gerais e questões polêmicas da alienação fiduciária de imóveis*, p. 11.

⁴⁸⁵ Art. 27, § 8º, Lei 9.514/97, incluído pela Lei 10.931/04.

⁴⁸⁶ Art. 37-A, Lei 9.514/97, incluído pela Lei 10.931/04.

6.11 Execução judicial para satisfação do crédito garantido por alienação fiduciária de imóvel

Na disciplina da alienação fiduciária de imóvel, diferentemente do que ocorre na execução hipotecária, inexistente previsão legal expressa que autorize o credor a buscar a satisfação de seu crédito por meio de demanda judicial.

Não há, de outro lado, vedação a tal caminho, até porque eventual proibição violaria a garantia constitucional do acesso à justiça, insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Daí entender a doutrina ser *faculdade* do credor, se assim desejar, optar por perseguir judicialmente a satisfação de seu crédito⁴⁸⁷, compreendendo-se que, se o título representativo do crédito garantido por alienação fiduciária consubstanciar-se em escritura pública ou documento particular subscrito pelo devedor e duas testemunhas, caracterizará título executivo extrajudicial, a ensejar a propositura de ação de execução por quantia certa contra devedor solvente.

A opção do credor pela execução *judicial* pode se justificar pelas restrições e limitações inerentes à via extrajudicial. Acaso queira evitar conseqüências como a *extinção obrigatória da dívida, ao final do segundo leilão e independentemente de seu resultado* (art. 27, § 4º, Lei 9.514/97); perseguir a constrição de outros bens distintos daquele ofertado em garantia; ou se houver algum fenômeno no plano material que justifique o vencimento antecipado da dívida, tais como a *deterioração ou depreciação do bem ofertado em garantia, sem o correspondente reforço ou substituição* (art. 1425, inc. I, do Código Civil), a *cláusula de vencimento antecipado* (art. 1425, inc. III, do Código Civil), o *perecimento da coisa* (art. 1425, inc. IV, do Código Civil) e a *desapropriação* (art. 1425,

---

⁴⁸⁷ *Execuções extrajudicial e judicial*, pois, são instrumentos concorrentes, de tal sorte que é lícito ao credor, inclusive, “a qualquer tempo, rever sua decisão de adotar este ou aquele instrumento de busca de tutela de seu direito, desde que a pretensão não tenha sido satisfeita” (S. J. MARTINS, *Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários*, 2007, p.162).

inc. V, do Código Civil)⁴⁸⁸, poderá o credor pretender em juízo a satisfação coercitiva de sua pretensão pecuniária.

---

⁴⁸⁸ Neste sentido, M. N. CHALHUB, *Negócio fiduciário*, 2009, pp. 252-253. Não se cogita de vencimento antecipado nas hipóteses de *insolvência ou falência do devedor* (art. 1425, inc. II, do Código Civil) porque, por expressa previsão legal, o credor fiduciário não se submete a seus efeitos (cf. nota 440 acima).

7 Modelo brasileiro de execução extrajudicial para satisfação de crédito com garantia imobiliária.

7.1 Identificação e utilidade do modelo

Embora disciplinados por normas distintas, tendo em vista garantias imobiliárias diferentes no plano do direito material, que se desenvolveram de maneira diversa e que, no direito pátrio, estiveram associadas precipuamente a sistemas de financiamento imobiliário distintos – aspectos examinados no capítulo anterior –, é possível identificar características comuns nas execuções extrajudiciais regidas pelos artigos 29 e seguintes do Decreto-lei 70/66 e 26 e seguintes da Lei 9.514/97. A segunda, a propósito, certamente inspirou-se na anterior⁴⁸⁹ e aperfeiçoou a técnica.

Tais características comuns, que podem ser apreendidas com os olhos voltados aos instrumentos, permitem descrever as linhas gerais de um *modelo*⁴⁹⁰ *de execução extrajudicial* empregado para a satisfação de créditos dotados das garantias imobiliárias estabelecidas em tais diplomas⁴⁹¹, com razoável uniformidade tanto em seus pressupostos quanto em seu procedimento, adiante descritos.

O tratamento conjunto de tais figuras, em abordagem generalizante proporcionada pelo *modelo de execução extrajudicial*, revela-se útil por transcender diferenças e permitir que se extraia, como objeto de estudo, no plano processual, *a técnica de satisfação coercitiva de crédito pecuniário dotado de garantia imobiliária sem o necessário concurso da autoridade judiciária*; apartando-a de particularidades observadas no plano do direito material, sem perder de vista a sua relação de instrumentalidade em relação a este.

---

⁴⁸⁹ Tanto que determina que às operações de financiamento imobiliário em geral sejam aplicadas as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70/66 (art. 39, II, Lei 9.514/97).

⁴⁹⁰ Sobre o conceito de *modelo processual*, v. item 2.2 acima.

⁴⁹¹ Ressalve-se, no entanto, que a *execução extrajudicial* não é a única forma de satisfação de tais créditos, sendo facultado ao credor *optar* pelo ingresso em juízo. V. itens 6.6 e 6.11 acima.

Uma vez delineado o *modelo de execução extrajudicial* em questão, facilita-se a descrição de suas características processuais, relacionando-as, quando conveniente à sua compreensão, àquelas do modelo tradicional de execução judicial para satisfação de quantia certa contra devedor solvente do Código de Processo Civil.

A abordagem do modelo, ademais, permite exame mais acurado de sua constitucionalidade e de sua legitimidade, proporcionando enfrentamento mais adequado das críticas que costumam ser dirigidas às execuções extrajudiciais.

7.2 Pressupostos da execução extrajudicial

Com os olhos voltados à *execução judicial*, a doutrina moderna reconhece a insuficiência dos dois requisitos contemplados no art. 580 do CPC, a saber, o *inadimplemento* e o *título executivo*, como *necessários para realizar qualquer execução*.

Cuidando de tentar enquadrar o fenômeno executivo que se manifesta em juízo aos cânones da teoria geral do processo, C. R. DINAMARCO⁴⁹² vislumbra como *pressupostos da tutela executiva*

(a) a possibilidade jurídica da demanda, (b) o legítimo interesse de agir, (c) a legitimidade ad causam ativa e passiva, (d) a propositura de uma demanda regular perante o órgão investido de jurisdição, (e) a capacidade do demandante, (f) a personalidade jurídica do demandado, (g) a não-ocorrência de certos fatos obstativos, como a litispendência, a confusão e a morte da parte (direitos personalíssimos), e (h) em geral, a realização regular e ordenada de todos os atos do procedimento.

O esforço de enquadrar a *execução extrajudicial* em exame sob tais pressupostos, *mutatis mutandis*, é passo importante para a sua compreensão como mecanismo equilibrado.

---

⁴⁹² *Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 92.

7.2.1 Possibilidade jurídica

Afere-se a *possibilidade jurídica* de uma demanda executiva pela viabilidade, em tese, da obtenção do resultado postulado, bem como pela adequação dos meios executivos empregados para tanto⁴⁹³.

Na execução extrajudicial em tela, restringe-se sua possibilidade jurídica à satisfação do crédito pecuniário do exeqüente por meio da expropriação⁴⁹⁴ de bem imóvel predeterminado, oferecido como garantia, sobre o qual recai a responsabilidade executiva.

Tal qual já se observou por ocasião da análise da hipoteca⁴⁹⁵, na execução extrajudicial em exame o bem imóvel oferecido em garantia do cumprimento da obrigação de pagamento de quantia certa se sujeita, na hipótese de inadimplemento, à futura execução, da qual será o *objeto instrumental*: é sobre este bem que o agente de execução atuará, com vistas a aliená-lo para obter o montante em dinheiro necessário ao pagamento do credor⁴⁹⁶.

Se o exeqüente almejar qualquer outro resultado distinto deste, ou se pretender a aplicação de algum outro meio executivo que não seja o *sub-rogatório* que incida, específica e exclusivamente, sobre o imóvel oferecido como hipoteca ou objeto da alienação fiduciária em garantia, estará ausente a possibilidade jurídica.

---

⁴⁹³ Como ensina C. R. DINAMARCO, *a contrario sensu* do que acima se afirmou, “uma demanda executiva será juridicamente impossível quando o resultado que o exeqüente postula não puder nem em tese ser obtido ou quando os meios executivos pretendidos forem inadmissíveis” (*Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 94).

⁴⁹⁴ Sobre a ocorrência de *expropriação* na execução extrajudicial, inclusive na hipótese de *alienação fiduciária*, v. item 7.4 abaixo.

⁴⁹⁵ V. especialmente nota 345 acima.

⁴⁹⁶ Tendo em vista a execução judicial, observa C. R. DINAMARCO que funciona o bem hipotecado como “objeto instrumental, ou seja, bem tomado como meio de que se valerá o órgão dirigente da execução com vistas à futura expropriação, da qual resultará a quantia em dinheiro” a ser entregue ao credor (*Execução civil*, 1994, p. 222). Com as devidas adaptações, o mesmo raciocínio se aplica na *execução extrajudicial*.

7.2.2 Interesse de agir

Como se sabe, a *necessidade*, um dos aspectos caracterizadores do *interesse de agir*, é representada, na execução, pelo *inadimplemento*.

Tratando-se da execução extrajudicial aqui examinada, somente será necessário seu desencadeamento se houver inadimplemento da obrigação de pagamento de quantia certa, garantida por imóvel, seja por força de hipoteca, seja por força de alienação fiduciária em garantia, que se subsuma às hipóteses de aplicação do Decreto-lei 70/66 ou da Lei 9.514/97.

Para além da necessidade, somente estará presente o interesse de agir na execução se também verificado o elemento de *adequação*, este representado pelo *título executivo*.

O título executivo que dá suporte à execução extrajudicial em exame é necessariamente *instrumento escrito*, previsto em lei como apto a desencadear a execução⁴⁹⁷, instrumento que emana da vontade livre e consciente do devedor, cujos elementos devem revelar que o devedor contraiu obrigação de pagar quantia certa, especificar o valor e a forma de pagamento, estabelecer os critérios de reajuste e constituir a respectiva garantia⁴⁹⁸; corporificando obrigação líquida, certa e exigível.

---

⁴⁹⁷ Vale lembrar que se enquadram no rol de títulos executivos extrajudiciais não apenas aqueles individualizados no Código de Processo Civil, mas também “*todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva*” (art. 585, VIII, CPC). Para a execução hipotecária, o título executivo consiste ou *dos contratos de empréstimo com garantia hipotecária, com exceção das que consubstanciam operações de crédito rural* (art. 9º do Decreto-lei 70/66), ou da *cédula hipotecária* (art. 10 do Decreto-lei 70/66), pois a ambos a lei expressamente reconhece aptidão para tornar adequada a tutela executiva judicial ou extrajudicial (art. 29 do referido Decreto-lei); muito embora também se subsumissem à previsão do inciso III do art. 585 do CPC (“*os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida*”). Já na alienação fiduciária, o instrumento em que se aperfeiçoa, que não precisa adotar a forma pública (art. 38 da Lei 9.514/97), é apto a desencadear a execução extrajudicial *ex vi* da Lei 9.514/97 (especialmente arts. 24, VII, 26 e 27), como igualmente seria apto a justificar a execução judicial – sobre o tema, v. item 6.11 acima- com fundamento no inciso II do art. 585 do CPC tanto que, acaso observada a forma particular, fosse o documento assinado pelo devedor e duas testemunhas.

⁴⁹⁸ Sobre os elementos que devem constar do *título executivo* para a *execução extrajudicial hipotecária*, v. nota 366 acima. Na alienação fiduciária, v. nota 434 acima.

Pode-se afirmar que referido *instrumento escrito* se amolda ao conceito de *título executivo*, na medida em que representa *ato documentado, previsto em lei, representativo de obrigação líquida, certa e exigível, que torna adequada a tutela executiva*⁴⁹⁹.

Embora o contrato deva proporcionar ao devedor a ciência de que, em caso de inadimplemento, poderá ter lugar a execução extrajudicial⁵⁰⁰, é importante registrar que a adequação da técnica da execução extrajudicial para solucionar a crise de adimplemento decorre da lei e não da vontade do obrigado, não havendo que se falar, portanto, de *cláusula executiva*⁵⁰¹.

7.2.3 Legitimidade *ad causam* ativa e passiva

Ordinariamente, tal qual na *judicial*, estarão legitimados para a *execução extrajudicial* aqueles que ostentarem as posições de *credor* (legitimidade ativa) e *devedor* (legitimidade passiva) na relação jurídica de direito material retratada no título executivo. Trata-se, aqui, da legitimidade ordinária *primária*, que se afere pela *correspondência entre os figurantes na relação processual e no título executivo*.

---

⁴⁹⁹ Como sintetiza P. H. LUCON, “o título executivo é ato ou fato jurídico documental que torna adequada a tutela jurisdicional executiva, de acordo com o que estabelece taxativamente o ordenamento jurídico” (Títulos executivos e multa de 10%, in E. F. SANTOS *et. al.* (coords), *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*, 2007, p. 988).

⁵⁰⁰ No Decreto-lei 70/66, tal situação não é tão clara. Dele se pode depreender que, ao firmar o contrato de hipoteca ou ao aditá-lo, as partes devem, via de regra, *eleger o agente fiduciário* (que também pode ser substituído pelo consenso das partes – art. 30, §§ 2º e 4º, Decreto-lei 70/66) e *prever seus honorários* (art. 39, Decreto-lei 70/66). Como o *agente fiduciário* é o personagem central da *execução extrajudicial* (arts. 31, 32, 35 e 37, Decreto-lei 70/66), de se presumir a ciência do devedor quanto ao potencial emprego de tal modalidade de satisfação do crédito. Já na alienação fiduciária de bem imóvel, dúvidas não restam: exige-se que, no contrato, exista tanto a *indicação, para efeito de venda em leilão público, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão*, quanto *cláusula dispondo sobre os procedimentos de que trata o art. 27* – isto é, sobre o *leilão público* que objetiva a venda extrajudicial do bem ofertado em garantia (art. 24, VI e VII, Lei 9.514/97). Na percutiente observação de A. F. FABRÍCIO, a previsão legal da obrigatoriedade de disciplinar, em contrato, a execução extrajudicial é “*norma assaz intrigante, pois o artigo ao qual ela remete regula exaustiva e imperativamente ditos procedimentos, relativos à consolidação do domínio, ao leilão do bem e à destinação de seu produto, sem deixar margem alguma de dispositividade aos contratantes*” (A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97, in F. DIDIER JUNIOR, e C. C. FARIAS (coords.), *Procedimentos Especiais cíveis: legislação extravagante*, 2003, p. 1434). Vale destacar que, se ausente a cláusula que remeta ao procedimento do art. 27 da Lei 9.514/97, ou ainda se a cláusula disciplinar o procedimento de maneira não coincidente à previsão legal, o contrato não poderá ser registrado (TJ/SP, Corregedoria Geral de Justiça, Ap. 0007834-05.2008.8.26.0348, Rel. Des. Maurício Vidigal, j. 15.09.2011).

⁵⁰¹ Como bem acentua C. R. DINAMARCO, não cabe ao obrigado “*conferir executividade aos seus atos com que constitui ou reconhece dívida: a cláusula executiva, prestigiada no direito intermédio por influência germânica e ainda presente no direito alemão vigente (ZPO, § 794, (1), n.5) é absolutamente incompatível com o sistema e, por isso, inadmissível*” (*Execução civil*, 1994, p. 456).

No que tange à *legitimidade ativa*, importa observar, de saída, que não é detida apenas por *instituições financeiras que tenham concedido empréstimos para aquisição de imóveis*. O espectro das *execuções extrajudiciais* é bem mais largo⁵⁰², sobretudo no caso de *alienação fiduciária de bem imóvel*, que pode ser contraída em negócios jurídicos de que não participem instituições financeiras⁵⁰³ e que em nada se relacionem ao financiamento imobiliário⁵⁰⁴.

Também ostentarão legitimidade ativa, em caráter superveniente, os *cessionários* do credor original⁵⁰⁵ e outros sucessores que se sub-roguem em tal posição jurídica⁵⁰⁶.

---

⁵⁰² A simples leitura dos artigos 9º e 10 do Decreto-lei 70/66 revela maior amplitude, quer sob o aspecto subjetivo (*companhias de seguro*, por exemplo, também podem ser credoras das prestações garantidas por hipoteca, *ex vi* do art. 10, II, Decreto-lei 70/66), quer objetivo (mútuos desvinculados do Sistema Financeiro da Habitação, desde que não decorram de operação de crédito rural – art. 9º, *caput*, Decreto-lei 70/66 – ou mesmo hipotecas firmadas entre quaisquer partes, desde que se emita, *originalmente*, *cédula hipotecária em favor de instituição financeira ou companhia de seguro* - art. 10, III, Decreto-lei 70/66-).

⁵⁰³ Está expresso no texto legal que *a alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no Sistema Financeiro Imobiliário* (art. 22, § 1º, Lei 9.514/97). E como anota a doutrina, “*não há impedimento legal que limite o âmbito de aplicação do novo direito real para as contratações que tenham fiduciário uma empresa que seja integrante do novo sistema de financiamento imobiliário, podendo, assim, ser usado por outras entidades (...) e até mesmo entre particulares*” (F. H. LIMA, *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*, 2000, p. 43).

⁵⁰⁴ “*a garantia da propriedade fiduciária não é exclusiva das operações de mútuo para aquisição de imóvel, possível que é, também, nos mútuos destinados a capital de giro ou a crédito direto ao consumidor*” (M. TERRA. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia (Lei 9.514/97, primeiras linhas)*, 1998, p. 30). Deixou-o claro o art. 51 da Lei 10.931/04, ao prever que *as obrigações em geral* (desde que de pagamento de pecúnia) poderão ser garantidas, *inclusive por terceiros*, por meio de *alienação fiduciária de coisa imóvel*. Logo, a *alienação fiduciária de imóvel* pode ser empregada como *garantia stricto sensu* de qualquer crédito para pagamento em *parcelas futuras* (I. R. TREVELIM, *A alienação fiduciária em garantia e sua aplicação no mercado de financiamento imobiliário*, Dissertação (Mestrado), 2008, p. 135).

⁵⁰⁵ Na alienação fiduciária, prevê-se expressamente, no artigo 28 da Lei 9.514/97, que a *cessão do crédito* “*implicará a transferência, ao cessionário, de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia*”, sendo de se admitir, pois, que, na hipótese de inadimplemento, detenha o cessionário legitimidade para a execução extrajudicial disciplinada nos artigos 26 e ss. da mesma lei Para esta cessão, vale observar, dispensa-se a notificação do devedor (art. 35, Lei 9.514/97). Neste sentido: “*Alienação fiduciária de bem imóvel. Reintegração de posse. Cessão de direitos creditórios sem prévia notificação dos devedores. Irrelevância, face ao disposto no artigo 35 da Lei nº 9.514/97(...)*” (TJ/SP, 36ª Câmara de Direito Privado, Ap. c/ rev. nº 1.035.532-0/1, Rel. Des. Pedro Baccarat, j. 28.11.2008). É imprescindível, no entanto, o registro do respectivo instrumento de cessão no Cartório de Registro de Imóveis. Como observa A. WALD, “*indispensável é o registro da cessão no Registro de Imóveis, tanto para que tenha validade em relação a terceiros como para que o cessionário esteja legitimamente constituído perante o fiduciário para habilitar-se nos procedimentos de cobrança, em caso de inadimplência, procedimento esse adotado exatamente perante o oficial do Registro. O ato a ser praticado, frise-se, é o de registro e não o de averbação, eis que a cessão opera a transmissão de direito imobiliário*” (Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº 51, 2001, p. 267).

⁵⁰⁶ Dentre os quais aquele que arrematar o direito creditório do credor-fiduciário, como lembra M. N. CHALHUB (*Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato*, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº. 63, 2007, p. 87).

Quanto ao pólo passivo, nele figurará, via de regra, o *devedor*, assim caracterizado no contrato que servir de título para a execução extrajudicial. Se houver cessão da posição contratual de *devedor*, ostentará legitimidade passiva o respectivo cessionário⁵⁰⁷ e outros sucessores que se sub-roguem em tal posição jurídica⁵⁰⁸.

Caso a garantia imobiliária tenha sido prestada por *terceiro*, também este integrará o pólo passivo da execução extrajudicial⁵⁰⁹. Trata-se de hipótese típica de *responsabilidade sem obrigação*⁵¹⁰.

Questão mais delicada reside na necessidade de o cônjuge do devedor, que não se caracterize pessoalmente como *devedor* no título executivo, ter de figurar, *obrigatoriamente*, no pólo passivo da execução extrajudicial.

---

⁵⁰⁷ Nos contratos firmados sob a égide do SFH, a Lei 8004/90 admite expressamente que o mutuário transfira a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato; contudo, exige-se a interveniência obrigatória da instituição financiadora no ato de transferência (art. 1º, parágrafo único, Lei 8004/90, redação dada pela Lei 10.150/2000). Em situação normal, pois, como explica F. H. LIMA, *há assunção de dívida pelo cessionário, a liberar da obrigação o devedor originário e substituí-lo pelo primeiro*, que então ostentará legitimidade passiva para a execução (A circulação do crédito hipotecário no sistema financeiro da habitação, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº 43, 1998, p. 56). Registre-se que, na jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, está consolidado o entendimento de que a *cessão do mútuo hipotecário necessita da concordância do agente financeiro, a qual depende de requerimento instruído pela prova de que o cessionário atende as exigências do Sistema Financeiro da Habitação* (STJ, Corte Especial, REsp 783.389/RO, Rel. Min. Ari Pargendler - DJe 30.10.2008 e STJ, Corte Especial, EREsp 891799/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz – j.12.04.2010). Já no âmbito da alienação fiduciária, a cessão da posição ostentada pelo devedor (fiduciante) é autorizada pelo art. 29 da Lei 9.514/97, que, para tanto, exige anuência expressa do credor (fiduciário). Operada a cessão, passa o cessionário a assumir todas as obrigações antes exigíveis do devedor, dentre as quais a de efetuar os pagamentos, sujeitando-se à execução extrajudicial na hipótese de inadimplimento. P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO observam que integram a cessão “*a posse direta com correspondente obrigação qualificada e o direito real expectativo eventual de reaver o domínio alienado em garantia, a ser resolvido pelo futuro cumprimento integral da contraprestação de pagamento da dívida garantida; além, é claro, de ceder eventual direito a possível saldo sobejante em caso de excussão por inadimplência, com desdobramentos legais e suas conseqüências previsíveis*” (*Propriedade fiduciária imóvel*, 2009, p.43). Indispensável, para tanto, o registro do instrumento de cessão no Cartório de Registro de Imóveis.

⁵⁰⁸ Dentre os quais aquele que arrematar o direito real de aquisição ostentado pelo fiduciante, hipótese também recordada por M. N. CHALHUB (*Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato*, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº. 63, 2007, p. 87).

⁵⁰⁹ Dúvida não há de que terceiro, não devedor, proprietário de imóvel, pode oferecê-lo, por meio de *hipoteca*, como garantia de dívida contraída por outrem. Já no que tange a *alienação fiduciária*, a questão ganha contornos mais difíceis, pois a Lei 9.514/97, em seu artigo 22, ao tratar da alienação fiduciária de imóvel (tal qual a Lei 4.728/65, art. 66, redação do Decreto-lei 911/69, ao disciplinar a alienação fiduciária de bem móvel), prevê que o próprio *devedor* transmitirá a propriedade resolúvel do bem objeto da garantia ao credor, justificando interpretação restritiva, no sentido de que somente o devedor poderia dar em garantia fiduciária bem integrante de seu patrimônio. A doutrina, no entanto, de há muito preconiza que a expressão *devedor*, empregada nos diplomas que regem a alienação fiduciária, seja interpretada em sentido mais largo, para “*abranger não somente o devedor, mas também terceiro que se disponha, alienando fiduciariamente coisa própria, a garantir débito de outrem*” (J. C. MOREIRA ALVES, *Da alienação fiduciária em garantia*, 1979, p. 73); admitindo, pois, que *terceiro* possa garantir dívida alheia por meio de alienação fiduciária.

⁵¹⁰ Trata-se de hipótese bem desenvolvida pela doutrina, a partir da diferenciação dos conceitos de *obrigação* (“*schuld*”) e *responsabilidade* (“*haftung*”).

As leis específicas que regem os procedimentos retro examinados não impõem sua presença e sequer prevêem que deva o cônjuge ser comunicado da execução⁵¹¹.

Na tradição do direito pátrio, no entanto, pela expressiva importância que o patrimônio imobiliário ostenta para a família, exige-se, na *execução judicial*, no mínimo que o cônjuge do executado seja *intimado* da penhora, tornando-o inegavelmente ciente, assim, da potencial perda do bem e permitindo que, se desejar, maneje as defesas de que se julgue titular.

Pensamos que a solução a ser adotada na execução extrajudicial, no que concerne à legitimidade passiva do cônjuge, deva ser idêntica à preconizada para a execução judicial, que, por sua vez, reclama o exame da situação jurídica de direito material.

Entende-se que, como a lei material não permite a um dos cônjuges, sem a anuência do outro, excetuado o regime da separação absoluta de bens, *alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis* (art. 1.647, I, do Código Civil), pela mesma razão, no âmbito do processo, seria obrigatória “*a participação do cônjuge na expropriação de bem imóvel*”⁵¹²; até mesmo porque, ainda que o cônjuge não tenha contraído a dívida, o bem dado em garantia responderá *in totum* pela satisfação do credor (art. 592, IV, do Código de Processo Civil), sobretudo se a dívida reverteu em benefício da família – como sói acontecer, v.g., na hipótese de financiamento imobiliário –, vedando-se a exclusão da meação daquele que não figurou no título⁵¹³.

---

⁵¹¹ Na execução hipotecária, o Decreto-lei 70/66 é omissivo a respeito, havendo apenas previsão de *citação do cônjuge* no âmbito da *execução judicial hipotecária* (art. 3º, §1º, Lei 5.741/71, redação dada pela Lei 8.004/90). Da mesma forma, na alienação fiduciária de imóvel em garantia exige que seja o *devedor* intimado para o pagamento do débito (art. 26, § 1º, Lei 9.514/97), mas nada dispõe sobre seu cônjuge. A. L. CLÁPIS, no entanto, sustenta ser necessária tal intimação, exceto se o regime de bens do casamento for o da *separação absoluta* (*A propriedade fiduciária imobiliária – aspectos gerais e registrários*, Dissertação (Mestrado), 2010, p. 160). Na jurisprudência, na hipótese de figurar apenas um dos cônjuges como mutuário, entendendo pela desnecessidade de comunicação do outro: TRF-2, 7ª Turma especializada, Ap. Civ. 2001.02.01.040548-3, Rel. Des. Sergio Schwaitzer, j. 13.02.2008.

⁵¹² A. ASSIS, *Manual da execução*, 12. ed., 2009, p. 754.

⁵¹³ “*Execução - Penhora - Mulher casada - Débito proveniente de alienação fiduciária - Dívida contraída em benefício da família - Presunção - Exclusão da meação – Inadmissibilidade - Subsistência. Sendo a dívida contraída em nome da empresa e ocorrendo presunção de que esta foi contraída em benefício da família, inadmissível a exclusão da meação da cônjuge virago, subsistindo a penhora sobre os bens do casal*” (TJ/SP, 8ª Câmara de Direito Privado, Ap. 568.507-00/9, Rel. Des. Kioitsi Chicuta - j. 10.2.2000).

Parece-nos aqui pertinente fazer analogia com a execução que se passaria em juízo: nos casos em que, se fosse judicial a execução, deveria o *cônjuge* figurar como executado ou, no mínimo, ser intimado do ato de constrição no curso do processo, deverá, também na execução extrajudicial, integrar o pólo passivo para poder participar da expropriação imobiliária.

7.2.4 Propositura de demanda perante o órgão competente (pressuposto de existência)

Aponta a doutrina, com vistas à execução judicial, ser *pressuposto de constituição do processo ou fase executiva a propositura de demanda regular perante órgão investido de jurisdição*⁵¹⁴.

Para deflagrar-se a *execução extrajudicial*, há de existir demanda⁵¹⁵, porém quem a conduz é o *agente de execução extrajudicial*, um *não-juiz*, distinto das partes, necessariamente imparcial e idôneo, a quem o Estado atribuiu, expressamente e por força de lei, os poderes para praticar determinados atos executivos tendentes à satisfação do crédito⁵¹⁶, adiante detalhados.

---

⁵¹⁴ Assim, C. R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, 1994, v. IV, p. 99.

⁵¹⁵ A propositura da demanda de *execução extrajudicial* será analisada no item 7.3.1 abaixo.

⁵¹⁶ Na execução extrajudicial hipotecária, como se viu (item 6.10 acima), tal papel é desempenhado pelos *agentes fiduciários*, instituições financeiras credenciadas para tanto perante as autoridades competentes, eleitas pelas partes ou nomeadas pelo juiz, idôneas e imparciais, sob pena de destituição e responsabilização cível, criminal e administrativa (v. arts. 30, 40 e 41 do Decreto-lei 70/66). Na alienação fiduciária de imóvel, já se apontou (v. item 6.10.1 acima) que o *terceiro* a quem cabe realizar os atos executivos é o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis (art. 26, § 1º, Lei 9514/97), subordinado ao *princípio da legalidade*, fiscalizado pelo Poder Judiciário (arts. 37 e 38 da Lei 8.935/94) e que responderá por seus atos na esfera administrativa, civil e penal (arts 22 a 24 e 31 e ss. da Lei 8.935/94).

7.2.5 Capacidade do demandante, personalidade do demandado e ausência de fatores externos impeditivos (pressupostos de desenvolvimento válido e regular).

Com os olhos voltados ao fenômeno que se passa em juízo, cuida a doutrina de descrever, igualmente, os *pressupostos de desenvolvimento válido e regular da execução*; de ordem *subjética* - tanto do juízo quanto das partes - e *objetiva* - tanto intrínsecos quanto extrínsecos à relação processual⁵¹⁷, aí inseridos elementos como a *regularidade da demanda proposta*, a *tríplice capacidade do demandante* (capacidades de ser parte, de estar em juízo e postulatória), a *personalidade jurídica do executado* e a *inexistência de fatores externos impeditivos*⁵¹⁸.

De maneira bastante simplificada, pela singeleza do instrumento, e de maneira adaptada às suas particularidades, tais pressupostos também estão presentes na *execução extrajudicial* de que aqui se cogita, aqui examinados de maneira perfunctória.

Quanto à *regularidade da demanda proposta*, para que a execução extrajudicial possa se desenvolver de maneira válida é imprescindível que o exeqüente provoque o *agente de execução extrajudicial competente* por requerimento escrito e instruído com documentos previstos em lei⁵¹⁹, que atestem a existência de obrigação *líquida, certa e exigível* de pagar quantia certa em dinheiro, garantida por bem imóvel, tudo corporificado

---

⁵¹⁷ Sobre o tema, v. A. ASSIS, *Manual da execução*, 12. ed., 2009, pp. 379-462.

⁵¹⁸ C. R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 100.

⁵¹⁹ Na execução extrajudicial hipotecária, como já se viu, após o inadimplemento de *três ou mais prestações*, deve o agente fiduciário receber regular “*solicitação de execução da dívida*” (SED), acompanhada do *título da dívida devidamente registrado*, da *indicação discriminada do valor das prestações e encargos não pagos*; do *demonstrativo do saldo devedor discriminando as parcelas relativas a principal, juros, multa e outros encargos contratuais e legais*; e da *cópia dos avisos reclamando pagamento da dívida, expedidos segundo instruções regulamentares relativas ao SFH* (art. 31, I a IV, Decreto-lei 70/66; incluídos pela Lei 8.004/90). Na execução extrajudicial atinente à alienação fiduciária em garantia, como também já se examinou, após respeitar o prazo de carência previsto em contrato, o credor deverá dirigir ao Oficial de Registro de Imóveis da circunscrição do bem ofertado em garantia *requerimento escrito, instruído com demonstrativo analítico da dívida* e postular do agente de execução que *intime o executado a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação* (art. 26, § 1º, Lei 9.514/97).

em documento a que a lei reconheça aptidão para desencadear a *execução extrajudicial*, vale dizer, em *título executivo*⁵²⁰.

Acerca da *capacidade do exeqüente*, como o procedimento da execução extrajudicial tramita *fora* do juízo, desnecessário que se faça representar por advogado titular de *ius postulandi*; quanto ao mais, por certo, para atuar por si, há de gozar de capacidade plena, do contrário deverá ser representado ou assistido, tudo na forma da lei civil.

Sobre a *personalidade jurídica do executado*, atinente à sua capacidade de *ser parte*, isto não será problema para a execução extrajudicial se este remanescer plenamente capaz, requisito necessário para a própria validade do negócio jurídico que contraiu (art. 104, I, do Código Civil), subjacente à execução.

Por fim quanto à inexistência de *fatores externos impeditivos*, importa destacar o mais freqüente óbice para o desenvolvimento da execução extrajudicial: eventual ordem advinda de processo judicial, normalmente de *suspensão do leilão*⁵²¹. A simples propositura de ação judicial pelo devedor, no entanto, não impede o processamento da execução extrajudicial⁵²²

7.3 Procedimento da execução extrajudicial

Em capítulos precedentes, já foram descritos, separadamente e em linhas gerais, os procedimentos delineados tanto para a *execução extrajudicial hipotecária* quanto para a *execução extrajudicial na alienação fiduciária de imóvel*.

Cumprе agora passar a examinar, de forma sistematizada, as características procedimentais comuns presentes em ambas as figuras, classificadas de acordo com as

---

⁵²⁰ Sobre os elementos que devem estar presentes para o desencadeamento da *execução extrajudicial hipotecária*, v. nota 366 acima. Acerca da alienação fiduciária, v. nota 434 acima. Sobre o título executivo para a execução extrajudicial, v. item 7.2.2 acima.

⁵²¹ V. item 9.2 abaixo.

⁵²² Tal qual não impediria o processamento de execução judicial: “a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução” (art. 585, §1º, CPC).

fases em que se pode dividir, de maneira ampla, a execução por quantia certa contra devedor solvente, de maneira a extrair um *modelo* de procedimento na execução extrajudicial para satisfação de crédito com garantia imobiliária, interpretado de maneira que – sem descuidar das dificuldades que apresenta - se coadune com o *devido processo legal*.

Em linhas gerais, apoiado na lição de E. T. LIEBMAN⁵²³, aponta C. R. DINAMARCO⁵²⁴ as *três fases* da execução: (i) a *fase postulatória*, que concentra os atos de *demanda*, para romper-se a inércia e pôr-se em marcha a execução, por iniciativa do exeqüente, e de *comunicação do executado*, para dar-lhe ciência da pretensão e chamá-lo a efetuar o pagamento reclamado⁵²⁵; (ii) a *fase instrutória*, sem dúvidas a mais complexa de todas, por preparar a tutela a ser entregue ao exeqüente⁵²⁶ - na execução por quantia certa contra devedor solvente, tal fase é composta pelos atos que preparam e consumam a *expropriação forçada* - e, finalmente (iii) a *fase satisfativa*, marcada pela entrega do bem da vida ao exeqüente – na execução por quantia, tal fase compreende a entrega de dinheiro ao exeqüente, ou entrega do próprio bem constrito, se tiver lugar a adjudicação-.

Como se pretende demonstrar no curso do presente capítulo, tais fases, com os atos que a caracterizam, também se verificam na *execução extrajudicial*.

---

⁵²³ Observou E. T. LIEBMAN que os atos da execução podem agrupar-se “*em três momentos ou fases distintas, que correspondem a três diferentes atividades fundamentais: a proposição do processo, em que prevalece a atividade das partes, dirigida a fornecer ao órgão judicial todos os elementos necessários; a fase de preparação e elaboração dos dados materiais sobre os quais o juiz deve operar, que pode chamar-se de fase de instrução, e que na maioria dos casos consiste na apreensão e transformação dos bens do executado; a fase final, que serve para realizar a efetiva satisfação do exeqüente por meio da entrega do produto.*” (Processo de execução, 1980, p. 61).

⁵²⁴ Instituições de direito processual, v. IV, 2009, p. 74.

⁵²⁵ O detalhamento formal de tais atos varia em função da modalidade de processo. Na execução por quantia certa contra devedor solvente que tramita em processo autônomo, v.g., a *demanda* consubstancia-se em *petição inicial*, ao passo que, no processo sincrético, em mero *requerimento*; o ato de chamamento, no processo autônomo, é de *citação* e, no processo sincrético, para a fase de execução, *intimação*.

⁵²⁶ Lembra C. R. DINAMARCO, com amparo na doutrina italiana, que *instrução* não é sinônimo de *prova*, mas, sim, de *preparação do provimento final*; logo, correto empregá-la na execução (Instituições de direito processual, v. IV, 2009, p. 74).

7.3.1 Fase postulatória: demanda do credor e comunicação do devedor

É certo que na *execução extrajudicial* o procedimento se deflagra somente por iniciativa do credor⁵²⁷, que deve noticiar o inadimplemento ao *agente de execução extrajudicial* e requerer, formalmente, o início do procedimento tendente à satisfação do crédito⁵²⁸.

Imprescindível ao desenvolvimento regular da execução extrajudicial, como já se apontou, que o *requerimento escrito* endereçado ao *agente de execução extrajudicial* seja instruído com documentos previstos em lei⁵²⁹, que atestem a existência de obrigação *líquida, certa e exigível* de pagar quantia certa em dinheiro, garantida por bem imóvel, tudo corporificado em documento ao qual a lei reconheça a força de *título executivo* hábil para desencadear a *execução extrajudicial*⁵³⁰.

---

⁵²⁷ Ou, sob perspectiva processual, de quem ostentar legitimidade ativa para figurar como exeqüente – v. item 7.2.3 acima.

⁵²⁸ Na execução extrajudicial hipotecária, como examinado no item 6.5.2, exigem-se o inadimplemento de *três ou mais prestações* (art. 21 da Lei 8.004/90), a emissão de *avisos de cobrança* para reclamar o pagamento da dívida (art. 31, IV, Decreto-lei 70/66 e Resolução 11/72 do Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação) e que o credor apresente a “*solicitação de execução da dívida*” (SED), instruída com o *título da dívida devidamente registrado* e que atenda a demais requisitos legais (art. 31, I a IV, Decreto-lei 70/66; incluídos pela Lei 8.004/90). Na alienação fiduciária de bem imóvel, por seu turno, consoante tratado no item 6.10.2 acima, por primeiro se exige que o credor aguarde o *prazo de carência* fixado em contrato (art. 26, § 2º, Lei 9.514/97), para, então, autorizá-lo a apresentar ao Cartório de Registro de Imóveis competente um requerimento escrito e acompanhado de demonstrativo do débito, a fim de que o seja o devedor seja *intimado a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação* (art. 26, § 1º, Lei 9.514/97).

⁵²⁹ Na execução extrajudicial hipotecária, como já se viu, deve o agente fiduciário receber regular “*solicitação de execução da dívida*” (SED), acompanhada do *título da dívida devidamente registrado*, da *indicação discriminada do valor das prestações e encargos não pagos*; do *demonstrativo do saldo devedor discriminando as parcelas relativas a principal, juros, multa e outros encargos contratuais e legais*; e da *cópia dos avisos reclamando pagamento da dívida, expedidos segundo instruções regulamentares relativas ao SFH* (art. 31, I a IV, Decreto-lei 70/66; incluídos pela Lei 8.004/90). Na execução extrajudicial atinente à alienação fiduciária em garantia, como também já se examinou, após respeitar o prazo de carência previsto em contrato, o credor deverá dirigir ao Oficial de Registro de Imóveis da circunscrição do bem ofertado em garantia *requerimento escrito, instruído com demonstrativo analítico da dívida* e postular do agente de execução que *intime o executado a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação* (art. 26, § 1º, Lei 9.514/97).

⁵³⁰ Sobre o título executivo para a execução extrajudicial, v. item 7.2.2 acima.

Ato contínuo, cabe ao *agente de execução extrajudicial* realizar o ato de *comunicação formal* do devedor⁵³¹. Para tanto, deverá, por meio do órgão competente – Cartório, em regra⁵³² - intimar pessoalmente o devedor, dando-lhe conhecimento inequívoco do procedimento, para que pague a dívida reclamada pelo credor no prazo estabelecido em lei.

Se o devedor estiver em local *incerto e não sabido*, revelando-se impossível a *comunicação pessoal*, deverá o fato ser *certificado* pelo Cartório incumbido de promover a notificação. Na sequência, deverá o *agente de execução extrajudicial* promover a intimação por *edital, 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 diária*⁵³³.

Ciente da existência do procedimento, devidamente comunicado da pretensão do credor e com acesso ao demonstrativo discriminado do débito⁵³⁴, abre-se ao devedor a possibilidade de *emendar sua mora*, no prazo que lhe é assegurado para tanto⁵³⁵.

---

⁵³¹ Ou, sob perspectiva processual, de quem ostentar legitimidade passiva para figurar como executado – v. item 7.2.3 acima. No caso de a garantia ter sido prestada por terceiro (nota 509 supra), também este deverá ser comunicado da execução extrajudicial: “*se a garantia tiver sido prestada por terceiro, este deve ser cientificado da notificação expedida ao devedor*” (M. N. CHALHUB, Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº. 63, 2007, p. 94).

⁵³² No regime da execução extrajudicial hipotecária, o devedor é comunicado por meio de notificação realizada, sob instância do agente fiduciário, por Cartório de Registro de Títulos e Documentos (art. 31, § 1º, Decreto-lei 70/66, incluído pela Lei 8.004/90 – v. item 6.5 acima). Já na alienação fiduciária de imóvel, a intimação incumbe ao Oficial do Registro de Imóveis, que poderá cumpri-la por preposto, delegá-la ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos da situação do imóvel ou do domicílio do destinatário, ou ainda realizá-la por intermédio dos Correios, por carta com aviso de recebimento (art. 26, § 3º, Lei 9.514/97) – v. item 6.10.2 acima-.

⁵³³ Na execução extrajudicial hipotecária, v. art. 31, § 2º, Decreto-lei 70/66, incluído pela Lei 8.004/90. Na alienação fiduciária, v. art. 26, § 4º, Lei 9.514/97. Observa-se, contudo, existirem precedentes do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA inadmitindo a solução (nota 365 acima).

⁵³⁴ Sobre os rígidos requisitos para a demonstração do débito na execução extrajudicial hipotecária, v. nota 366 acima. Já na alienação fiduciária, exige o art. 26, § 1º da Lei 9.514/97 a demonstração discriminada da “*prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação*”.

⁵³⁵ Na execução extrajudicial hipotecária, o prazo para emenda da mora é de *vinte dias* a partir da intimação (art. 31, § 1º, Decreto-lei 70/66), a qual só pode ser promovida depois do inadimplemento de *três ou mais prestações* (art. 21 da Lei 8.004/90); faculta-se, entretanto, que, ultrapassado tal prazo, possa ainda o devedor purgar a mora até antes da assinatura do *auto de arrematação* superveniente ao *público leilão* (art. 34 do Decreto-lei 70/66), caso em que o valor deverá ser acrescido de encargos e despesas respectivos (v. item 6.5.2 acima). Na alienação fiduciária, o prazo é de *quinze dias* posteriores à intimação (art. 26, § 1º, Lei 9.514/97), que, vale lembrar, só pode ser realizada depois de superado o prazo de carência (art. art. 26, § 2º, Lei 9.514/97); admitindo-se, no entanto, que possa ser feita até antes do ato de averbação da consolidação da propriedade em nome do fiduciário (v. item 6.10.2 acima).

Trata-se de verdadeiro *direito potestativo* do devedor⁵³⁶, favor legal que lhe é concedido para evitar o inadimplemento absoluto que consome a resolução do contrato em razão de sua falta, permitindo-lhe ofertar, de maneira irrecusável pelo credor, dentro de certo lapso temporal, a prestação devida mais os consectários decorrentes do atraso.

Purgada a mora, convalesce o contrato e o montante depositado é, depois do abatimento das despesas, entregue pelo *agente de execução extrajudicial* ao exeqüente⁵³⁷.

Acaso o devedor discorde do valor que for apontado para seu débito, poderá, por certo, acorrer ao Poder Judiciário.

7.3.2 Fase instrutória: os leilões públicos

Ultrapassada a oportunidade de purga da mora após a regular notificação do devedor, caso remanesça o descumprimento contratual, configura-se o inadimplemento absoluto⁵³⁸, rompendo-se o contrato que vinculava as partes e fazendo nascer ao credor a pretensão de recebimento de todo o saldo devedor, inclusive das parcelas que seriam vincendas acaso o contrato não tivesse se resolvido⁵³⁹.

---

⁵³⁶ Neste sentido, W. B. MONTEIRO, *Curso de direito civil*, v. 4: *direito das obrigações*, 1ª parte, 2003, p. 325.

⁵³⁷ Na execução extrajudicial hipotecária, o valor é recebido pelo *agente fiduciário*, que abaterá as despesas e entregará o saldo ao credor, em até cinco dias (art. 35, *caput* e § 1º, Decreto-lei 70/66). Na alienação fiduciária, a purga da mora, realizada antes da consolidação da propriedade em nome do credor (art. 26, § 7º, Lei 9.514/97), faz convalescer o contrato (art. 26, §5º, Lei 9.514/97). O montante é recebido pelo Registro de Imóveis, que, depois de deduzir as despesas, deve entregar o saldo ao credor nos *três dias seguintes à purgação da mora* (art. 26, §6º, Lei 9.514/97).

⁵³⁸ Na hipótese específica da *alienação fiduciária*, pelas já examinadas particularidades da figura à luz do direito material, consumado o inadimplemento absoluto, opera-se a consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor (art. 26, § 7º, Lei 9.514/97), que, contudo, como o recebeu com finalidade de garantia, não pode simplesmente permanecer com ele em seu patrimônio: deve, antes, tentar aliená-lo em hasta pública (v. item 6.10.2 acima).

⁵³⁹ Como observam P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO, o *inadimplemento resolutório*, que se opera após o decurso do prazo para purga da mora, *implica o vencimento antecipado de toda a dívida* (*Propriedade fiduciária imóvel*, 2009, p.145).

Para a satisfação coercitiva do credor, proporcionando-lhe o recebimento da quantia não solvida pelo devedor, terá lugar o “*público leilão*”⁵⁴⁰ do imóvel objeto da garantia. Deve o certame ser conduzido por leiloeiro habilitado, aplicando-se, supletivamente à disciplina do ato pelo Decreto-lei 70/66 ou Lei 9.514/97, as regras do Decreto 21.981/32.

Interessante observar que, na *execução extrajudicial*, o bem sobre o qual recai a responsabilidade executiva é submetido à expropriação sem que seja penhorado. Não há, pois, *penhora* neste procedimento. Isto se pode explicar pela desnecessidade de que se *especifique*, no patrimônio do devedor, qual será aquele que, concretamente, deverá suportar a execução⁵⁴¹: o único bem sujeito à expropriação forçada é, justamente, o objeto da garantia.

Os leilões devem ser precedido da necessária *publicidade*, assegurada, no mínimo, por meio de *editais*⁵⁴². Nada impede – pelo contrário, é até útil e recomendável – que se divulgue o leilão também por outros meios, tal como preconiza o art. 687 § 2º do CPC, “*tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação*”⁵⁴³.

---

⁵⁴⁰ Tendo em vista que o bem a ser alienado é *imóvel*, seria mais acertado falar em *praça*, modalidade de *hasta pública* destinada aos bens de raiz, ao invés de *leilão*, normalmente reservado para a expropriação de bens móveis (C. R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual*, v. IV, 2009, p. 653). A expressão “*público leilão*”, no entanto, se justifica não apenas por ser tradicionalmente empregada pelo legislador em *execuções extrajudiciais* (art. 63, Lei 4.591/64; art. 32, Decreto-lei 70/66; art. 27, Lei 9.514/97), mas sobretudo para pôr em destaque que deve ser realizada por *leiloeiro* devidamente habilitado, conforme Decreto 21.981/32, que deve seguir as formalidades nele previstas no que não conflitar com as regras específicas de cada modalidade de execução extrajudicial (nesse sentido, dentre outros, M. P. MEZZARI, *Alienação fiduciária da Lei 9514, de 21-11-1997*, 1998, p.75 e S. J. MARTINS, *Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários*, 2007, p.166).

⁵⁴¹ Como bem explica C. R. DINAMARCO, “*penhora é o ato pelo qual se especifica o bem que irá responder pela execução. De todos os bens que respondem pelas obrigações do executado, um ou alguns são escolhidos e separados dos demais, ficando a partir de então afetados à execução forçada, ou seja, comprometidos com uma futura expropriação a ser feita com o objetivo de satisfazer o direito do exequente; penhorar é, portanto, predispor determinado bem à futura expropriação no processo executivo*” (*Instituições de direito processual*, v. IV, 2009, p. 597).

⁵⁴² Embora nem o Decreto-lei 70/66 e nem a Lei 9.514/97 tratem dos mecanismos para dar publicidade aos leilões, entende-se que, no mínimo, devam ser precedidos de editais, publicados por, pelo menos, três vezes no mesmo jornal, constando a descrição do bem a ser alienado (art. 38 do Decreto 21.981/32). Para que o edital atinja plenamente seus fins, entendemos que, tal qual ocorre no processo de execução judicial por quantia certa, o edital deverá atender, com as devidas adaptações (pois aqui não há que se falar de *penhora e avaliação*, mas sim de *imóvel objeto da garantia e valor mínimo*), aos requisitos do art. 686 do CPC. Para além os editais, há precedente jurisprudencial que sustenta a necessidade de que o devedor seja prévia e pessoalmente intimado dos leilões, tal como prevê o art. 687 § 5º do CPC (*STJ*, 1ª Turma, REsp 36383/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 22.09.1993). Tal intimação, no entanto, não é prevista nas normas específicas que regem a *execução extrajudicial*.

⁵⁴³ A questão do incremento da publicidade dos leilões será tratada no item 9.1.3abaixo.

Se o valor mínimo exigido por lei não for alcançado do *primeiro leilão*, terá lugar um *segundo leilão*, em que se admite a arrematação por preço inferior ao valor mínimo⁵⁴⁴.

7.3.3 Fase satisfativa: pagamento ao credor, transferência de domínio e entrega de eventual saldo ao devedor

Havendo êxito nos “públicos leilões”, transformado, portanto, em pecúnia o bem sobre o qual repousa a garantia, o montante apurado, abatidas as despesas⁵⁴⁵, é entregue ao exequente⁵⁴⁶. Se o produto sobejar o crédito, a diferença é atribuída ao devedor⁵⁴⁷.

Para operar-se a alienação do bem, lavra-se o título translativo do domínio, a ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis e, com isto, transfere-se a propriedade ao arrematante⁵⁴⁸.

Frustrados os “públicos leilões”, impossibilitada a obtenção de dinheiro por meio da alienação a terceiro do imóvel objeto da garantia, impõe-se a satisfação do credor com o recebimento em definitivo da propriedade do bem imóvel sobre o qual recaia a garantia⁵⁴⁹.

---

⁵⁴⁴ Sempre reservado ao executado o acesso ao judiciário, inclusive para postular indenização se entender que o imóvel restou expropriado por preço vil – v. item 9.2.2 abaixo.

⁵⁴⁵ Na execução extrajudicial hipotecária, compreendem as despesas aquelas atinentes ao leilão, como as de “anúncio e contratação da praça” (art. 32, § 1º do Decreto-lei 70/66) e, ainda, “as demais obrigações contratuais vencidas, especialmente em relação à fazenda pública, federal, estadual ou municipal, e a prêmios de seguro, que serão pagos com preferência sobre o credor hipotecário” (art. 33 do Decreto-lei 70/66). Na alienação fiduciária, integram as despesas aquelas assim designadas pela lei, a saber, “a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro” (art. 27, §3º, II, Lei 9.514/97) e, ainda, “os prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais” (art. 27, §2º, Lei 9.514/97).

⁵⁴⁶ Na execução extrajudicial hipotecária, o valor é recebido pelo *agente fiduciário*, que abaterá as despesas e entregará o saldo ao credor, em até cinco dias (art. 35, *caput* e § 1º, Decreto-lei 70/66). Na alienação fiduciária, o montante é recebido por intermédio do leiloeiro, a depender da maneira como contratado pelo credor (art. 40 do Decreto 21.981/32).

⁵⁴⁷ Art. 32, § 3º do Decreto-lei 70/66 e art. 27, § 4º, da Lei 9.514/97.

⁵⁴⁸ Na execução extrajudicial hipotecária, é título translativo do domínio a *carta de arrematação*, lavrada nos termos previstos no art. 37 do Decreto-lei 70/66. Já na alienação fiduciária, o título consiste de *escritura pública*, segundo entendimento prevalente na doutrina.

⁵⁴⁹ Na execução extrajudicial hipotecária, tal solução não é expressamente contemplada em lei, mas é defendida pela doutrina e jurisprudência com amparo na disciplina da execução judicial hipotecária (art. 7º, Lei 5.741/71), que entendem haver aí espécie de *adjudicação obrigatória* do imóvel ao credor (v. nota 413 acima). Na alienação fiduciária, inexacto falar-se em *adjudicação* após a frustração das hastas públicas, pois, em razão de seus contornos materiais, a propriedade do imóvel já estava consolidada com o credor em momento anterior. É certo, contudo, que, somente depois dos leilões frustrados, o bem passa a integrar *em*

Nesta situação, revelando-se o equilíbrio do instrumento, para além de restar extinta a dívida, independentemente do montante do saldo devedor – inadmitindo-se, assim, o “*deficiency judgment*”, ao contrário da previsão do Decreto-lei 70/66 -, há que se apurar também a existência de eventual diferença a ser restituída ao executado⁵⁵⁰.

7.4 Natureza executiva do instrumento

Em vista do quanto até aqui examinado, pode-se concluir que a *execução extrajudicial* acima descrita tem, sim, natureza de *execução forçada*⁵⁵¹.

Não se trata, a nosso ver, de simples relação privada, a envolver credor e devedor, contraída no âmbito de negócio jurídico celebrado por ambos, nos limites de sua *autonomia de vontade*.

Tal qual ocorreria se o fenómeno se passasse em juízo, a relação privada, típica de direito material, subjaz ao instrumento em exame.

A *vontade dos contratantes*, dúvida não há, é relevante para o aperfeiçoamento do contrato por força do qual, notadamente, se constituem o crédito pecuniário e a garantia imobiliária, contrato este revestido da forma e integrado pelos elementos prescritos em lei.

Advindo o inadimplemento – i. é, instalada a *crise jurídica* -, no entanto, prescinde-se da vontade do devedor para buscar-se a satisfação coercitiva do credor por meio da *execução extrajudicial* aqui tratada⁵⁵², instrumento não-judicial de resolução de *crise de*

---

definitivo o patrimônio do credor, podendo-se adotar a expressão *adjudicação* com a ressalva constante da nota 556 abaixo.

⁵⁵⁰ Como já se apontou, nesta situação, deve-se considerar que o imóvel ingressou no patrimônio do exequente pelo valor que as partes convencionaram em contrato (v. nota 476 acima). A depender do saldo devedor e do quanto já pago pelo executado, pode resultar quantia em seu favor – nos exatos moldes que resultaria se o imóvel houvesse sido *arrematado* pelo mesmo valor -, quantia que deve ser entregue ao executado.

⁵⁵¹ Sobre o conceito de execução forçada, v. item 2.1 acima.

⁵⁵² Defendendo a natureza *executiva* do instrumento aqui tratado e refutando a tese de que se trataria de manifestação de *consensualismo* tipicamente contratual, observa S. J. MARTINS que, “*embora a deflagração da execução extrajudicial tenha origem no contrato, que a prevê, o ato final de alienação do imóvel é praticado independente da vontade do sujeito atingido, estando todo o procedimento estruturado para superar a resistência que ele eventualmente possa apresentar (...). Para pôr em séria dúvida o consensualismo do ato final de alienação, basta lembrar que, não raro, a execução extrajudicial se*

adimplemento que, por força de lei, o Estado reconheceu como idôneo e disciplinou em contornos que não se confundem com o exercício da autonomia privada⁵⁵³.

Dito de outro modo, não solvida a obrigação de pagar quantia certa dotada de garantia imobiliária, amparando-se o crédito em documento hábil, deflagra-se procedimento conduzido por agente que, a despeito de não integrar os quadros do Poder Judiciário, é investido, por lei, de autoridade para praticar os atos que culminarão na *perda*, pelo devedor, da propriedade de bem integrante de seu patrimônio – notadamente, o bem imóvel oferecido em garantia⁵⁵⁴ - e, de outro lado, na satisfação do credor, que recebe o bem da vida reclamado, pondo-se fim à *crise de adimplemento*.

O instrumento em exame, como se vê, de pressupostos e procedimento comparáveis e assemelhados aos da execução judicial⁵⁵⁵, opera por típico *meio executivo sub-rogatório*, que conduz à *expropriação* do bem imóvel⁵⁵⁶, *liquidativa* e *satisfativa*⁵⁵⁷ se houver êxito

---

consumará no curso de demanda judicial movida em face do credor, visando à revisão ou declaração de nulidade de cláusulas contratuais que fundamentam o descumprimento da obrigação e, automaticamente, autorizam a promoção da execução extrajudicial” (Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários: o debate sobre sua constitucionalidade, in *RePro*, nº 196, 2011, pp. 30-31). Arremata o estudioso carioca dizendo que “*sustentar o consensualismo pleno da execução extrajudicial equivaleria a enxergar o consenso em todos os casos em que um título executivo tenha origem em um negócio jurídico (como é o caso de diversos títulos executivos extrajudiciais: art. 585, I a IV, do CPC). Mas uma coisa é a concordância das partes sobre as condições em que uma medida será tomada, outra coisa é o consenso sobre a implementação dessas condições* (ob. cit., p. 31).

⁵⁵³ A autonomia privada, vale dizer, além de ter sido relevante no momento da celebração do negócio e vinculação das partes, tornará a ser determinante para provocar o *controle* dos atos realizados no curso de determinada *execução extrajudicial* em concreto, notadamente por meio da defesa do devedor (item 9.2.1 abaixo). Tratando de questão análoga no âmbito da arbitragem, pondera P. COSTA E SILVA que “*se a parte legitimada para invocar causas de anulação ou ilegalidades nada fizer, a decisão, como qualquer acto de exercício do poder jurisdicional, vale. A autonomia privada estender-se-á à aceitação de decisões inválidas e ilegais*” (*A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, 2009, p. 42).

⁵⁵⁴ Em se tratando de garantia hipotecária, típico direito real sobre coisa alheia, o fenômeno da perda da propriedade pelo devedor é mais evidente. Na alienação fiduciária, direito real sobre coisa própria, a manifestação é mais sutil. Deve-se constatar que, em perspectiva estrita, pelas particularidades de tal figura no âmbito do direito material, o bem imóvel alienado fiduciariamente integra, pela celebração do negócio, o patrimônio do *credor* – e não do devedor -, e nele se consolidaria uma vez verificado o inadimplemento absoluto. Este aspecto, no entanto, não invalida o quanto se afirmou: é que o bem imóvel alienado fiduciariamente integrava, originalmente, o patrimônio do devedor – ou de terceiro prestador da garantia – e só se transferiu ao credor com a finalidade de *garantia*. Fosse quitada a dívida, a propriedade fiduciária se resolveria (art. 25, Lei 9.514/97) e, por simples averbação de cancelamento, *retornaria* ao patrimônio de quem originalmente a detinha. Somente porque a dívida não foi paga é que a propriedade se consolida no credor, embora sem plenitude, obrigando o credor a tentar alienar o bem a terceiro e, apenas depois de frustrada esta tentativa, após o segundo leilão, é que, efetivamente, passa a ostentar plenamente os poderes inerentes ao domínio. Ver, ainda, nota 449 acima e 556 abaixo.

⁵⁵⁵ Ver itens 7.2 e 7.3 acima.

⁵⁵⁶ A expropriação, mais uma vez, é mais nítida na execução extrajudicial hipotecária: o bem imóvel oferecido em garantia, em razão do meio executivo sub-rogatório, deixa de ser do devedor e passa a ser de quem o arrematar em leilão realizado em seu bojo, ou então passa a ser do credor que adjudicá-lo ao final.

nos “leilões públicos”, de modo a proporcionar ao credor que receba o montante em pecúnia correspondente ao bem expropriado; ou apenas satisfativa, se frustrados os leilões públicos, transmitindo-se então ao credor, em definitivo, a propriedade do imóvel objeto da garantia.

7.4.1 Hipótese de tutela diferenciada?

Questão que se surge a esta altura é a de se o modelo de *execução extrajudicial* em questão pode se colocar como hipótese de *tutela diferenciada* e se merece ser qualificada como *tutela jurisdicional diferenciada*, expressão consagrada pela doutrina, ou, quiçá, *tutela executiva diferenciada*.

Difícil o enquadramento, que depende, por certo, do significado que se queira dar a cada um desses vocábulos ou das expressões que os congregam.

É certo que a *execução extrajudicial* em tela proporciona *tutela* ao exeqüente, mais propriamente *tutela executiva*, na medida em que permite que este receba, após emprego

---

Daí asseverar A. RIZZARDO que “a *execução extrajudicial* é um procedimento expropriatório do bem” (*Contratos de crédito bancário*, 2011, p.206). Na alienação fiduciária em garantia, observa M. N. CHALHUB que não haveria, propriamente, *expropriação*, pois o bem leiloadado, a rigor, é de propriedade do credor (O leilão extrajudicial face ao princípio do devido processo legal, in *RePro*, nº. 96, 1999, p. 78). De nossa parte, entendemos que essa particularidade da alienação fiduciária em garantia não muda a essência do fenômeno, se compreendido de maneira mais ampla. A nosso ver, justifica-se falar de *expropriação* porque, na origem do negócio, o bem leiloadado pertencia ao devedor e só se transferiu antes ao credor – com natureza *resolúvel* e sem que se torne *plena* a propriedade deste último mesmo com a consolidação pós-inadimplemento - como primeiro ato de mecanismo de resolução de crise de adimplemento, mecanismo que só se esgota *depois* de realizadas asastas públicas. Desde o início, respeitadas as particularidades de direito material, o que se observa sob prisma processual é a designação de bem imóvel do devedor – ou de terceiro – para suportar futura *responsabilidade executiva*. E somente depois de tais astas é que se esgota a *responsabilidade executiva*, seja porque alguém o arrematou – transferindo-se então a propriedade ao arrematante – e proporcionou quantia em dinheiro para pagar o exeqüente, seja porque ninguém o arrematou e então, finalmente, a propriedade ostentada pelo exeqüente passou a ser efetivamente plena. No primeiro caso vislumbra-se *expropriações liquidativa e satisfativa*, e, no segundo, *expropriação satisfativa*, que não havia nem quando transferida a propriedade para fins de garantia (art. 23, Lei 9.514/97), tampouco quando esta se consolidou em razão do inadimplemento (art. 26, Lei 9.514/97). Ver, ainda, notas 449 e 554 acima.

⁵⁵⁷ Sobre os conceitos de *expropriação liquidativa e satisfativa*, v. nota 43 acima.

de meio executivo sub-rogatório que culmina em expropriação, o bem da vida – notadamente, pecúnia – a que faz jus⁵⁵⁸.

Qualificar tal tutela como *jurisdicional*, no entanto, implica aceitar a natureza jurisdicional da execução, enquadramento já não tão seguro⁵⁵⁹, sobretudo se considerarmos que o *agente de execução* que o conduz não integra os quadros do Poder Judiciário e nem é investido de *jurisdição*.

Quanto ao aspecto de sua *diferenciação*, é certo que a comparação da execução por quantia certa contra devedor solvente disciplinada nos arts. 646 e seguintes do Código de Processo Civil – tida, por assim dizer, como instrumento *comum* – à execução extrajudicial para satisfação de créditos pecuniários dotados de garantia imobiliária permite constatar que, se não há propriamente variação do meio executivo – ambas operam por expropriação do bem sobre o qual recai a responsabilidade executiva –, existem importantes distinções, seja no *procedimento*, seja nas *particularidades da relação jurídica material subjacente às execuções extrajudiciais*, seja ainda na *intensidade da participação do juiz*, indispensável e preponderante na primeira, típica do *monopólio judicial da execução* característico do modelo executivo brasileiro do Código de Processo Civil; dispensável e potencial na segunda.

Como já se viu, ademais, há importantes razões de ordem econômica⁵⁶⁰ e de ordem jurídica para que o ordenamento seja provido de instrumento processual *célere e efetivo*, adaptado às particularidades da relação jurídica material em questão.

No entanto, o critério que prevalece em doutrina para aferir a *diferenciação da tutela* é o da *limitação da cognição*⁵⁶¹. Tal critério é mais afeto aos processos nos quais

---

⁵⁵⁸ Como bem aponta C. R. DINAMARCO, na execução a *tutela* consiste da *satisfação do direito do exeqüente*, caracterizada, no âmbito da execução por quantia, pelo recebimento do dinheiro, debelando-se assim a *crise de adimplemento* que deu causa à execução (*Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 56).

⁵⁵⁹ Sobre o ponto, v. item 3.3.1 acima.

⁵⁶⁰ Importância de assegurar o fluxo de retorno dos valores mutuados, para fomentar a *concessão de crédito* em maiores volumes e a juros menores, notadamente no âmbito dos financiamentos imobiliários – v. item 6.1.

⁵⁶¹ No entendimento de R. B. LEONEL, “a locução *tutela jurisdicional diferenciada* deve ser compreendida como a *proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz*, resultante da utilização de *procedimentos especiais previstos no ordenamento processual*, em que a *celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional decorram da limitação da cognição*” (*Tutela jurisdicional diferenciada*, 2010, p. 79). Para o referido professor, a *delimitação do procedimento* e a *espécie de resultado do processo* não são elementos

prepondera atividade cognitiva, pois, na execução, mesmo que *judicial*, há cognição apenas “*tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual*”⁵⁶².

Daí se pode concluir que o critério dogmático de identificação de *tutela jurisdicional diferenciada* – limitação da *cognição* - não parece apropriado para discernir *tutelas diferenciadas* no âmbito da *tutela executiva*.

Com as devidas ressalvas, empregar as expressões *tutela diferenciada* ou *tutela executiva diferenciada* para identificar a *execução extrajudicial para satisfação de créditos pecuniários dotados de garantia imobiliária* pode se justificar para por em destaque as já apontadas particularidades desta última em comparação ao referido *instrumento comum* do artigo 646 e seguintes, não só no que concerne à peculiaridade da relação jurídica material à qual se aplica e à especificidade do procedimento; mas, também, em especial, à singular intensidade – apenas potencial – da participação do juiz. Não se deve qualificá-la, contudo, como *jurisdicional* – a não ser que se queira dar limites bastante extensos a este último termo – e se deve ter a consciência de que a expressão não corresponde ao conceito dogmático de *tutela jurisdicional diferenciada*.

---

válidos para a construção dogmática do conceito de tutela jurisdicional diferenciada; tampouco se deve apoiar tal construção na *espécie de direito material ou de provimento judicial* perseguido (ob. cit., p. 78).

⁵⁶² K. WATANABE, *Da cognição no processo civil*, 1999, p. 112.

8 Constitucionalidade da execução extrajudicial

8.1 Questionamentos sobre a constitucionalidade da execução extrajudicial

A doutrina pátria tem divergido sobre a constitucionalidade da *execução extrajudicial*⁵⁶³.

Autorizadas vozes bradaram a inconstitucionalidade deste instrumento. Tendo em vista principalmente o regime do Decreto-Lei 70/66, A. P. GRINOVER⁵⁶⁴, J. I. BOTELHO DE MESQUITA⁵⁶⁵, C. A. OLIVEIRA⁵⁶⁶, L. G. MARINONI⁵⁶⁷, F. B. FRANCO⁵⁶⁸ e A. RIZZARDO⁵⁶⁹ entenderam que a execução extrajudicial hipotecária violaria garantias asseguradas pelo texto constitucional.

E. F. SANTOS⁵⁷⁰ e A. F. FABRÍCIO⁵⁷¹ sustentaram que mesmo a execução extrajudicial disciplinada na Lei 9.154/97 padeceria de inconstitucionalidade, do que também pareceu suspeitar o magistrado paulista M. J. BEZERRA FILHO⁵⁷².

---

⁵⁶³ Alude-se, aqui, à inconstitucionalidade em sentido lato, sem distinguir a suposta *não-recepção* do regime do Decreto-lei 70/66 pela Constituição Federal de 1988 da possível *inconstitucionalidade* da figura da Lei 9.154/97.

⁵⁶⁴ *Novas tendências do direito processual*, 1990, pp.199/201.

⁵⁶⁵ O princípio da liberdade na prestação jurisdicional in *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, v. 2, 2005, pp. 41-42.

⁵⁶⁶ Procedimento e Ideologia no Direito brasileiro atual, in *Ajuris*, nº 33, 1985, pp 82-83.

⁵⁶⁷ A tutela cautelar do direito ao devido processo legal (O caso da execução privada do Dec-lei 70/66), in *Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio*, nº. 173, 1994, p.63.

⁵⁶⁸ A fórmula do devido processo legal, in *RePro*, nº. 94, 1999, p. 105.

⁵⁶⁹ *Contratos de crédito bancário*, 2011, p. 209-210.

⁵⁷⁰ Alienação Fiduciária de coisa imóvel, in *Revista Jurídica*, nº. 261, 1999, p. 22.

⁵⁷¹ A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97, in F. DIDIER JUNIOR, e C. C. FARIAS (coords.), *Procedimentos Especiais cíveis: legislação extravagante*, 2003, pp. 1444-1447.

⁵⁷² A execução extrajudicial de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel – exame crítico da Lei 9.514, de 20.11.1997, in *Revista dos Tribunais*, nº. 819, 2004, p. 75. Vale observar que, alguns anos mais tarde, quando de sua tese de doutoramento, o referido autor parece ter criticado com menos veemência tal espécie de *execução extrajudicial*, lamentando que a lei não tenha aproveitado melhor a oportunidade para adotar disciplina que desestimulasse o devedor a buscar socorro junto ao Poder Judiciário (*Da fidejussão à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição*, 2006, pp. 162-169), disciplina que poderia ser alcançada, em seu entender, com ligeiros ajustes nos artigos 27 e 30 da Lei 9.514/97, cujo texto foi sugerido no ensaio antes referido (ob. cit., pp.75-76).

Mais recentemente, em obra monográfica sobre o tema, também E. H. YOSHIKAWA partilhou do entendimento no sentido da *inconstitucionalidade*⁵⁷³.

De outro lado, destacados juristas, como J. C. MOREIRA ALVES⁵⁷⁴, O. GOMES⁵⁷⁵, C. M. PEREIRA⁵⁷⁶ e J. M. ARRUDA ALVIM⁵⁷⁷, defenderam a plena constitucionalidade da *execução extrajudicial*.

Foram seguidos por M. N. CHALHUB⁵⁷⁸, M. TERRA⁵⁷⁹, U. CUSTÓDIO FILHO⁵⁸⁰, S. GARSON⁵⁸¹ e pelo desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo M. Q. PEREIRA CALÇAS⁵⁸².

E em também recente obra monográfica sobre o tema, S. J. MARTINS⁵⁸³ procurou demonstrar a *constitucionalidade* da execução extrajudicial.

Merece destaque o entendimento de C. R. DINAMARCO, que, de início, repudiou a execução extrajudicial, em especial aquela disciplinada pelo Decreto-Lei 70/66: embora reconhecesse, desde o princípio, que “*essas medidas poderão contar com legítimo respaldo nessa ordem equilibrada que se alvitra, na medida em que tendentes a propiciar a efetividade dos direitos*”, apontava que “*o mal está no risco de arbitrariedades inerentes a uma possível justiça de mão própria*”, que poderia afastar a execução de sua *linha de humanização*⁵⁸⁴.

Anos mais tarde, o referido professor, motivado pela entrada em vigor da Lei 9.514/97, voltou a debruçar-se sobre o tema – que, então, já contava com numerosos

---

⁵⁷³ *Execução extrajudicial e devido processo legal*, 2010, esp. pp. 112-136.

⁵⁷⁴ *Da alienação fiduciária em garantia*, 1979, p. 207 (tendo em vista a alienação fiduciária de bem móvel).

⁵⁷⁵ *Direitos Reais*, 2009, p. 429

⁵⁷⁶ *Condomínios e Incorporações*, 2002, pp. 323-328 (tendo em o leilão extrajudicial do art. 63 da Lei 4.591/64).

⁵⁷⁷ Contestação – Ação civil pública – pretensão a obtenção de declaração de inconstitucionalidade em tese – inadmissibilidade, in *RePro*, nº. 82, 1996, pp. 272-274.

⁵⁷⁸ O leilão extrajudicial face ao princípio do devido processo legal, in *RePro*, nº. 96, 1999, pp. 76-82 e 90.

⁵⁷⁹ *Alienação fiduciária de imóvel em garantia (Lei 9.514/97, primeiras linhas)*, 1998, pp. 53-54

⁵⁸⁰ A execução extrajudicial do decreto-lei 70/66 em face do princípio do devido processo legal, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº. 37, 2001, pp.168-173.

⁵⁸¹ A viabilidade da desjudicialização do processo de execução, in M.P.CARVALHO (coord), *Direito Processual Civil*, 2007, pp. 523-545.

⁵⁸² *Aspectos gerais e questões polêmicas da alienação fiduciária de imóveis*, pp. 07-10.

⁵⁸³ *Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários*, 2007, esp. pp. 81-108.

⁵⁸⁴ *Execução civil*, 1994, pp. 308-310.

julgados a respeito da aplicação, em concreto, da *execução extrajudicial hipotecária* e da *alienação fiduciária em garantia de bens móveis* –, para concluir pela constitucionalidade do instituto⁵⁸⁵.

Em obra mais recente, C. R. DINAMARCO permanece adepto da tese da constitucionalidade da execução extrajudicial, sobretudo em razão da largueza com que os atos nela praticados podem ser controlados pelo Poder Judiciário⁵⁸⁶. Esta parece ser mesmo a *chave* para a solução do problema, como se verá adiante.

A jurisprudência, depois de algumas vacilações iniciais⁵⁸⁷, firmou-se, sobretudo no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, pela *constitucionalidade* das execuções extrajudiciais⁵⁸⁸. O

---

⁵⁸⁵ Alienação fiduciária de bens imóveis. *Fundamentos do processo civil moderno*, t. II, 2002, esp. pp. 1272-1281. Trata-se de parecer, originalmente publicado na *Revista de Direito Imobiliário* nº 51, julho-dezembro de 2001, pp 235-252.

⁵⁸⁶ *Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, pp 64-65.

⁵⁸⁷ Com destaque para a Súmula 39 do Extinto PRIMEIRO TRIBUNAL ALÇADA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO, que considerava inconstitucionais os artigos 30, parte final, e 31 a 38, do Decreto-lei 70/ 66. Tal entendimento foi reiterado há não muito tempo pela 22ª Câmara de Direito Privado do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, sob os seguintes fundamentos: “(...) *De fato, a possibilidade de o credor promover a execução extrajudicial de seu crédito, com a alienação do bem hipotecado, afronta os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV, LIV e LV). Ninguém pode ter sua esfera jurídica invadida por ato privado do credor, que deve valer-se do mecanismo estatal de solução de controvérsias, com todas as garantias a ele inerentes. A Constituição Federal estabeleceu o modelo processual constitucional, colocando-o à disposição de todos que necessitem da tutela jurisdicional. Impossível privar a pessoa de seus bens por outra via, sem assegurar-lhe as garantias do devido processo constitucional. Ademais, o benefício legal concedido aos agentes fiduciários fere ainda o princípio da isonomia, pois os coloca em situação de indiscutível vantagem em relação aos demais credores, que estão obrigados a suportar todos os ônus do processo judicial (...)*” (TJ/SP, Embargos Infringentes 920.905-4/01, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roberto Bedaque, j. 07.11.2006). Mais recentemente, e versando sobre a execução extrajudicial da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, a 14ª Câmara de Direito Privado do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO decidiu que “(...) *a exemplo do que ocorre com o leilão extrajudicial preconizado no Dec.-Lei 70/66, o leilão extrajudicial da lei 9.514/97 é ilegal*”, sob o entendimento de que “(...) *a alienação extrajudicial não obedece aos princípios do contraditório e da ampla defesa, além de afastar a atividade jurisdicional, que compete ao Poder Judiciário, e somente a ele*” (TJ/SP, Ap. 0002245-88.2011, Rel. Des. Melo Colombi, j. 29.02.2012); constando do v. acórdão ser “(...) *certo que o Superior Tribunal de Justiça já assentou entendimento no sentido da legalidade desse tipo de alienação. Porém, em razão da afronta desse instituto aos princípios basilares de nosso Direito (contraditório, ampla defesa), este Relator mantém sua convicção, certo de que o resultado da demanda não pode fazê-lo curvar-se a uma interpretação política, preconizada pelo órgão superior*”.

⁵⁸⁸ “*Execução Extrajudicial. Decreto-lei nº 70/66. Constitucionalidade. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados*” (STF, 1ª Turma, RE 223.075, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.06.1998). Tal entendimento foi referendado, dentre outros, pelos seguintes julgados: STF, 1ª Turma, RE 287.453, Rel. Min. Moreira Alves, j. 18.09.2001; STF, 2ª Turma, RE 269.419 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20.11.2001; STF, 2ª Turma, RE 250.545, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 20.08.2002; STF, 1ª Turma, RE 408.224 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 08.03.2007; STF, 2ª Turma, RE 513.546 AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 24.06.2008; STF, 1ª Turma, RE 523.966 ED, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 15.12.2009 e STF, 2ª Turma, AI 678.256 AgR, Rel. Min.

assunto, no entanto, recentemente voltou à baila. Foi reconhecida a *repercussão geral* da *questão da constitucionalidade da execução extrajudicial do Decreto-Lei 70/66*⁵⁸⁹ e, atualmente, aguarda-se a conclusão do julgamento dos Recursos Extraordinários submetidos ao Pleno⁵⁹⁰, intensificando as expectativas a respeito do enfrentamento do mérito por aquela Corte.

Examinamos, doravante – desde já com a ressalva de que os argumentos se interpenetram e não comportam classificação unívoca e estanque – os principais questionamentos a respeito da constitucionalidade das execuções extrajudiciais e as respostas que lhes podem ser dadas.

8.2 Inocorrência de autotutela

Talvez a mais freqüente e imerecida das críticas tecidas à *execução extrajudicial* é a de que tal técnica encerraria modalidade de *autotutela*, de *justiça de mão própria*, incompatível com o Estado Democrático de Direito⁵⁹¹.

Cezar Peluso, j. 02.03.2010. No âmbito do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, o entendimento foi consagrado em Incidente de Inconstitucionalidade assim ementado: “*Incidente de inconstitucionalidade de lei. Artigos 30 a 38 do Decreto-lei n. 70, de 21.11.1966. Normas que disciplinam a execução extrajudicial de débitos decorrentes de financiamento imobiliário. Inconstitucionalidade afirmada pela Câmara suscitante, por entender violados os princípios do devido processo legal, juiz natural, contraditório e ampla defesa. Inocorrência. O decreto, com o intuito de conferir maior segurança ao sistema de crédito imobiliário, estabeleceu mecanismo ágil de recuperação dos créditos, mas não afastou o controle jurisdicional ou o devido processo legal. Jurisprudência pacífica do STF e STJ acerca da compatibilidade do Decreto com a Constituição de 1988. Arguição de inconstitucionalidade improcedente. Incidente de inconstitucionalidade conhecido, mas julgado improcedente*” (TJ/SP, Órgão Especial, Incidente de inconstitucionalidade 9030924-26.2009.8.26.0000, Rel. Des. Renato Nalini, j. 07.10.2009).

⁵⁸⁹ “*Execução extrajudicial. Sistema Financeiro da Habitação. Recepção do Decreto-lei 70/66 Presença de repercussão geral*” (STF, AI 771.770 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 04.03.2010).

⁵⁹⁰ Tratam-se dos Recursos Extraordinários 556.520, de relatoria do Min. Marco Aurélio, e 627.106, relator Min Dias Toffoli. No primeiro, interposto pelo Banco Bradesco contra acórdão da 22ª Câmara de Direito Privado do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que declarara a inconstitucionalidade da execução extrajudicial disciplinada pelo Decreto-lei 70/66 (fundamentação foi transcrita na nota 587 acima), o Ministro. Marco Aurélio negou provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Britto (todos pela inconstitucionalidade); enquanto que os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski votaram pelo provimento (i.é, pela constitucionalidade). No segundo, interposto por mutuário, invertendo-se o mérito, os Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski negaram provimento ao recurso e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Britto votaram pelo provimento. De ambos, em sessão havida aos 18 de agosto de 2011, pediu vistas o Ministro Gilmar Mendes, suspendendo-se o julgamento.

⁵⁹¹ A. P. GRINOVER afirma que “*a verdade é que a malsinada execução extrajudicial consagra uma forma de autotutela, repudiada no Estado de direito, salvo casos excepcionais*” (*Novas tendências do direito processual*, 1990, pp.199/201). Na mesma linha, O. A. SILVA sustenta que a hipótese do Decreto-lei 70/66 é de “*execução privada total, em rigorosa e completa justiça de mão própria, autorizando o credor, em caso*

Não nos parece ser este o caso.

De autotutela se trataria se houvesse a reação direta e pessoal de quem faz justiça com as próprias mãos⁵⁹², vale dizer, se um dos sujeitos em conflito buscasse resolvê-lo por meio de uma ação direta, em lugar de se valer de um instrumento apropriado para que um terceiro o dirima⁵⁹³; ou seja, se o credor impusesse ao devedor, *sponte propria*, a satisfação de seu interesse.

Não é isto o que ocorre na *execução extrajudicial* ora examinada. Aqui, o procedimento é conduzido pelo *agente de execução extrajudicial*, necessariamente um terceiro⁵⁹⁴, *imparcial e idôneo*⁵⁹⁵, a quem o Estado concedeu, expressamente e por força de

---

de mora do devedor, a publicar editais para o leilão público de venda do imóvel dado em garantia (Curso de processo civil, v. 1, 2002, p. 147). Acompanha tal entendimento E. H. YOSHIKAWA, *Execução extrajudicial e devido processo legal*, 2010, esp. p.129. Merece menção à parte a posição de S. J. MARTINS, que, reputando legítimas as execuções extrajudiciais, mas por ter em vista também o procedimento do art. 63 da Lei 4.591/64 (v. nota 302 acima), afirma que tais execuções devem ser enquadradas “na categoria jurídica da autotutela: há uma interferência direta e concreta na esfera jurídica do sujeito atingido por obra do próprio interessado” e reputa equívoco metodológico tentar examiná-las pelas balizas das garantias fundamentais do processo (*Execução extrajudicial de créditos imobiliários*, 2007, p. 55); tratar-se-ia, no entanto, na opinião do estudioso carioca, de uma *autotutela moderna*, equilibrada e passível de controle pelo Poder Judiciário, muito diferente da *vingança privada* (ob. cit., pp. 44-49). Em nossa opinião, embora algumas figuras de *satisfação extrajudicial de créditos* existentes no direito positivo (v. item 5.2.3 acima) possam ser enquadradas mesmo como *autotutela* – e, nem por isso, seriam inconstitucionais – não é o que ocorre com o *modelo* aqui examinado, que pode ser sim examinado à luz das garantias fundamentais do processo, desde que interpretadas tais como devem se manifestar em *execuções*. É o que procuramos demonstrar na sequência deste capítulo.

⁵⁹² E. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 1958, p. 9.

⁵⁹³ V. F. GUILLÉN, *Teoría general del derecho procesal*, 1992, p. 17.

⁵⁹⁴ Sobre o *agente fiduciário*, que os críticos suspeitam confundir-se com o credor, a lei é expressa ao vedar que tenha ou mantenha vínculos societários com os credores ou devedores das hipotecas em que sejam envolvidos (art. 30, §3º, Decreto-lei 70/66). Com acerto pondera V. L. DENARDI que “o agente fiduciário que dirige a execução, ao contrário do que alguns afirmam, nunca pode ser o credor. Daí não ser correto falar-se em execução processada pelo próprio credor (autotutela)” (*Execuções judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, p. 108). Voltando-se os olhos à execução extrajudicial da alienação fiduciária em garantia, considerando os atos a serem realizados ou controlados pelo Cartório de Registro de Imóveis, fica ainda mais sem sentido cogitar-se de *autotutela*.

⁵⁹⁵ Tanto assim que se prevê que sejam *destituídos*, antes mesmo do início de sua atuação, quer por acordo entre as partes, quer pelo juízo se estas não chegarem a consenso, sempre que *houver fundadas razões para por em dúvida sua imparcialidade e idoneidade* (art. 41, §1º, Decreto-lei 70/66). Com vistas à *execução extrajudicial hipotecária*, levanta V. L. DENARDI suspeitas sobre a *imparcialidade e idoneidade* do agente de execução: este, ao contrário dos magistrados, não é cercado nem por *garantias* (v.g., art. 95, *caput*, CF) e nem por *vedações* (v.g., art. 95, *parágrafo único*, CF) que as assegurem e, ainda pior, a instituição que numa execução (da qual, evidentemente, não seja credora) exerce a função de *agente fiduciário* é a mesma que, em outra, figurará como exeqüente, posto que realiza operações de crédito no Sistema Financeiro da Habitação, motivo pelo qual seria *duvidosa a sua atuação desinteressada* (*Execuções judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, pp. 112-117). A tais suspeitas, pode se objetar que, em primeiro lugar, muito longe estão as funções de *agente de execução* e de *juiz* e, se o primeiro não é investido de jurisdição e não profere julgamentos vinculantes, definitivamente não reclama os mesmos

lei, os poderes para praticar determinados atos executivos tendentes à satisfação do crédito, assim como impôs, em contrapartida, responsabilidades compatíveis com os poderes que lhe foram atribuídos⁵⁹⁶.

Os críticos tendem a minimizar a atuação do *agente de execução extrajudicial*. E. H. YOSHIKAWA reputa-o um “*convidado de pedra*”, um “*mero chancelador da vontade do credor*”⁵⁹⁷. No entanto, o fato de não se atribuir ao *agente de execução extrajudicial* o poder de “*decidir quem tem ou não razão*”, “*verificar se o sedizente credor tem direito à tutela executiva*” e “*se sua pretensão é amparada pelo direito material*”⁵⁹⁸ em nada minimiza o seu relevante papel no procedimento.

Em primeiro lugar, não se pretendeu que coubesse ao *agente de execução extrajudicial* julgar as defesas eventualmente invocadas pelo devedor. O escopo de sua atuação é realizar os atos que lhe são autorizados pelo Estado, tendentes à satisfação, à realização prática do crédito afirmado pelo exeqüente, como convém à atividade executiva, fazendo-o nos estreitos limites prescritos em lei. As defesas que pretender o devedor deduzir, por certo, podem e devem ser dirigidas ao juiz.

Por outro viés, não se concede discricionariedade alguma ao *agente de execução extrajudicial*, muito menos para fazer o que bem entender o credor e da forma que lhe convier. Só deve ele atuar se for provocado de acordo com a *forma prevista em lei*⁵⁹⁹.

Demais disso, só deve deflagrar o procedimento se lhe for apresentado o *instrumento* que torna adequada a via da execução extrajudicial, consistente de título

---

cuidados que a Constituição Federal dispensou aos magistrados; e ainda que, de mais a mais, havendo imposição legal de *imparcialidade e idoneidade*, é o quanto basta para que eventuais abusos ocorridos em concreto sejam coibidos. Seja como for, o desempenho da função de *agente de execução* pelo Cartório de Registro de Imóveis afasta em larga medida as desconfiças que poderiam recair sobre o *agente fiduciário*.

⁵⁹⁶ Art. 40, Decreto-lei 70/66; arts 22 a 24 e 31 e ss. da Lei 8.935/94. V. itens 6.5.1 e 6.10.1 acima.

⁵⁹⁷ *Execução extrajudicial e devido processo legal*. 2010, pp. 40 e 41, respectivamente. Tratando da alienação fiduciária de imóveis, A. F. FABRÍCIO diz que, em tal regime, o papel do Cartório de Registro de Imóveis é limitado ao de “*portador da intimação*”, sendo que “*a entrega da iniciativa e condução do procedimento ao próprio credor, sem a intermediação ao menos moderadora de terceiro desinteressado, representa uma inaceitável regressão à autotutela*” (A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97, in F. DIDIER JUNIOR, e C. C. FARIAS (coords.), *Procedimentos Especiais cíveis: legislação extravagante*, 2003, p. 1446).

⁵⁹⁸ *Execução extrajudicial e devido processo legal*, 2010, pp. 36 e 120, respectivamente

⁵⁹⁹ Art. 31, Decreto-lei 70/66 e art. 26, §1º, Lei 9.514/97. V. itens 6.5.2 e 6.10.2 acima

executivo que preencha os requisitos previstos em lei⁶⁰⁰, a respeito dos quais exerce controle formal⁶⁰¹.

Ademais, sua atuação deve se restringir aos atos que lhe são atribuídos por lei, que deverão ser realizados tal como nela previstos. E é certo, como já se viu, que deve responder por eventuais danos que sua atuação ilícita venha a causar.

Merece especial destaque, neste contexto, a função desempenhada pelo Cartório de Registro de Imóveis. No regime da *alienação fiduciária em garantia*, como já se observou, tal órgão exerce controle de legalidade desde a ocasião da formação do título: se o contrato não estiver formalmente perfeito, o oficial tem o dever de não o registrar⁶⁰² e, sem o registro, a garantia não chega a se constituir. Perdura, ademais, ao longo da *execução extrajudicial*, sede em que, sob instância do credor e somente mediante a apresentação de instrumento hábil, lhe cabe promover os atos de comunicação pessoal⁶⁰³, controle da purga da mora⁶⁰⁴ e consolidação da propriedade em nome do credor⁶⁰⁵. E embora não lhe seja dado realizar o “*público leilão*”⁶⁰⁶, o controle exercido pelo Cartório de Registro de Imóveis perdura até depois do certame, por ocasião do registro do ato de transferência do domínio, quando o registrador deve examinar se os requisitos legais para o leilão foram cumpridos e se está perfeito o *auto de arrematação* lavrado pelo leiloeiro, “*cujas certidão será utilizada na lavratura do contrato*”⁶⁰⁷.

---

⁶⁰⁰ Sobre o *título executivo* para a execução extrajudicial, v. item 7.2.2 acima. Sobre os elementos que devem constar do *título executivo* para a *execução extrajudicial hipotecária*, v. nota 366 acima. Na *alienação fiduciária*, v. nota 434 acima.

⁶⁰¹ “Cabe, ao agente fiduciário, o controle formal do procedimento, recusando-se a processar a execução que não seja requerida com o preenchimento dos requisitos exigidos para que seja desencadeada” (V. L. DENARDI, *Execuções judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, p.86). Na *alienação fiduciária*, v. notas 451 e 452 acima.

⁶⁰² Art. 23, Lei 9.514/97. V. item 6.10.1 acima.

⁶⁰³ Art. 26, §§ 1º, 3º e 4º, Lei 9.514/97. Apontam P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO que “a intimação cartorial pós-quarentena, pela gravidade de suas conseqüências, por isso confiada a oficial público, deve ser perfeita na observância das condições contratuais, no conteúdo e na discriminação de valores, destinação, prazo, forma e meio de entrega” (*Propriedade fiduciária imóvel*, 2009, p.163).

⁶⁰⁴ Art. 26, §§ 5º e 6º, Lei 9.514/97. Tal controle também é feito pelo agente fiduciário (art. 35, *caput* e § 1º, Decreto-lei 70/66).

⁶⁰⁵ Art. 26, §7º, Lei 9.514/97.

⁶⁰⁶ Porque este deve ser realizado por *leiloeiro* devidamente habilitado, conforme Decreto 21.981/32.

⁶⁰⁷ N. BALBINO FILHO, *Registro de Imóveis*, 2009, p. 143.

Mesmo no regime da *execução extrajudicial hipotecária*, o devedor somente deixará de ser proprietário do bem se o Cartório de Registro de Imóveis reconhecer a regularidade do título de transferência do domínio⁶⁰⁸.

Em qualquer dos casos, como bem lembra S. J. MARTINS, caberá ao *Oficial do Registro de Imóveis*⁶⁰⁹

prestar sua contribuição para o controle da legalidade das execuções extrajudiciais (...), suscitando dúvida, na forma do art. 198 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), na qual aponte à Autoridade Judiciária as irregularidades constatadas, de forma a impedir o registro do título aquisitivo defeituosamente formado.

Como se vê, o necessário protagonismo de um *terceiro imparcial e idôneo*, investido pelo Estado nos poderes de *agente de execução extrajudicial*, afasta a cogitação da ocorrência de *autotutela*.

8.2.1 Legitimidade da prática de atos executivos pelo agente de execução extrajudicial

Outro ponto que costuma causar perplexidade diz respeito ao fato de que os *atos de execução* são realizados, sob instância do credor, por um *não-juiz*, que designamos *agente de execução extrajudicial*, podendo o procedimento culminar, com a satisfação do credor, sem nenhum contato com os Tribunais.

A esse propósito, costuma-se invocar⁶¹⁰ a *quebra do monopólio da jurisdição*, na medida em que se atribui a prática de *ato jurisdicional* a órgão que não integra o Poder

---

⁶⁰⁸ A saber, a *carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas* (art. 37, Decreto-lei 70/66) e *também assinada pelo devedor, se estiver presente ao público leilão – caso contrário, a carta conterà necessariamente a constatação de sua ausência ou de sua recusa em subscrevê-la* – art. 37, § 1º, Decreto-lei -70/66, valendo lembrar que o leiloeiro público é dotado de fé-pública no que certificar com relação aos atos havidos no leilão (art. 35, Decreto 21.981/32).

⁶⁰⁹ *Execução extrajudicial de créditos imobiliários*, 2007, p. 54.

⁶¹⁰ Fazem-no, dentre outros, A. P. GRINOVER, que sustenta restarem feridos os princípios da *unidade da jurisdição e da atribuição da função jurisdicional ao juiz constitucional* (*Novas tendências do direito processual*, 1990, pp.199/201) e L. G. MARINONI, que afirma que a execução extrajudicial *quebra o monopólio da jurisdição, função indelegável e própria do juiz natural* (A tutela cautelar do direito ao devido

Judiciário (art. 92, CF), o que violaria a garantia do *juiz natural* (art. 5º, XXXVII e LIII, CF)⁶¹¹.

O ponto remete à já examinada discussão a respeito da natureza jurídica da execução e dos atos nela praticados⁶¹². Como se assentou naquela oportunidade, é lícito concluir que não se pode tomar como verdade absoluta que, em todo e qualquer caso, os atos realizados em execução tenham, necessariamente, natureza jurisdicional; sendo possível sustentar que os atos realizados pelo *agente de execução extrajudicial*, devidamente legitimados pelo Estado lei, tenham natureza administrativa⁶¹³.

E ainda que se quisesse insistir que a atividade executiva teria, necessariamente, natureza *jurisdicional*, este não seria, por si só, um problema insuperável para o reconhecimento da constitucionalidade da execução extrajudicial⁶¹⁴, cujos atos são realizados por um não-juiz.

É preciso ter em mente, como já se viu, que, de um lado, *não é a natureza do agente que determina se é ou não jurisdicional o ato por ele realizado*⁶¹⁵ e, de outro, “a atividade jurisdicional é típica, mas não é exclusiva do Poder Judiciário”⁶¹⁶.

Daí o válido questionamento de S. GARSON⁶¹⁷:

---

processo legal (O caso da execução privada do Dec-lei 70/66), in *Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio*, nº. 173, 1994, p.63).

⁶¹¹ A garantia do *juiz natural* impõe a “*exigência de preconstituição do órgão jurisdicional competente, entendendo-se este como o agente do Poder Judiciário, política, financeira e juridicamente independente, cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação em vigor*” (J. R. CRUZ E TUCCI – R. L. TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, 1989, p.30).

⁶¹² V. item 3.3.1 acima.

⁶¹³ A. F. FABRÍCIO entende que o procedimento da execução extrajudicial se realiza “*sem qualquer espécie de atividade jurisdicional*” (A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97, in F. DIDIER JUNIOR, e C. C. FARIAS (coords.). *Procedimentos Especiais cíveis: legislação extravagante*, 2003, p. 1437). E já se reconheceu no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que a execução extrajudicial “*não retira do Poder Judiciário para o agente fiduciário parcela alguma do poder jurisdicional. O agente fiduciário executa somente uma função administrativa, não necessariamente judicial*” (RE 223.075, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.06.1998, trecho do voto condutor).

⁶¹⁴ Ao contrário do que pareceu para E. H. YOSHIKAWA, *Execução extrajudicial e devido processo legal*, 2010, pp. 112/122.

⁶¹⁵ C. R. DINAMARCO, *Execução Civil*, 1994, p. 189.

⁶¹⁶ N. NERY JUNIOR., *Princípios do processo na Constituição Federal*, 2009, p. 153.

⁶¹⁷ A viabilidade da desjudicialização do processo de execução, in M. P. CARVALHO (coord.). *Direito Processual Civil*, 2007, p. 529.

se a arbitragem é reconhecidamente uma atividade jurisdicional, na qual ao árbitro é conferido poder de dirimir controvérsias que seriam objeto de uma ação de conhecimento, por que ao agente de execução também não pode ser reconhecido que desempenha atividade jurisdicional?

O questionamento ganha ainda mais pertinência quando se constata que, em última análise, *arbitragem* e *execução extrajudicial* guardam fundamento na *autonomia da vontade*: não no sentido de que a *execução extrajudicial* decorreria de *cláusula executiva* – o que não ocorre, como já se afirmou –, e nem de que a *execução extrajudicial* teria natureza consensual – não tem, como já se viu - mas sim no sentido de que só haverá *execução extrajudicial*, no modelo examinado, se as partes, livre e conscientemente, celebrarem, antes, negócio jurídico específico, no qual o devedor, voluntariamente, se obrigue a pagar quantia certa e ofereça determinado bem imóvel em garantia, negócio jurídico este instrumentalizado de acordo com a forma prescrita em lei, ao qual a própria lei reconhece como adequado para desencadear a execução extrajudicial.

Como bem pontifica F.P. RIBEIRO⁶¹⁸,

assim como hoje é bastante natural afirmar que o árbitro pode dizer o direito, haverá um momento em que o agente privado poderá realizar o direito, por meio de práticas executivas, sem que isso seja considerado uma aberração jurídica

8.3 Observância do devido processo legal

Outra crítica freqüentemente dirigida à *execução extrajudicial*, muitas vezes sem se atentar para o aspecto de que o procedimento em questão, de *execução*, é voltado à satisfação do direito afirmado pelo credor, é a de que haveria violação do *devido processo legal*, em seus mais diversos matizes - muitos dos quais, aliás, examinados em títulos antecedentes e subseqüentes ao presente -.

Cogita-se que a *execução extrajudicial* violaria o *devido processo legal substancial*⁶¹⁹, acoimando-se de irrazoáveis e desproporcionais os seus atos.

---

⁶¹⁸ *Desjudicialização da execução civil*, Tese (Doutorado), 2012, pp. 36-37.

⁶¹⁹ Certo que a garantia do *devido processo legal* é, por sua natureza, insuscetível de conceituação precisa, “justamente porque vaga e caracterizada por uma amplitude indeterminada e que não interessa determinar” (C.

Cogita-se, ademais, que também violaria o *sentido processual do devido processo legal*⁶²⁰, posto que, após sequência de atos realizados *fora* do Poder Judiciário, por um *não-juiz*, em procedimento que não permite em seu bojo o exercício de *contraditório e ampla defesa*, culminaria o devedor *privado* do bem que ofereceu em garantia da dívida, em suposta afronta ao quanto estabelecido nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

Esquece-se, porém, que em sistemas estrangeiros que praticam a *execução extrajudicial*, o *devido processo legal* é valor muitíssimo relevante, e nem por isso se afirma a inconstitucionalidade de tal forma de satisfação de créditos⁶²¹.

8.3.1 Razoabilidade da execução extrajudicial

Na amplíssima gama de aspectos que podem ser abrigados sob a *garantia do devido processo legal substancial*, aponta-se que demonstrariam a sua violação, dentre outros, a *origem autoritária do Decreto-Lei 70/66*⁶²² e o *privilegio que proporcionaria às instituições bancárias e detentores do poder econômico*⁶²³.

R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. I, 2009, p. 243), voltando-se os olhos para seu aspecto *substancial*, relaciona-se com “a elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais” (J. R. CRUZ E TUCCI - R. L. TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, 1989, p.15); podendo-se afirmar que, “em apertada síntese, o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade” (P. H. LUCON, *Devido processo legal substancial*, In F. DIDIER JUNIOR (coord). *Leituras complementares de processo civil*, 2008, p. 18). Registra N. NERY JUNIOR. que “a origem do substantive due process teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte Norte Americana no final do século XVIII” (*Princípios do processo na Constituição Federal*, 2009, p. 67).

⁶²⁰ Procurando alcançar o amplo feixe de garantias compreendidas no *devido processo legal em sentido processual*, entende J. R. CRUZ E TUCCI que este assegura “a todos os membros da coletividade um processo governado pelo amplo acesso à Justiça, perante um Juiz natural ou pré-constituído, com um igual tratamento dos sujeitos parciais do processo, para que possam defender os seus direitos em contraditório, com todos os meios e recursos a ele inerentes, dando-se publicidade dos atos processuais e motivando-se os respectivos provimentos; tudo dentro de um lapso temporal razoável” (Garantias constitucionais do processo em relação aos terceiros, in *Revista do Advogado*, nº 99, 2008, p. 63).

⁶²¹ Invoca-se, a propósito, o exemplo dos Estados Unidos da América. É sabido que a 5ª emenda à Constituição assegura o *due process of law*. E é igualmente sabido que no direito norte-americano há largo emprego de execuções extrajudiciais, notadamente para a satisfação do crédito garantido por hipoteca, sem que tal mecanismo se repete violador do devido processo legal (v.item 5.2.1 acima).

⁶²² C. A. OLIVEIRA recorda que o Decreto-lei 70/66 foi *baixado pela Junta Militar* (Procedimento e Ideologia no Direito brasileiro atual, *Ajuris*, nº 33, 1985, p. 82), e A. F. FABRÍCIO registra que tal Decreto que, que inspirou a Lei 9.514/97, é “*entulho autoritário herdado aos governos militares*” (A alienação fiduciária de

Tais críticas, no entanto, que já à época eram questionáveis⁶²⁴, muito perderam de sua força depois do advento, já em consolidada democracia, da Lei 9.514/97, que permitiu o emprego do mesmo modelo de *execução extrajudicial* para satisfação de qualquer crédito pecuniário garantido por *alienação fiduciária de bem imóvel*, ainda que advindo de negócios firmados entre *particulares*⁶²⁵.

Questiona-se nos Tribunais se a *execução extrajudicial* atingiria de maneira desarrazoada o *direito de propriedade* (art. 5º, XXII, CF) do devedor. Tem-se respondido negativamente a tal indagação, posto que “*a excussão não se faz sem causa, e esta reside na necessidade de satisfazer-se o crédito, em que também se investe direito de propriedade, assegurado pela norma constitucional*”⁶²⁶.

Não se pode perder de vista que, na origem, ao celebrar negócio jurídico lícito que envolve direitos patrimoniais disponíveis, aquele que figura como executado tornou-se, antes, *devedor de quantia certa* porque, precipuamente por meio de contrato de mútuo, recebeu, daquele que figura como exequente, *montante em pecúnia* então integrante do patrimônio do credor, e se comprometeu a restituí-lo. Foi justamente para restabelecer a

---

imóveis segundo a lei n. 9.514/97, in F. DIDIER JUNIOR, e C. C. FARIAS (coords.), *Procedimentos Especiais cíveis: legislação extravagante*, 2003, pp. 1444-1445).

⁶²³ L. G. MARINONI sustenta que o procedimento do Decreto-lei 70/66 pode ser chamado de “procedimento do poder econômico”, que “*deita raízes na época em que os bancos tudo podiam fazer*”, que viola o princípio da igualdade na medida em que confere privilégios a certos grupos econômicos (A tutela cautelar do direito ao devido processo legal (O caso da execução privada do Dec-lei 70/66), in *Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio*, nº. 173, 1994, pp. 61-63); C. A. OLIVEIRA entende que tal procedimento privilegia os “*poderosos agentes financeiros do Sistema Financeiro da Habitação*”, deixando o processo de execução normal para o resto da população (Procedimento e Ideologia no Direito brasileiro atual, *Ajuris*, nº 33, 1985, p. 82); C. R. DINAMARCO viu na figura mais um “*instrumento a serviço do poderio das instituições financeiras*” (*Execução Civil*, 1994, p. 191, nota 29), com o que concordou F. B. FRANCO, ao entender que os devedores seriam submetidos “*ao poder de um Banco*” (A fórmula do devido processo legal, in *RePro*, nº. 94, 1999, p. 105)

⁶²⁴ Pois a relevância do crédito voltado à habitação justificava o interesse social na existência de mecanismo de rápida satisfação no caso de inadimplemento do devedor, para estimular investimentos e diminuir o custo do crédito para os mutuários, evitando-se que os bons mutuários paguem pelos prejuízos causados pelos devedores inadimplentes. Sobre o ponto, parece-nos irretorquível a ponderação de J. M. ARRUDA ALVIM de que “*se existe um ‘interesse social’ dos inadimplentes em não perderem as suas moradias, pelas quais não puderam pagar, também existe um interesse público e social muito maior, em ofertar sempre mais moradias a mais moradores, permitindo que se alargue o acesso à casa própria e, portanto, implementando, verdadeiramente, uma política habitacional autêntica e verdadeiramente igualitária, e nessa medida, e, só assim, socialmente útil, jurídica e justa*” (Alienação fiduciária de bem imóvel: o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características, in *Revista de Direito Privado*, nº 2, 2000, p. 151).

⁶²⁵ Sobre o ponto, v. nota 503 acima.

⁶²⁶ STF, 1ª Turma, RE 223.075, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.06.1998, trecho do voto condutor.

esfera patrimonial originalmente desfalcada – e que merece ser protegida - que o devedor deu em *garantia* ao credor o bem que será executado no caso de inadimplemento. Não faz sentido, então, cogitar-se da oponibilidade da propriedade do bem voluntariamente gravado com hipoteca ou transferido fiduciariamente ao credor como fundamento para obstar a recomposição do patrimônio originalmente afetado, recomposição que este mesmo bem deveria garantir.

Em linhas mais gerais, observa C. R. DINAMARCO⁶²⁷, em argumento construído à luz da Lei 9.514/97, mas extensível ao *modelo de execução extrajudicial* de que ora se cogita, que somente haveria conflito da técnica de execução extrajudicial com a *garantia do substantive due process se a legislação retora*

extrapolasse os limites do razoável, excluísse a apreciação judiciária do comportamento do credor fiduciário após a consolidação do domínio e com isso rompesse o equilíbrio que precisa preponderar entre a segurança do crédito e a preservação do direito de propriedade.

Nenhum desses vícios ocorre no procedimento da *execução extrajudicial*.

Como já se pôde depreender da descrição de suas linhas gerais, preliminarmente, para que se possa cogitar da adequação da técnica da *execução extrajudicial* em exame, indispensável que haja um *instrumento escrito*, emanado da vontade livre e consciente do devedor e dotado de requisitos formais, previstos em lei, que comprove que o devedor *contraiu obrigação de pagar quantia certa*, especifique o *valor e a forma de pagamento*, estabeleça os *critérios de reajuste* e constitua respectiva *garantia imobiliária*, destacando o bem sobre o qual recairá a responsabilidade executiva. Só será adequada a via da execução extrajudicial, pois, se o exeqüente estiver munido de título executivo próprio⁶²⁸.

Demais disso, ao início do procedimento, incumbe-se um terceiro imparcial e idôneo, o *agente de execução extrajudicial*, de *realizar o ato de comunicação formal do devedor*, tanto quanto possível de forma pessoal, concedendo-lhe prazo razoável para que purgue a mora, o que se faz sem vencimento antecipado do saldo. Exige-se que, do documento pelo qual se aperfeiçoa tal comunicação formal, conste o *demonstrativo*

---

⁶²⁷ Alienação fiduciária de bens imóveis. *Fundamentos do processo civil moderno*. t. II, 2002, p. 1272.

⁶²⁸ Ver item 7.2.2 acima.

*atualizado do débito, considerado requisito essencial de procedibilidade da execução extrajudicial, porque integra o próprio título executivo*⁶²⁹.

Comunicado formalmente do início da execução extrajudicial, conhecendo o título que lhe dá suporte e o montante discriminado que dele se exige, tem o devedor prazo suficiente para acudir ao Poder Judiciário⁶³⁰, se entender que há violação de seus direitos⁶³¹.

Se não purgada a mora, não poderá o credor, simplesmente, haver para si o bem, o que poderia caracterizar o pacto comissório, vedado pela legislação civil. Terão lugar, então, os “leilões”, precedidos da necessária publicidade, realizados por leiloeiro habilitado, que deverá seguir os ditames legais.

Não alcançado o valor mínimo na primeira hasta, terá lugar a segunda, em que se admitirá a arrematação pelo maior lance, observados os parâmetros legais. Apurado valor superior ao crédito exequendo, abatidas as despesas, o saldo que eventualmente sobejar será entregue ao devedor.

Não havendo licitantes, ou não alcançado o valor mínimo estabelecido para o segundo leilão, impõe-se ao credor receber em definitivo a propriedade do bem sobre o qual repousava a garantia, reputando-se quitada a dívida independentemente de seu valor, vedando-se, a nosso ver, no *modelo* em questão, a possibilidade de o credor reclamar eventual diferença insatisfeita se o valor apurado com o imóvel for inferior ao da dívida (“*deficiency judgment*”).

Lavrado o auto de arrematação, só se registrará o título translativo da propriedade após o controle de sua regularidade formal pelo Cartório de Registro de Imóveis⁶³².

---

⁶²⁹ STJ, 4ª Turma, REsp 793033 / SP, Rel Min. João Otávio de Noronha, j. 02.02.2010; ementa transcrita na nota 532 supra.

⁶³⁰ V. item 7.3.1 acima; 9.1.1e 9.2.1 abaixo.

⁶³¹ Como se vê, “*a efetiva venda do imóvel hipotecado (ou alienado fiduciariamente) não é feita da noite para o dia ou às escondidas do devedor*”, que “*não chega a ser surpreendido porquanto, se for notificado e sentir-se prejudicado, poderá recorrer desde logo ao Judiciário, no exercício do seu direito de ação, ampla defesa, contraditório e demais garantias do devido processo legal*” (U. CUSTÓDIO FILHO, A execução extrajudicial do decreto-lei 70/66 em face do princípio do devido processo legal, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 37, 2001, p. 172).

⁶³² Sobre a atuação do Cartório de Registro de Imóveis, v. item 8.2 acima.

Finalmente, caso o devedor resista em desocupar o imóvel, restará ao interessado (credor ou adquirente) ingressar em juízo para postular a posse do bem⁶³³. Nesta ocasião, o devedor será citado para o processo judicial e, como se verá, ainda que nenhuma medida tenha tomado anteriormente, poderá, mesmo neste já avançadíssimo momento, defender não apenas a sua posse, mas questionar a dívida que lhe foi cobrada e todos os atos realizados no bojo da *execução extrajudicial*, ainda que já tenha havido expropriação, nem que seja para pretender eventual indenização por perdas e danos⁶³⁴.

Trata-se, pois, de procedimento razoável, proporcional e equilibrado⁶³⁵.

8.3.2 Escopo dos atos executivos. Contraditório realizado em processo diverso e, no mínimo, *a posteriori*

Por outras razões também se afirma que a execução extrajudicial violaria o *devido processo legal*. Sustenta-se que o procedimento não permitiria o desenvolvimento do *contraditório e ampla defesa*⁶³⁶.

É preciso, no entanto, enfrentar-se o ponto sob a perspectiva da *execução* e sua vocação de *desfecho único*⁶³⁷, necessariamente predisposta a satisfazer o crédito afirmado pelo autor e estampado no instrumento (título) que lhe dá suporte.

---

⁶³³ V. item 9.2.4 abaixo.

⁶³⁴ Entendemos ser distinta a largueza das pretensões que podem ser deduzidas pelo devedor, a depender de ter havido ou não expropriação do imóvel. Sobre o ponto, v. item 9.2.2 abaixo.

⁶³⁵ Daí concluir C. R. DINAMARCO que “a compatibilidade constitucional está preservada, a partir do momento em que a lei manda oferecer oportunidade idônea para purgar a mora, veda a definitiva integração do imóvel ao patrimônio do credor, exige a venda em leilão e manda entregar-lhe eventual sobra” (Alienação fiduciária de bens imóveis, *Fundamentos do processo civil moderno*. t. II, 2002, p. 1272).

⁶³⁶ Para A. P. GRINOVER, a execução extrajudicial viola “os postulados que garantem o direito de defesa, o contraditório, a produção das próprias razões, sem os quais não pode caracterizar-se o devido processo legal” (*Novas tendências do direito processual*, 1990, p. 199-201). C. R. DINAMARCO, por seu turno, afirma que a execução extrajudicial “caminha sem possibilidade de embargos pelo executado ou de defesa alguma destinada a impedir a consumação da expropriação forçada, sem avaliação do bem e sem necessidade da correspondência entre o valor da alienação e o valor real deste” (*Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 65).

⁶³⁷ Ensina C. R. DINAMARCO que “a execução forçada tem desfecho único porque ou se produz uma tutela jurisdicional ao exequente (entrega do bem, satisfação do direito) ou se frustra e não produz tutela plena a nenhuma das partes” (*Instituições de direito processual civil*, v. IV, 2009, p. 59).

Modernamente, por certo, não se pode negar a existência de *contraditório* na execução judicial⁶³⁸. Nem o *executado* fica limitado a ser mero *sujeito passivo* da execução, assistindo, completamente inerte, ao desenrolar dos atos de agressão de seu patrimônio sem poder denunciar equívocos e excessos, tampouco o *juiz* fica adstrito a promover o desempenho de tais atos, como autômato⁶³⁹.

Se consiste o *contraditório*, consoante célebre lição de J. C. MENDES DE ALMEIDA, na “*ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los*”⁶⁴⁰, é certo que também se manifesta na execução, onde também se vislumbra *instrução*⁶⁴¹ e, “*tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual*”⁶⁴², *cognição*.

Não se pode pretender, contudo, que na, execução, o *contraditório* se manifeste com a mesma intensidade que apresenta no processo de conhecimento. Bem o lembra J. LEBRE DE FREITAS: “*no processo executivo enquanto tal, que visa a satisfação do direito duma das partes contra a outra, os princípios da igualdade de armas e do contraditório não têm o mesmo alcance que no processo declarativo*”⁶⁴³.

Por certo que o *executado* não fica impedido de se defender; não se lhe impõe, de maneira alguma, assistir passivamente aos atos de agressão de seu patrimônio. Ocorre que, por razões de técnica processual, como ensina E. FAZZALARI, *a eventual invalidade dos atos do processo executivo deve ser discutida em especial incidente provido de contraditório, deve ser objeto de processo de cognição, separado do processo executivo*⁶⁴⁴.

---

⁶³⁸ Superado, pois, o tradicional entendimento de que *o processo de execução é essencialmente um processo sem contraditório* (S. SATTA, *Diritto processuale civile*, 1950, p. 380), no qual caberia ao *executado*, tão somente, suportá-la, “*sendo ouvido só na medida em que a sua colaboração possa ser útil e podendo pretender unicamente que os dispositivos da lei não sejam ultrapassados*” (E. T. LIEBMAN, *Processo de execução*, 1980, p. 44).

⁶³⁹ C. R. DINAMARCO, *Execução Civil*, 1994, p. 164.

⁶⁴⁰ *A contrariedade na instrução criminal*, 1937, p. 110.

⁶⁴¹ Fala-se em *instrução na execução*, como já apontado na nota 526 acima, no sentido de *preparação do provimento final*. Na lição de C. R. DINAMARCO, “*a penhora, avaliação, hasta pública, constituem atos instrutórios do procedimento da execução por quantia certa contra devedor solvente*” (*Execução Civil*, 1994, p. 166).

⁶⁴² K. WATANABE, *Da cognição no processo civil*, 1999, p. 112. Registra C. R. DINAMARCO que na execução o *juiz* desempenha alguma atividade cognitiva e profere decisões, embora não julgue o mérito, até para preparar o provimento satisfativo (*Execução Civil*, 1994, pp.169 e ss), mas esses atos não são *executivos*.

⁶⁴³ *A acção executiva depois da reforma da reforma*, 2009, p. 21. Com acentua E. FAZZALARI, no *processo executivo, o contraditório não deve, tampouco pode, ser articulado e complexo como aquele estabelecido no processo de cognição* (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*, v. II, 1986, p. 7).

⁶⁴⁴ *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, v. II, 1986, p. 7.

No direito brasileiro, em sede de *execução (judicial) de título extrajudicial*, caberia ao executado opor-se a ela por meio da ação incidental cognitiva de embargos (art. 736 do CPC). Como sintetiza P. H. LUCON⁶⁴⁵,

a atividade prevalentemente lógica, característica do processo de conhecimento, e a atividade prática e material do processo de execução são incompatíveis entre si. Toda controvérsia e contraditório, no que se refere ao mérito do processo de execução, deverão se realizar em novo processo de cognição, de caráter incidente, denominado embargos à execução.

Em síntese, arremata F. L. YARSHELL⁶⁴⁶ que,

na execução, a tutela jurisdicional – se entendida no sentido de resultado em prol de quem ostenta um direito – opera-se exclusivamente para o exeqüente. Qualquer forma de tutela para o executado deve dar-se por meio da tutela cognitiva – de natureza meramente declaratória ou, eventualmente, constitutiva negativa – por meio da ação de embargos do devedor.

Na execução extrajudicial, verifica-se desdobramento da mesma regra: pode-se dizer que há contraditório na medida em que se dá *ciência* ao executado antes de cada ato relevante a ser praticado⁶⁴⁷, assim como se lhe dá possibilidade de *reagir*, de *contrariar* todo e qualquer ato praticado; no entanto, tal reação, via de regra, deverá ser manifestada ao juiz⁶⁴⁸. A tutela ao executado deve advir, pois, de ação judicial⁶⁴⁹. Se tiver defesas a deduzir, tem o executado o ônus de apresentá-las ao juiz competente, por meio de ação cognitiva⁶⁵⁰.

---

⁶⁴⁵ *Embargos à execução*, 2001, p. 102.

⁶⁴⁶ *Tutela jurisdicional*, 2006, p. 172.

⁶⁴⁷ Há ciência (i) da potencial utilização do procedimento, quando da contratação (v. nota 500 acima); (ii) da alegação de mora e início do procedimento (v. nota 532 acima); (iii) eventualmente, dos leilões (v. nota 542 acima); (iv) do eventual saldo remanescente após a excussão do bem (v. nota 547 acima) e, já fora dos limites da execução extrajudicial, (v) da demanda proposta pelo adquirente para obtenção da posse (v. item 9.2.4 abaixo).

⁶⁴⁸ Com acerto conclui S. J. MARTINS estar presente o contraditório nas execuções extrajudiciais “na medida em que a necessidade de interpelação do devedor lhe confere a informação e a possibilidade de reação que constituem a essência do contraditório”, sendo esta a função precípua da interpelação exigida em seus procedimentos (Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários: o debate sobre sua constitucionalidade. in *RePro*, nº 196, 2011, p. 31).

⁶⁴⁹ A situação não passou despercebida por V. L. DENARDI, que, no entanto, ainda assim sustenta a violação do contraditório: “quando se alega ofensa ao princípio do contraditório, não se está tratando da possibilidade do diferimento da defesa para outra fase ou por outro meio, mas, da impossibilidade do devedor reagir, no mesmo procedimento, em face do requerimento do credor, contra os atos que lhe são prejudiciais” (*Execuções judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, p. 124).

⁶⁵⁰ Como bem asseverou J. M. ARRUDA ALVIM, “havendo lesão ou ameaça a direito, terá o mutuário as ações judiciais cabíveis para atacar o ato ou fato lesivo ou ameaçador, quando, então, o contraditório e a

À diferença do que ocorre com a execução de *título extrajudicial*, apenas não se consubstanciará a defesa do executado em *ação incidental*, posto que a execução contra a qual se opõe tramita fora do Poder Judiciário.

8.3.3 Preservação do acesso à Justiça. Inversão do ônus de demandar em juízo.

Por fim, importa deixar assentado que a técnica da *execução extrajudicial* nem de longe viola o *acesso à Justiça*, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Sobre o ponto, é lapidar a lição de C. R. DINAMARCO⁶⁵¹, à luz da alienação fiduciária de bem imóvel, no sentido de que não se viola o acesso à Justiça, pois

o recurso ao controle jurisdicional é admissível em dois momentos e com duas finalidades fundamentais. Logo ao início, quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a este fim (lei n. 9514, de 20.11.97, art. 26, §§), é lícito ao devedor-fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor (p. ex., negando a mora) ou mesmo a regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária (lei cit., art. 26, §7º), poderá ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão (art. 27). Tudo com apoio na promessa constitucional de acesso à justiça, que a lei não arreda nem poderia arredar (Const., art. 5º, inc. XXXV).

---

ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, serão plenamente garantidos. É bom que se diga que também na execução judicial não se tem o contraditório e a ampla defesa com o conteúdo semântico pretendido para as execuções extrajudiciais, o que nunca se questionou, até porque, evidentemente, se sabe que contraditório e ampla defesa é matéria que mais se adequa ao processo de conhecimento ou mesmo cautelar, em que não se preocupa com a realização prática de um direito (Contestação – Ação civil pública – pretensão a obtenção de declaração de inconstitucionalidade em tese – inadmissibilidade, in RePro, nº 82, 1996, p. 274). Pontua M. N. CHALHUB: “da mesma forma que na ação de execução ou na ação monitoria, o contraditório se instaura por iniciativa do devedor, ou do réu, mediante ajuizamento de ação de embargos, na alienação fiduciária (diríamos nós, no modelo de execução extrajudicial aqui examinado), mutatis mutandis, é igualmente do devedor a iniciativa do contraditório, pela possibilidade de reação em face da notificação que vier a receber nos termos do art. 26 da Lei 9.514/97” (ou, acrescentamos nós, do art. 31, § 1º, Decreto-lei 70/66) (O leilão extrajudicial face ao princípio do devido processo legal, in RePro, nº. 96, 1999, p.80).

⁶⁵¹ Alienação fiduciária de bens imóveis, *Fundamentos do processo civil moderno*. t. II, 2002, p. 1280.

Diferente não é o que se passa com a *execução extrajudicial hipotecária*, na medida em que, também sob a égide do Decreto-Lei 70/66, admite-se que o devedor invoque em juízo eventuais vícios da execução extrajudicial⁶⁵².

Objeta-se, no entanto, que o argumento revelaria *inversão de valores*, e, se levado a extremos, poderia justificar, sempre, a imposição da vontade do mais forte, com o pretexto de que seus abusos poderiam ser coibidos *a posteriori* pelo Judiciário⁶⁵³; ou mesmo a consagração da fórmula *solve et repete*⁶⁵⁴.

Nem uma coisa, nem outra.

A um, os atos de excussão da garantia não ocorrem de maneira despropositada e passível de generalizações: como já se viu, pressupõem um instrumento (título) que o legitima, dotado de requisitos formais legalmente estabelecidos, por força do qual o devedor se comprometeu a pagar quantia líquida, certa e exigível e indicou um bem imóvel para garantir a obrigação; e pressupõem, ainda, a formal caracterização da mora.

A dois, não se exige do devedor que primeiro pague, para que só depois se defenda: pelo contrário, a qualquer tempo, inclusive por ocasião da formal comunicação da exigência de pagamento manifestada pelo credor, no razoável prazo que lhe é estabelecido para a purga da mora, antes de qualquer agressão ao seu patrimônio, pode o devedor acudir ao Poder Judiciário para, se for o caso, ver sustada a cobrança.

---

⁶⁵² A situação foi examinada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: “O Decreto-lei nº 70/66, além de prever uma fase de controle judicial, antes da perda da posse do imóvel pelo devedor (art.36,§2º), não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento de venda do imóvel seja, se logo, reprimida pelos meios processuais próprios” (RE 223.075, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.06.1998, trecho do voto condutor).

⁶⁵³ É o que afirma A. F. FABRÍCIO: “em qualquer espécie de litígio seria lícito a um dos envolvidos – o mais poderoso – impor ao outro a solução que lhe parecesse correta, certo que sempre restaria a possibilidade ao prejudicado de questionar a legalidade desse procedimento quando se tratasse de tornar efetiva, no plano dos fatos, dita solução” (A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97, in F. DIDIER JUNIOR, e C. C. FARIAS (coords.). *Procedimentos Especiais cíveis: legislação extravagante*, 2003, p. 1446).

⁶⁵⁴ Assim entende O. A. SILVA: “É evidente que as possíveis objeções legítimas que o devedor teria contra o credor hipotecário e das quais foi privado pela violência da execução privada poderão indiscutivelmente ser levadas ao Poder Judiciário, em ação a ser proposta pelo devedor hipotecário expropriado privadamente (...). Todavia, neste caso, ter-se-ia realizado, em sua plenitude, o velho princípio do *solve et repete*. Primeiro, será o devedor compelido a pagar, para depois, em demanda a ser por ele proposta, reaver o que indevidamente pagara” (*Curso de direito processual civil*, v. 1, 2002, p. 147).

O que há, isto sim, é justificada hipótese de *inversão do ônus de demandar em juízo*⁶⁵⁵.

Em vista das peculiaridades da relação jurídica de direito material subjacente ao instrumento, diante das importantes razões de ordem econômica e jurídica para a rápida satisfação da *crise de adimplemento* em questão⁶⁵⁶, dispensa-se o credor de ingressar em juízo para promover a satisfação de seu crédito por meio da expropriação do bem ofertado como garantia, facultando-lhe perseguí-la em procedimento equilibrado, a despeito de extrajudicial.

Atribui-se então ao devedor o ônus demandar em juízo, para apresentar eventual defesa de que se julgue titular⁶⁵⁷.

8.4 Preservação do “monopólio da última palavra” e do “monopólio da força”. Hipóteses de intervenção obrigatória do Juiz.

8.4.1 Monopólio da última palavra

Importa de ver que a *execução extrajudicial* não viola a *reserva de jurisdição*, porque não retira do *juiz*, em hipótese alguma, o chamado “*monopólio da última palavra*”.

Alude J. J. CANOTILHO à distinção, feita pela doutrina alemã, entre o “*monopólio da primeira palavra, ou monopólio do juiz ou da reserva absoluta de jurisdição*”, presente “*quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra, mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas*”, e o “*monopólio da última palavra, ou monopólio dos tribunais*”, que garante aos indivíduos buscar, junto ao juiz, por meio de um *processo justo*, a defesa de seus

---

⁶⁵⁵ Como observa S. J. MARTINS, o “*o ônus de deflagrar a jurisdição para manter (ou recuperar, conforme o caso) sua situação jurídica de proprietário*” recai sobre o devedor, não havendo falar em *obstáculo prático* ao acesso à justiça na medida em que pode o devedor, se o caso, valer-se inclusive dos benefícios da gratuidade da justiça (Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários: o debate sobre sua constitucionalidade, in *RePro*, nº 196, 2011, p. 59).

⁶⁵⁶ V. itens 2.6 e 6.1 acima.

⁶⁵⁷ V. item 9.2 abaixo.

direitos e interesses que repute violados tanto por “*medidas e decisões de outros poderes e autoridades públicas (monopólio da última palavra contra actos do Estado)*”, quanto “*em casos de litígios entre particulares e, por isso, carecidos de uma decisão definitiva e imparcial juridicamente vinculativa (monopólio da última palavra em litígios jurídico-privados)*”⁶⁵⁸.

Sobre a afirmação, em concreto, de um ou outro dos monopólios, ensina J. J. CANOTILHO “*fora dos casos individualizados na Constituição*”⁶⁵⁹, o reconhecimento do monopólio da primeira palavra tende a afirmar-se quando não existe razão ou fundamento material para a opção por um procedimento não judicial de decisão de litígios”, sendo caso de se impor o monopólio da primeira palavra se estiverem em jogo direitos “*de particular importância jurídico-constitucional*”, dentre os quais o direito à liberdade⁶⁶⁰.

A satisfação de um direito de crédito, de natureza puramente patrimonial e disponível, por meio da excussão do imóvel voluntariamente dado em garantia pelo devedor não é algo que, por si só, goze de *particular importância jurídico-constitucional* a ponto de impor o *monopólio da primeira palavra*.

Pelo contrário, permanecendo constantemente abertas as portas do Judiciário para o devedor que se sentir prejudicado possa a ele acorrer, para reclamar de qualquer ato realizado pelo *agente de execução extrajudicial*, resguarda-se suficientemente a reserva de jurisdição pela garantia do “*monopólio da última palavra*”.

Questão similar foi enfrentada pela doutrina italiana⁶⁶¹, tendo se manifestado G. CONSTANTINO no sentido de que *em nenhum caso a expropriação é subtraída ao controle judicial: o problema consiste apenas em estabelecer quando tal controle deve ser exercitado*; de modo que a ausência de participação do juiz implica apenas uma

---

⁶⁵⁸ *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, pp. 668-669

⁶⁵⁹ Arts. 27º/2, 28º/1 (*privação da liberdade*) e 33º/4 (*expulsão, extradição e direito de asilo*), 34º/2 (*inviolabilidade do domicílio e da correspondência*), 36º/6 (*guarda dos filhos*), 46º/2 (*liberdade de associação*) e 113º/7 (*processo eleitoral*).

⁶⁶⁰ *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 669.

⁶⁶¹ Embora a propósito da *desjurisdionalização* dos atos de expropriação de imóveis, mas em lição, segundo pensamos, também aplicável à *execução extrajudicial*.

*postergação do controle judicial, isto é, a previsão de um controle sucessivo sobre a operação de venda, ao invés de um controle preventivo*⁶⁶².

Tem-se, pois, na hipótese de *execução extrajudicial*, que a *jurisdição* se exhibe como *secundária e mediata*⁶⁶³, sem que isto viole o devido processo legal.

8.4.2 Monopólio da força (*imperium*)

Deve se registrar, ainda, que, na *execução extrajudicial* ora examinada, em momento algum se atribui ao *agente de execução* o poder de empregar ou mesmo de requisitar o uso da força, aqui compreendida como *força física*, cujo monopólio remanesce nas mãos do Estado, como já examinado em capítulo anterior⁶⁶⁴.

Daí a previsão expressa, nos diplomas que regem a matéria, de que, na hipótese de o devedor recusar-se a desocupar o imóvel excutido, necessariamente o desalojamento forçado deverá ser pretendido em ação judicial⁶⁶⁵.

---

⁶⁶² Degiurisdizanalizzazione della espropriazione immobiliare, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 4, ano XLVII, Milano: Giuffrè, dez. 1993, pp. 1056-1057, apud L. GRECO, A execução e a efetividade do processo, in *RePro*, nº. 94, 1999, p. 64.

⁶⁶³ Bem observa L. GRECO que, na *execução extrajudicial*, “a atividade jurisdicional não é primária e imediata, mas secundária e mediata. Não é o próprio juiz que pratica diretamente as mudanças no mundo sensível para o efetivo cumprimento da obrigação, mas a ele incumbe legitimar essa atividade através do controle provocado por qualquer interessado” (*O processo de execução*, v. I, 2001, p. 162).

⁶⁶⁴ V. item 3.2.1 acima.

⁶⁶⁵ art. 37, § 2º, Decreto-lei 70/66 e art. 30, Lei 9.514/97; examinados, respectivamente, nos itens 6.5.2 e 6.10.2 acima.

9 Equilíbrio da execução extrajudicial

9.1 Aspectos endógenos

Somente haveria sentido em dispor-se, no ordenamento jurídico, do instrumento de *execução extrajudicial* aqui cogitado se nele se pudesse vislumbrar o atributo da *efetividade*⁶⁶⁶, consubstanciada, no âmbito da execução, como *equilíbrio* entre a máxima satisfação ao credor sem exagerado sacrifício do devedor.

Parece-nos possível, em vista de tudo o quanto restou antes exposto, demonstrar a presença de tal *equilíbrio*, tanto pela perspectiva da seqüência de atos caracterizadores do procedimento da *execução extrajudicial* em si mesmo considerado (aspectos endógenos), quanto no que concerne a interação de tal instrumento com elementos que lhe são exteriores (aspectos exógenos), notadamente a relação com o Poder Judiciário.

9.1.1 Efetiva comunicação ao devedor

O primeiro aspecto a revelar o equilíbrio do mecanismo em questão é a imperiosa necessidade de que o devedor seja *formalmente comunicado*, logo ao seu início, da deflagração de procedimento tendente à satisfação coercitiva do crédito afirmado pelo exeqüente.

O ato de comunicação, a bem de ver, guarda estreita semelhança com o de *citação* no processo judicial de execução por quantia certa contra devedor solvente (art. 652 do Código de Processo Civil): reclama-se do suposto devedor – e de quem mais possa ter legitimidade para figurar no pólo passivo⁶⁶⁷ – que *pague* a quantia exigida pelo sedizente credor, em certo prazo fixado em lei. Não se conclama o devedor a apresentar defesa – o

---

⁶⁶⁶ Sobre a crise de *falta de efetividade* da execução, v. item 2.4 acima.

⁶⁶⁷ Sobre o ponto, v. item 7.2.3 acima.

que seria próprio ao processo de conhecimento-, mas, sim, pelo escopo próprio da técnica executiva, tanto judicial quanto extrajudicial, a satisfazer o crédito pecuniário reclamado.

Regularmente efetivada a comunicação, surpresa não haverá ao devedor. Ciente de haver contra si procedimento extrajudicial para a satisfação coercitiva de crédito, abrem-se ao devedor três opções legítimas: poderá ele proceder à purga da mora, por meio do pagamento da quantia exigida, pondo fim ao procedimento; ou, ao contrário, acorrer ao Poder Judiciário para apresentar as defesas de que se julgar titular⁶⁶⁸; ou, ainda, se quedar inerte, aguardando pela expropriação do bem imóvel ofertado em garantia e subsequente recebimento de eventual montante que sobejar, depois de satisfeito o credor.

Quanto às possíveis *formas* de comunicação do devedor na execução extrajudicial⁶⁶⁹, deve se dar preferência à comunicação *pessoal*, realizada por agente dotado de fé pública, pelo alto grau de segurança que proporciona. Certificado o ato como positivo, seja por Cartório de Registro de Imóveis, seja por Cartório de Registro de Títulos e Documentos, gozará a informação de presunção relativa de veracidade.

Embora se admita, especificamente no procedimento da execução extrajudicial relativa à alienação fiduciária de bem imóvel, a comunicação por *via postal*, as potenciais discussões a respeito de sua efetivação, notadamente nas hipóteses de não se conseguir identificar o subscritor do aviso de recebimento, ou de nele estar aposta assinatura de terceiro⁶⁷⁰, não recomendam, na prática, sua adoção. Considerando que o *equilíbrio* do instrumento depende da efetiva comunicação inicial do devedor, a proporcionar-lhe a tríplice opção acima aludida, a fundada suspeita de que o devedor não teve oportuna e adequada ciência macula o procedimento instaurado contra si.

Na hipótese de se reputar que o devedor está em *local incerto e não sabido*, devidamente certificada a informação, prevê-se a publicação de editais para comunicação do devedor, solução que, como já visto, envolve alguma polêmica⁶⁷¹. Entendemos ser

---

⁶⁶⁸ As defesas do devedor perante o Poder Judiciário serão examinadas no item 9.2.19.2 abaixo.

⁶⁶⁹ Sobre a *comunicação formal* do devedor, v. nota 532 acima.

⁶⁷⁰ Para M. N. CHALHUB, “*se a carta-notificação for remetida pelo Correio, só valerá se o aviso de recebimento tiver sido assinado pelo próprio devedor, ou por seu representante legal ou seu procurador*” (*Negócio fiduciário*, 2009, p. 251).

⁶⁷¹ V. nota 365 acima.

perfeitamente legítima a comunicação editalícia, que há de ser previamente amparada em certidão que a justifique, dotada de fé pública, a despeito de extrajudicial. Por certo, de outro lado, que o caráter *ficto* da comunicação editalícia implicará elemento de fragilidade do procedimento, posto que tal ato fundamental poderá ser questionado e invalidado, em juízo, por provocação do devedor, ensejando eventual responsabilização do credor e do agente de execução por eventuais prejuízos causados. É do devedor, no entanto, o ônus de provar, em juízo, o vício da comunicação editalícia e os prejuízos que lhe advieram do ato.

No que concerne ao *conteúdo* da comunicação, deverá ser suficiente para proporcionar ao devedor o exercício de qualquer uma das três opções acima referidas. É imprescindível, pois, que seja a comunicação acompanhada de demonstrativo discriminado do débito - tal qual a petição inicial da ação judicial de execução por quantia certa deve ser instruída com o demonstrativo do débito (art. 614, II, CPC) -, para que o devedor compreenda precisamente o que lhe está sendo cobrado⁶⁷², além de informações sobre o prazo, forma e local para o pagamento voluntário.

Os dispositivos legais que regem as execuções extrajudiciais componentes do modelo aqui comentado não o prevêm, mas, em razão da gravidade do potencial desfecho do procedimento, parece-nos recomendável que, no mínimo, integrem o conteúdo da comunicação o alerta quanto aos futuros leilões – ou, por cautela ainda maior, que se comunique previamente o devedor das datas designadas para os leilões⁶⁷³ - e, a exemplo do que se discute nas execuções extrajudiciais hipotecárias norte-americanas, a advertência expressa de que a inércia do devedor levará à perda do imóvel sobre o qual recai a garantia⁶⁷⁴.

---

⁶⁷² V. notas 366 e 534 acima. Vale observar que tal demonstrativo discriminado do débito é imprescindível até mesmo para que o devedor, ingressando em juízo, possa apontar os montantes incontroverso e controvertido, consoante exige o art. 50 da Lei 10.931/2004, comentado no item 9.2.1 abaixo.

⁶⁷³ V. notas 370 e 468 acima; e ainda item 9.1.3 e nota 683 abaixo.

⁶⁷⁴ Ver item 5.2.1 acima, especialmente nota 283.

9.1.2 Direito potestativo do devedor de purgar a mora em razoável lapso temporal

Devidamente informado do procedimento extrajudicial que tramita contra si e da pretensão do credor de receber quantia certa discriminada em demonstrativo que lhe foi apresentado, socorre ao devedor a derradeira oportunidade de adimplir a prestação reclamada e evitar, assim, a expropriação do imóvel que ofertou em garantia.

Trata-se, como já se viu, de verdadeiro *direito potestativo* do devedor, concedido por *favor legal*, a ser exercido em razoável em lapso de tempo previsto em lei.

Vale insistir, sob este aspecto, que o direito brasileiro não permite a pronta excussão do bem, imediatamente após o inadimplemento. Pelo contrário, como já se abordou, não ocorrendo o devedor ao pagamento pontual da parcela devida, haverá o devedor de aguardar importante interregno de tempo para iniciar o procedimento de execução extrajudicial e, já em seu curso, aguardar o prazo legal de purga da mora⁶⁷⁵, não sendo exagerado, na prática, imaginar que o tempo efetivamente decorrido entre o inadimplemento e o termo final para purga da mora compreenda o espaço de alguns meses, a permitir que o devedor, nesse ínterim, envide esforços para sanar sua falta e evitar a excussão.

Ordinariamente, pratica-se, na *execução extrajudicial* o mecanismo da “*cure redemption*”, pelo qual purga-se a mora com o pagamento do montante até então vencido, com juros e despesas, mas, como regra, sem antecipação do saldo vincendo⁶⁷⁶.

Interessante observar que a 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar incidente de inconstitucionalidade que versou sobre a

---

⁶⁷⁵ Ver nota 535 acima. Sobre as preocupações com a adequada calibração do prazo para pagamento voluntário, no âmbito da execução extrajudicial hipotecária norte-americana, v. item 5.2.1 acima.

⁶⁷⁶ Acaso vencesse antecipadamente todo o saldo devedor, exigindo-se tal pagamento para evitar a expropriação do imóvel, o mecanismo seria o da “*equitable redemption*”. Não dispõe a execução extrajudicial brasileira do favor legal da “*postsale-redemption*”, que permite ao devedor recomprar o imóvel dentro de certo prazo contado do leilão. Sobre tal discussão na execução hipotecária norte americana, v. item 5.2.1 acima.

alienação fiduciária de bem móvel, sufragando manifestação da Procuradoria Geral de Justiça, decidiu, no que concerne à purga da mora, acerca da interpretação da expressão “*integralidade da dívida*” constante do §2º do art. 3º do Decreto-lei 911/69, que seria *inconstitucional* exigir do devedor fiduciante que pretendesse purgar a mora desembolsar as parcelas ainda vincendas, por violar a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal) e a defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal). Adotando técnica de *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, interpretou-se tal dispositivo no sentido de que o valor para a purga da mora deve corresponder à *totalidade das parcelas vencidas até então, com seus acréscimos moratórios*⁶⁷⁷.

A mesma solução, a nosso ver, deve ser adotada na execução extrajudicial aqui versada⁶⁷⁸, de modo a não se onerar exageradamente o devedor e beneficiar desproporcionalmente o credor.

De pouquíssima utilidade seria o *favor legal* se restasse antecipadamente exigível todo o saldo devedor, acrescido ainda de todos os consectários da mora, como contrapartida para *evitar* a expropriação do bem em leilão extrajudicial e fazer convalescer o contrato.

Mais equilibrada, pois, a solução propugnada: para purgar a mora, não se exige do devedor nada além do que deve até o momento, com os acréscimos pecuniários imputáveis por força de seu atraso, para permanecer com o bem; de outro turno, o credor tem seu patrimônio recomposto até o mesmo momento e remanesce com a garantia em favor das prestações vincendas.

É certo que, no plano do direito material, determinados fenômenos podem conduzir ao *vencimento antecipado* da dívida, dentre os quais a *previsão contratual* neste sentido (art. 1425, inc. III, do Código Civil). Nesta hipótese, acaso pretenda extrair tal efeito, nada obsta a que o credor persiga a satisfação de seu crédito antecipadamente vencido por meio

---

⁶⁷⁷ *TJ/SP*, 27ª Câmara de Direito Privado, Incidente de Inconstitucionalidade de Lei 9233216-68.2007.8.26.0000, Rel. Des. Boris Kauffmann, j. 19.12.2007.

⁶⁷⁸ Sobre o valor para purga da mora na execução extrajudicial hipotecária, v. nota 367 acima. Na execução da alienação fiduciária, v. nota 458 acima.

de execução que tramite em juízo⁶⁷⁹, mas não poderá fazê-lo em execução extrajudicial, diante do *favor legal* em questão.

Somente se não purgada a mora, configurando-se o inadimplemento absoluto, aí sim todo o saldo devedor, incluídas as parcelas vincendas, poderá ser exigido por meio de execução extrajudicial, até porque o imóvel objeto da garantia será executado e, de outro lado, a dívida restará quitada.

9.1.3 Publicidade e segurança nas hastas públicas

Restando caracterizada, pela ausência de purga da mora, a necessidade de executar o bem imóvel ofertado em garantia da dívida inadimplida, impõe-se proceder à expropriação por meio de *hastas públicas*, impropriamente designadas como *leilões públicos* tanto pelo Decreto-lei 70/66 quanto pela Lei 9.514/97⁶⁸⁰.

Trata-se de mecanismo também análogo ao que se verifica na execução judicial contra devedor solvente, em larga medida semelhante à alienação realizada por entidades privadas conveniadas aos Tribunais⁶⁸¹, com as diferenças essenciais de que, na execução extrajudicial, inexistia avaliação prévia⁶⁸², o certame é todo conduzido por leiloeiro habilitado, sem participação alguma – nem mesmo indireta – do juiz e não se prevê ato de comunicação do devedor específico para dar-lhe ciência do *dia, hora e local* das hastas⁶⁸³.

---

⁶⁷⁹ Acerca de tal opção na execução extrajudicial hipotecária, v. item 6.6 acima. Na execução da alienação fiduciária, v. item 6.11 acima.

⁶⁸⁰ V. nota 540 acima.

⁶⁸¹ art. 689-A, do CPC. A hipótese, reveladora de alguma *desjudicialização* da execução, foi tratada no item 5.1.3 acima.

⁶⁸² O problema do valor mínimo para a expropriação do bem será retomado no item 9.1.4 abaixo.

⁶⁸³ Na execução judicial, por longo tempo vigorou a regra de que o executado deveria ser pessoalmente intimado, por mandado, do dia e hora da realização da hasta (v. redação do art. 687 §3º do CPC, anterior à Lei 8953/94), ato que, além de retardar a execução, muitas vezes não se conseguia cumprir por não se encontrar o executado, rendendo ensejo para que este, posteriormente, viesse a postular a nulidade da hasta pública. Atualmente, o art. 687 § 5º (redação dada pela Lei 11.382/2006) prevê que “*o executado terá ciência do dia, hora e local da alienação judicial por intermédio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por meio de mandado, carta registrada, edital ou outro meio idôneo*”. Na execução extrajudicial, não se prevê tal específica comunicação, muito embora exista precedente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA exigindo-a para a *execução extrajudicial hipotecária* – v. nota 542 acima. De nossa parte, entendemos de boa cautela informar o executado acerca dos leilões (v. item 9.1.1 acima); no entanto, a lei exige apenas a comunicação pessoal ao início do procedimento, sendo de se supor que o executado, com ela, esteja ciente da possibilidade de expropriação em razão das hastas públicas, seja por lei, seja por previsão

À semelhança das hastas ocorridas por força de processo judicial, na execução extrajudicial há necessidade de publicação de editais em jornal local⁶⁸⁴.

É de suma importância que tais hastas sejam conhecidas pelo maior número possível de interessados, notadamente de potenciais *destinatários finais* dos imóveis.

Como bem observou Y. LAGOS, ao contrário de *investidores* e *instituições financeiras* – que objetivam precipuamente revendê-lo com a maior margem de lucro possível – maior interesse social há em que os imóveis praceados possam ser arrematados por *destinatários finais* que tendam a mantê-los consigo: estes últimos possivelmente estarão dispostos a ofertar melhor preço (o que interessa tanto ao exeqüente quanto ao executado) e instalar nos imóveis arrematados a sua residência ou a atividade econômica que desempenham (o que interessa à sociedade como um todo)⁶⁸⁵.

Para maximizar as chances de alcançar a melhor oferta possível, conveniente que o leiloeiro cuide não apenas de publicar os editais, mas, sempre de maneira adequada ao imóvel a ser alienado e objetivando alcançar o público-alvo apropriado, trate de realizar o necessário para dar ampla publicidade às hastas, recorrendo às mais diversas mídias e a ferramentas eletrônicas, tal como se pode fazer em processo judicial⁶⁸⁶.

Decisivo, ademais, para o sucesso das hastas públicas – e, de maneira mais ampla, para a efetividade da execução extrajudicial – que a arrematação que nelas se operar seja revestida de *segurança*.

Examinando-a no âmbito do procedimento da *execução extrajudicial* em si mesmo considerado⁶⁸⁷, importa à *segurança* da arrematação que os potenciais interessados nas

---

em contrato (na hipótese de alienação fiduciária: art. 24, VII, Lei 9.514/97), sendo-lhe defeso alegar ignorância. Seja como for, o executado somente poderia anular a hasta, por falta de intimação específica para o ato, se comprovasse prejuízo efetivo, tal qual ocorre na execução judicial.

⁶⁸⁴ V nota 542 acima.

⁶⁸⁵ Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities, in *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, pp. 92-94.

⁶⁸⁶ Art. 687 § 2º do CPC.

⁶⁸⁷ O respeito à segurança da arrematação em caso de propositura de ação judicial tendente a invalidar a hasta pública será tratado no item 9.2.2 abaixo.

hastas públicas disponham previamente de informações confiáveis acerca dos imóveis praceados.

A despeito do silêncio da lei, parece-nos que, para tal propósito, o edital deva atender, no que for cabível, aos requisitos do art. 686 do Código de Processo Civil, dele devendo constar *a descrição do imóvel, com suas características, situação e divisas, com remissão à matrícula e aos registros; o valor atribuído ao imóvel; a data, hora e local da praça; a menção da existência de ônus*⁶⁸⁸, *recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados*, além de instruções pertinentes ao regime, funcionamento e desenlace das hastas⁶⁸⁹.

Devem os interessados ser informados previamente, ademais, de se o imóvel está *desocupado*, a fim de que possam visitá-lo e vistoriá-lo, se julgarem oportuno; ou, ao contrário, sejam alertados da ocupação, para que saibam de antemão que provavelmente precisarão se valer de ação judicial para obter a posse do imóvel.

Para evitar tal transtorno, maximizar as chances de sucesso das hastas e nelas alcançar o maior valor possível para o imóvel, admite-se, especificamente no regime da alienação fiduciária, que o credor possa se reintegrar na posse do imóvel antes mesmo dos leilões⁶⁹⁰.

Por fim, exitosas as hastas públicas, ocorrendo arrematação do imóvel, deve ser assegurada ao ato relativa *estabilidade*, aplicando-se, no que for cabível, o princípio consagrado no *caput* do art. 694 do Código de Processo Civil, redação dada pela Lei 11.382/2006, vale dizer: o de que, assinado o respectivo *auto*, a arrematação, como regra, se torna *perfeita, acabada e irretratável*.

---

⁶⁸⁸ Vale lembrar, a este propósito, o entendimento de que “ (...) o adquirente, em alienação fiduciária, responde pelos encargos condominiais incidentes sobre o imóvel, ainda que anteriores à aquisição, tendo em vista a natureza propter rem das cotas condominiais” (STJ, 4ª Turma, REsp 827085/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 04.05.2006).

⁶⁸⁹ Descrevendo o que considera os *requisitos mínimos* do edital, aponta A. L. CLÁPIS que este deve conter a *descrição completa do imóvel, com referência à matrícula; a indicação dos atos registrários de constituição e consolidação da propriedade; o valor convencionado do imóvel; o valor da dívida, com despesas e encargos* e as referências aos parâmetros para arrematação no primeiro e segundo leilões (*A propriedade fiduciária imobiliária – aspectos gerais e registrários*, Dissertação (Mestrado), 2010, pp. 169-170).

⁶⁹⁰ Neste sentido, STJ, 3ª Turma, REsp 1155716/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.03.2012. V. item 9.2.4 abaixo.

É certo que a arrematação deverá ser desfeita, atingindo-se o arrematante, nas hipóteses em que este der causa a tal resultado, notadamente se deixar de pagar o preço pactuado ou prestar eventual garantia a que se obrigar⁶⁹¹.

E para que as hastas públicas nas execuções extrajudiciais não representem ambiente de risco aos pretensos adquirentes de imóveis, também devem ser reconhecidos motivos legítimos para que o arrematante, por sua iniciativa, possa postular em juízo o desfazimento da arrematação, em situações análogas às que o autorizariam se fosse judicial a execução, tais como nos casos de grave desconformidade entre a situação real do imóvel e aquela descrita no edital⁶⁹² ou de remanescer ônus real ou gravame sobre o imóvel, não mencionados no edital⁶⁹³; bem como se deve assegurar ao arrematante que possa desistir da arrematação na hipótese de ajuizamento de ação judicial pelo devedor que invoque suposta nulidade da execução extrajudicial e importe em risco para a arrematação⁶⁹⁴.

Todavia, devem ser excepcionais as hipóteses de desfazimento da arrematação em razão de demanda ajuizada pelo devedor questionar a execução extrajudicial, como adiante será examinado⁶⁹⁵.

---

⁶⁹¹ Hipótese contemplada no art. 694, § 1º, II, do Código de Processo Civil, para a arrematação havida em juízo.

⁶⁹² A. ASSIS admite o desfazimento da arrematação, por iniciativa do adquirente, “*ocorrendo flagrante desconformidade entre o que se anunciou no edital (art. 686, I, do CPC) e a coisa transmitida*”, inclusive mediante alegação de “*vícios ocultos e aparentes, se o edital, omitindo-os na descrição do bem penhorado, induziu capciosamente o adquirente a confiar na sua excelência*” (*Manual da execução*, 12. ed., 2009, p. 773). Entendendo que a natureza pública da arrematação não permite ao adquirente desfazê-la em razão de vícios redibitórios, E. TALAMINI, *Direito de desistência da aquisição do bem em execução*, in *RePro*, nº 155, 2008, pp. 30-31.

⁶⁹³ Situação análoga à contemplada no art. 694, §1º, III, CPC.

⁶⁹⁴ Aplicando-se, analogicamente, o quanto previsto nos artigos 694, §1º, IV e 746 §1º, CPC. A disciplina da questão no Código de Processo Civil foi bem enfrentada por E. TALAMINI, que viu na desistência do arrematante exercício de *direito potestativo*, a ser manifestado em juízo no prazo de cinco dias (por aplicação analógica da regra do art. 185 do CPC) contados da data em que foi o arrematante intimado da oposição de embargos, independentemente de declinar motivos (*Direito de desistência da aquisição do bem em execução*, in *RePro*, nº 155, 2008, p. 31). Reconhece o mencionado processualista ser cabível a desistência inclusive se o executado voltar-se contra a execução por meio de *ação impugnativa autônoma*, mas desde que proposta no prazo em que ainda seriam cabíveis os embargos de segunda fase (ob. cit., p. 41).

⁶⁹⁵ V. item 9.2.2 abaixo.

9.1.4 Valor mínimo para arrematação e extinção da dívida

Só se pode vislumbrar equilíbrio no mecanismo da execução extrajudicial se esta não causar injustificado prejuízo ao devedor executado, em comparação ao mecanismo judicial para satisfação coercitiva de créditos pecuniários.

Neste passo, como já se apontou, um dos elementos mais difíceis de se equacionar em busca do almejado equilíbrio diz respeito ao *valor mínimo* pelo qual o imóvel objeto da garantia poderá ser expropriado⁶⁹⁶ e às consequências na hipótese de não se alcançar, em leilão, montante suficiente para satisfazer a integralidade do débito, acrescido de despesas e encargos – fenômeno tratado nas execuções hipotecárias norte-americanas como “*deficiency judgment*”⁶⁹⁷-, problemas que recebem soluções distintas na disciplina legal da *execução extrajudicial hipotecária* e da *extrajudicial na alienação fiduciária de bem imóvel*.

Cabe, aqui, examinar tais pontos na busca de solução que melhor atenda aos predicados de um instrumento justo e equilibrado para satisfação extrajudicial do crédito pecuniário dotado de garantia imobiliária.

É certo que, na expropriação liquidativa do bem constricto, deve-se buscar, tanto quanto possível, o equivalente pecuniário daquele mesmo bem.

Se é assim, não parece razoável adotar como critério de valor, para as hastas públicas, o equivalente ao *montante da dívida acrescido de despesas* e autorizar, em segunda praça, lance eventualmente inferior – pior ainda, permitindo-se, neste caso, a cobrança da respectiva diferença (“*deficiency judgment*”), tal qual ocorre na *execução extrajudicial hipotecária*⁶⁹⁸-.

Mais adequado, então, partir-se do *valor do imóvel* oferecido em garantia.

---

⁶⁹⁶ M. J. BEZERRA FILHO chegou a propor alteração legislativa, de modo a que restasse fixado, para o segundo leilão, valor mínimo de 75% daquele que as partes atribuíram ao imóvel (A execução extrajudicial de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel – exame crítico da Lei 9.514, de 20.11.1997, in *Revista dos Tribunais*, nº 819, 2004, pp.75-76).

⁶⁹⁷ Ver item 5.2.1 e, especialmente, nota 277.

⁶⁹⁸ Art. 32, § 1º e 33 do Decreto-lei 70/66.

A dificuldade, no entanto, é que inexiste na execução extrajudicial, e nem há como alocar em seu procedimento, algum incidente que tenha por propósito *avaliar* o bem em momento próximo às hastas – e nem seria mesmo razoável que existisse, sob pena de comprometer a *efetividade* perseguida pelo instrumento, como já anotou o Superior Tribunal de Justiça⁶⁹⁹ -.

Não se pode perder de vista que a *avaliação* - cuja técnica pode ser questionada mesmo no âmbito da execução judicial⁷⁰⁰, tanto que recém-modificada pela Lei 11.382/2006⁷⁰¹ - tem por escopo trazer às hastas as bases de um preço justo.

A principal razão de ser da avaliação, pois, é a de evitar que o bem penhorado seja retirado do patrimônio do executado por valor muito inferior ao de mercado, onerando o executado, assim, em razão de não se abater de seu passivo o montante correspondente ao ativo coercitivamente extraído de seu patrimônio, espoliando-o, em situação extrema.

Tal problema não se colocaria com tanta intensidade, no entanto, se a perda de tal ativo fosse compensada, de outro lado, com a extinção da dívida que o mesmo ativo se presta a garantir, vedando-se o “*deficiency judgment*”; notadamente se, ao menos no momento em que a dívida foi contraída, houvesse equivalência, reconhecida pelas partes, entre tal dívida e o ativo em questão.

A compensação, pois, se presta a minimizar os prejuízos decorrentes da inexistência de avaliação.

---

⁶⁹⁹ V. nota 388 acima.

⁷⁰⁰ L. GRECO é crítico da avaliação tal como disciplinada no Código de Processo Civil, considerando-a *precária e onerosa*, o que “*sobrecarrega o processo de execução com despesas e perda de tempo*” (A crise do processo de execução, in *Estudos de direito processual*, 2005, p. 50). Apontando alternativas encontradas no direito estrangeiro, conclui que há “*uma variedade de soluções mais simples e versáteis do que a nossa rígida, onerosa e pouco confiável avaliação: arbitramento pelo juiz, pelo credor ou pelo oficial de justiça, simples dispensa para os móveis, valor cadastral para os imóveis, sem prejuízo do recurso excepcional à perícia, quando indispensável*” (ob. cit., p. 53).

⁷⁰¹ Por ocasião da reforma da execução judicial, referida lei, ao dar nova redação aos arts. 143, V, 652 §1º e 680 do Código de Processo Civil, incumbiu o *oficial de justiça* de fazer avaliações, limitando-se a nomeação de perito avaliador aos casos que exijam conhecimento técnico especializado. Curioso observar que a Justiça Estadual paulista, ainda assim, mantém a praxe de atribuir a perito a avaliação de imóveis, o que de há muito não ocorre, v.g., na Justiça do Trabalho, na Justiça Federal e mesmo em outras Justiças Estaduais – Rio de Janeiro, p. ex.,-, que se valem de oficial avaliador.

Foi justamente esta a solução adotada no rito especial da execução judicial hipotecária, também desprovido de avaliação⁷⁰², e na alienação fiduciária de bem imóvel⁷⁰³.

Neste cenário, em certa medida, são compartilhados os riscos de um descompasso ulterior entre a *dívida* e o *valor de mercado do imóvel*.

Se, no momento da execução, o saldo devedor alcançar patamar expressivamente superior ao do imóvel, dificilmente algum lance será suficiente para a satisfação do crédito e o exequente, no limite, será obrigado a suportar o prejuízo de receber o imóvel que vale menos do que o saldo de seu crédito, livrando-se o executado, em contrapartida de pagar o restante de sua dívida.

Na situação inversa, sendo o valor de mercado do imóvel significativamente maior do que a dívida, possivelmente o leilão será exitoso, o credor alcançará a plena satisfação de seu crédito e o executado, da mesma maneira, se livrará da dívida, mas perderá a vantagem, em razão de seu inadimplemento, de beneficiar-se da valorização do imóvel no mercado – vale dizer, perderá a oportunidade de manter em seu patrimônio ativo cujo valor de mercado supere sua dívida -.

O problema, no entanto, envolve um segundo aspecto, que não pode ser negligenciado: no mais das vezes, quando ocorre o inadimplemento, o executado já havia efetuado, anteriormente, pagamentos ao exequente, pagamentos estes que, de um lado, reduzem o montante do saldo devedor – o que contribui para o êxito do segundo leilão – e que, de outro lado, não lhe serão restituídos pelo exequente⁷⁰⁴.

O interesse do executado, pois, que ingerência alguma tem sobre os leilões, é o de que nestes se alcance idealmente o lance máximo, que supere na maior medida possível a

---

⁷⁰² Art. 7º da Lei 5.741/71.

⁷⁰³ Art. 27, §§ 5º e 6º, da Lei 9.514/97. Sobre a crítica de parte da doutrina, entendendo que tal *perdão da dívida* deveria ocorrer apenas no *financiamento habitacional*, v. nota 477 acima.

⁷⁰⁴ Sobre o ponto, v. item 9.2.3 abaixo.

dívida, despesas e encargos, na medida em que a quantia que sobejar, depois de satisfeito o exequente e solvidas as despesas e encargos, serão entregues ao executado⁷⁰⁵.

Sob essa perspectiva, a contrapartida de apenas livrar-se do saldo devedor não parece ser suficiente para o executado, sobretudo se foram muitas as parcelas já pagas, resultando-se em saldo devedor de menor monta, mais fácil de ser atingido nas hastas públicas; de modo a confirmar que tal critério – *montante da dívida acrescido de despesas* – não é totalmente satisfatório e por si só suficiente para o equilíbrio do mecanismo das execuções extrajudiciais.

Não se está a reconhecer, com tal afirmação, que o executado tenha alguma pretensão, amparada em direito material, de receber de volta, ainda que em parte, o quanto já pagou ao exequente: pelo contrário, como já se disse, esse direito inexistente e, de resto, ainda que existisse, é problema alheio ao instrumento em exame.

A preocupação, aqui, isto sim, é com o equilíbrio do instrumento, que proporciona expropriação não supervisionada por juiz, desprovida de avaliação mas que, no entanto, não deve resultar mais gravosa ao executado do que resultaria se presente o magistrado.

Em outras palavras, no procedimento, em si mesmo considerado, não deve haver margem para manobras que, desequilibrando a execução em desfavor do executado, permitam que não se busque nas hastas públicas o *maior valor possível* para o bem expropriado, limitando-se os esforços de quem as conduz apenas para que se atinja o quanto interessa ao exequente para viabilizar o leilão, vale dizer, o *montante da dívida acrescido de despesas*; ou mesmo que se frustrem intencionalmente as hastas, para que o credor remanesça em definitivo com o bem.

Na disciplina da alienação fiduciária, encontram-se elementos importantes para a solução do problema: num primeiro momento, exige-se das partes, quando da contratação da garantia, como um dos *elementos mínimos* para a caracterização do título que dá base ao

---

⁷⁰⁵ Art. 32, § 3º do Decreto-lei 70/66 e art. 27, § 4º, da Lei 9.514/97. Aliás, como pondera M. N. CHALHUB, “o leilão visa captar recursos não só para a satisfação do crédito, mas, também, para a reposição das quantias pagas pelo devedor” (O leilão extrajudicial face ao princípio do devido processo legal, in *RePro*, nº. 96, 1999, p.80).

negócio, que tragam “a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão”⁷⁰⁶; num segundo momento, impõe que se persiga tal valor, revisado conforme pactuaram as partes, na hasta inicial.

Voltando a cogitar-se de um *modelo* de execução extrajudicial, independentemente da legalidade ou não da solução contemplada pelo Decreto-lei 70/66⁷⁰⁷, entendemos que a disciplina da Lei 9.514/97, neste particular, revela-se mais equilibrada, mas, ainda assim, deve ser aplicada com alguns temperamentos.

Para que não se torne *letra morta* a salutar persecução, nas hastas públicas, do *valor do imóvel* revisado pelas partes; para que não se empreendam esforços apenas para alcançar o valor mínimo conveniente ao exeqüente, em prejuízo do executado, deve-se, em primeiro lugar, imputar ao *agente de execução extrajudicial* e ao próprio *exeqüente* a responsabilidade de cuidar de que os leilões sejam idôneos, precedidos da maior publicidade possível, alcançando assim o maior número de interessados, constituindo-se o certame como ambiente adequado a que se possa buscar o maior valor possível ao imóvel⁷⁰⁸.

Em segundo lugar, deve-se coibir a expropriação por *preço vil*. À falta de critério para que se possa aferir-lo no âmbito da execução extrajudicial, desprovida de avaliação, parece-nos que restará ao executado que se sentir prejudicado pelo valor do lance vencedor da hasta demonstrar, em juízo, ter havido arrematação por preço vil. Comprovada a situação, nem por isso a arrematação deverá ser desfeita, sob pena de comprometer-se a *segurança* da expropriação, afastando das hastas interessados sérios e maculando a efetividade pretendida para a execução. Tal qual se passa em juízo⁷⁰⁹, a solução haverá de ser a de condenar o exeqüente e quem mais possa ter praticado ato ilícito a indenizar o executado⁷¹⁰, como adiante examinado⁷¹¹.

---

⁷⁰⁶ Art. 24, VI, da Lei 9.514/97.

⁷⁰⁷ Cujá inconveniência pode ser contornada, v.g., se credor e devedor estabelecerem, no próprio instrumento em que se aperfeiçoar a hipoteca, o valor convencional do imóvel, *o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remições, dispensada a avaliação* (art. 1484, CC).

⁷⁰⁸ Por essa perspectiva, há de ser reputada ilícita eventual postura do exeqüente que almeje a frustração dos leilões, para obter em definitivo a propriedade do imóvel ofertado em garantia.

⁷⁰⁹ Art. 694, *caput* e § 2º, do CPC.

⁷¹⁰ Aparentemente nesse sentido, sustenta M. N. CHALHUB que eventuais distorções na definição do valor do imóvel para fins de leilão “*não afastam a aplicação do critério estabelecido pela Lei 9.514/97 para extinção do contrato de alienação fiduciária, mas podem ensejar impugnação pelo devedor visando a reparação de*

9.2 Aspectos exógenos: a interação com o Poder Judiciário

A execução extrajudicial aqui examinada não é mecanismo que baste a si mesmo e seja suficiente para abarcar, em seu bojo, todas as contingências que possam surgir no desempenho de seus atos.

O afastamento do juiz na execução extrajudicial é, por definição, *potencialmente total* – vale dizer, é *possível* que o procedimento inteiro decorra, da propositura da demanda até a satisfação do credor, sem que em momento algum o juiz seja chamado a intervir – mas nunca *necessariamente total*⁷¹².

Detendo o Poder Judiciário o *monopólio da última palavra*⁷¹³, em respeito à garantia constitucional do *acesso à Justiça*⁷¹⁴ e, de outro lado, dispondo o *agente de execução extrajudicial* de poderes bastante limitados, não estando investido de *jurisdição* para decidir sobre conflitos que possam surgir por ocasião do desempenho dos atos de execução extrajudicial, é certo que qualquer das partes poderá acorrer à Justiça Estatal para buscar a solução de eventuais litígios⁷¹⁵.

---

eventuais perdas e danos, tendo em vista os princípios da atividade executiva que não admitem a arrematação por preço vil” (Negócio fiduciário, 2009, pp. 270-271).

⁷¹¹ V. item 9.2.2 abaixo.

⁷¹² V. item 5.2 acima.

⁷¹³ V. item 8.4.1 acima.

⁷¹⁴ V. item 8.3.3 acima.

⁷¹⁵ Ressalva-se que, nos *contratos relativos ao financiamento imobiliário em geral*, é possível que as partes estipulem que eventuais litígios sejam *dirimidos por arbitragem, nos termos da lei 9.307/96* (art. 34, Lei 9.514/97). Havendo lícita convenção de arbitragem, eventuais litígios que envolvam a discussão de aspectos contratuais, ainda que invocados como motivos de oposição do devedor à execução extrajudicial, via de regra deverão ser submetidos aos árbitros. Vale lembrar que, havendo necessidade de emprego de força, o ato deve ser postulado perante a Justiça Estatal. Neste sentido P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO apontam que “*a conclusão é que pode ser estabelecida validamente a convenção de arbitragem por adesão em contrato de financiamento imobiliário com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia*” (*Propriedade fiduciária imóvel*, 2009, p.112), desde que antes da consolidação da propriedade em mãos do credor; depois disso, e notadamente pra a obtenção da posse, necessário acorrer à Jurisdição Estatal: “*para coisa imóvel milita a vantagem de que a consolidação independe de processo judicial ou sentença, operando-se formalmente pela via registrária cartorial (arts. 26, §7º, e 27, caput, da Lei 9.514/1997). Esse mecanismo tornaria, por si só, a arbitragem compatível ou mais eficaz apenas para solução de litígios anteriores à fase de consolidação e leilão do imóvel. Mas para eventual reintegração na posse do imóvel já consolidado com o credor ou terceiros (art. 30 da Lei 9514/1997), por resistência do devedor que já tenha sofrido a excussão extrajudicial, através de leilões públicos, aí, retorna-se à indispensabilidade da via jurisdicional complementar contenciosa, no juízo natural, observados os requisitos gerais e específicos pertinentes*” (ob. cit., p.113).

Tendo em vista que a *execução extrajudicial* provoca a *inversão do ônus de demandar em juízo*⁷¹⁶, será o devedor quem, se assim desejar, deverá buscar socorro em juízo para refrear a execução extrajudicial.

Por outro giro, no ordenamento brasileiro, não se transmitiu ao *agente de execução extrajudicial* o poder de empregar ou postular o emprego da *força física* do Estado. Assim, no curso da execução extrajudicial, fazendo-se necessário o uso da força, notadamente para a obtenção da posse do imóvel ofertado em garantia, deverá o interessado postulá-la junto ao Poder Judiciário⁷¹⁷

A *efetividade* perseguida por meio da execução extrajudicial, caracterizada pelo adequado *equilíbrio* entre a máxima satisfação ao credor e o sacrifício do devedor na medida do justo e necessário, depende fundamentalmente da *harmonia* na relação de tal instrumento com o Poder Judiciário.

Um controle leniente, por parte dos juízes, dos atos realizados no curso da execução extrajudicial prejudicaria indevidamente o executado. De outro lado, tanto um controle excessivo, descabidamente protetivo do executado, quanto a recusa em emprestar rapidamente a força estatal para remover a resistência do executado recalcitrante, causariam despropositados danos ao exeqüente.

Cogitando-se de situações concretas, se o credor intentar indevidamente a *execução extrajudicial*, para, por hipótese, cobrar dívida não vencida; se o procedimento embasar-se em título que não preencha os requisitos exigidos por lei; se não for respeitado o prazo de carência; se não forem adequadamente promovidos os atos de comunicação do executado; se o executado for impedido de purgar a mora; se as hastas públicas não observarem os ditames que devem regê-las; se o exeqüente não prestar contas adequadas ao executado após as hastas, não lhe der quitação da dívida, etc.; tudo isto merecerá a pronta e adequada censura do Poder Judiciário e ensejará as conseqüências jurídicas cabíveis.

---

⁷¹⁶ V. item 8.3.3 acima.

⁷¹⁷ V. item 8.4.2 acima

De outro lado, demandas abusivas, manifestamente infundadas, que revelem intenção procrastinatória etc. não devem ser respaldadas pela Jurisdição Estatal, não podem ter o condão de suspender ou desfazer os atos realizados em execução extrajudicial e não devem constituir obstáculo para demover da posse o ocupante do imóvel dado em garantia.

Como se vê, o *equilíbrio* da execução extrajudicial para satisfação de crédito com garantia imobiliária depende fundamentalmente do *equilíbrio* em sua interação com o Poder Judiciário.

9.2.1 Defesa do devedor até a expropriação

O primeiro desdobramento da interação da execução extrajudicial com o Poder Judiciário se verifica no que tange ao julgamento de eventuais defesas deduzidas pelo devedor, veiculadas em demandas propostas junto à Justiça Estatal.

Já se examinou em tópicos precedentes que, tal qual na execução judicial, também na execução extrajudicial se manifesta o princípio do *contraditório* em seu aspecto de *ciência e possibilidade de reação*, manifestada, no que tange à defesa do executado, em demanda cognitiva autônoma; com a diferença de que, neste último caso, tal demanda cognitiva autônoma não será *incidental*, posto que a execução tramita *fora* dos Tribunais⁷¹⁸.

Oportunidades para ingressar em juízo e apresentar as defesas de que se julgue titular o devedor terá diversas, pois são várias as ocasiões nas quais se deve dar-lhe ciência de atos relevantes: (i) já ao firmar o contrato com o credor, ofertando-lhe bem imóvel em garantia de pagamento de prestação pecuniária, ficará o devedor ciente do potencial emprego da execução extrajudicial⁷¹⁹; (ii) havendo atraso no pagamento, será imprescindível dar-lhe ciência da deflagração do procedimento extrajudicial e assinalar-lhe

---

⁷¹⁸ V. item 8.3.2 acima.

⁷¹⁹ v. nota 500 acima.

a possibilidade de purga da mora⁷²⁰; ocorridas as hastas públicas, será o devedor procurado para receber prestação de contas e eventual quantia que sobejar⁷²¹ e, no limite, será citado por ocasião de demanda judicial com o propósito de desalojá-lo da posse do imóvel⁷²².

Parece-nos relevante distinguir as defesas apresentadas *antes* da expropriação do imóvel daquelas posteriores às hastas públicas, notadamente na hipótese de, neste último caso, o imóvel restar alienado a terceiro.

Antes da realização das hastas públicas, eventual conflito tende a contrapor os interesses, tão somente, de *exeqüente* e *executado*, o que permite o mais largo espectro para a defesa⁷²³.

Como já se viu, o controle judicial pode ser reclamado antes mesmo de que se deflagre a execução extrajudicial. Na hipótese de garantia hipotecária, se qualquer das partes tiver *fundadas razões para suspeitar da imparcialidade e idoneidade do agente fiduciário*, pode-se pedir ao juiz que o substitua⁷²⁴. E, quer no regime do Decreto-Lei 70/66, quer no da Lei 9.514/97, sempre que surgir, v.g., *crise de certeza* a respeito da validade de cláusulas contratuais, critérios de correção da dívida, montante do saldo devedor etc., o interessado poderá buscar em juízo a tutela cabível⁷²⁵, prevenindo eventual cobrança que repute ilegal.

Já no curso da execução extrajudicial, antes de qualquer ato de invasão de sua esfera jurídica e agressão ao seu patrimônio, o devedor será necessariamente comunicado, de maneira formal, da pretensão do credor de receber o pagamento que entende devido, e tomará conhecimento do valor discriminado que lhe é exigido⁷²⁶.

---

⁷²⁰ v. item 9.1.1 acima.

⁷²¹ v. item 7.3.3 acima.

⁷²² v. item 9.2.4 abaixo.

⁷²³ O mesmo raciocínio deve ser aplicado na hipótese de frustração do segundo leilão, ao menos enquanto o imóvel remanescer no patrimônio do *exeqüente*.

⁷²⁴ Art. 41, §1º, DL 70/66.

⁷²⁵ Sobre o ajuizamento de *ação declaratória* nesse contexto, v. A. F. FABRÍCIO, A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97, in F. DIDIER JUNIOR, e C. C. FARIAS (coords.). *Procedimentos Especiais cíveis: legislação extravagante*, 2003, pp. 1452-1454.

⁷²⁶ V. item 9.1.1 acima.

Nessa ocasião, o devedor terá prazo razoável para buscar socorro junto ao Poder Judiciário e apresentar, sem restrições, as defesas que entender cabíveis, aí incluídas, notadamente, as de caráter *preventivo*, para evitar a ocorrência de dano, e as de caráter *reparatório*, seja para que as partes sejam repostas no estado anterior ao da execução extrajudicial – desfazendo-se no todo ou em parte os atos praticados e seus respectivos efeitos – seja para que se indenizem eventuais prejuízos sofridos pela parte inocente.

Por este viés, não são infreqüentes os requerimentos de *tutela de urgência*, com o fim precípua de obstar o prosseguimento da execução extrajudicial e impedir a realização das hastas públicas.

Sobre o ponto, algumas observações devem ser trazidas, sempre com a preocupação de manter-se o equilíbrio e a harmonia da relação entre a *execução extrajudicial* e o controle havido por meio do Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que não será a simples propositura de demanda judicial que deverá obstar o processamento da execução extrajudicial, aplicando-se aqui, *mutatis mutandis*, a regra do parágrafo primeiro do artigo 585 do Código de Processo Civil⁷²⁷.

Em segundo lugar, como regra, há de se exigir do devedor que pretenda suspender o processamento da *execução extrajudicial* que, no mínimo, efetue, ainda que em consignação, o pagamento da quantia incontroversa⁷²⁸, prosseguindo-se com os depósitos

---

⁷²⁷ “Neste ponto, cabe ressaltar que a pendência de demanda judicial sobre o cumprimento de contrato não gera, por si só, a indisponibilidade do imóvel, nem veda o prosseguimento da execução extrajudicial: aplica-se aqui, por identidade de razões, o que é disposto no § 1.º do art. 585 do CPC para as execuções judiciais: ‘A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução’.” (S. J. MARTINS, Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários: o debate sobre sua constitucionalidade, in *RePro*, nº 196, 2011, pp. 30-31).

⁷²⁸ V. art. 335, V, do Código Civil. Desta faculdade trata A. F. FABRÍCIO, A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97, in F. DIDIER JUNIOR, e C. C. FARIAS (coords.), *Procedimentos Especiais cíveis: legislação extravagante*, 2003, pp. 1454-1455. Sobre o ponto, comenta ainda M. N. CHALHUB que “em qualquer das modalidades extrajudiciais de cobrança e leilão, os tribunais têm assegurado a efetividade dos meios de defesa do devedor e, ao fazê-lo, não raras vezes determinam a interrupção do procedimento, em presença de vícios ou em caso de pendência de julgamento sobre questões relativas ao conteúdo do contrato de empréstimo, registrando-se tendência no sentido de se sustar a realização do leilão mediante depósito, pelo devedor, da parcela não-controvertida da dívida, realizando-se mensalmente esses depósitos até o julgamento final da lide (Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº. 63, 2007, p. 98).

na medida do vencimento das prestações posteriores ao ajuizamento da demanda⁷²⁹. Somente em situações absolutamente excepcionais é que se deve determinar a suspensão da execução extrajudicial independentemente de pagamento ou depósito⁷³⁰.

Em terceiro lugar, deve-se atentar para o fato de que, se o crédito cuja execução extrajudicial se pretende decorrer de *empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários*, será caso de aplicar o regramento específico disposto no artigo 50 da Lei 10.931/2004.

Este último ponto reclama investigação mais aprofundada.

Dadas as peculiaridades das regras de reajuste das prestações e do saldo devedor nos contratos de financiamento imobiliário, supostas distorções⁷³¹, agravadas pelo longo prazo de financiamento, resultaram em expressiva quantidade de demandas judiciais,

---

⁷²⁹ Neste sentido: “*Ação declaratória Contrato de financiamento de imóvel com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia - Pretensão à concessão da tutela antecipatória com a finalidade de suspender o curso do procedimento administrativo previsto na Lei nº 9.514/97, que se presta à consolidação em mãos do credor fiduciário da plena propriedade do imóvel dado em garantia - Propositura, pelos devedores fiduciários, de ação revisional de cláusulas contratuais cumulada com pedido de depósito judicial das prestações vincendas – Discussão judicial acerca da legalidade de cláusulas contratuais Presença dos requisitos da verossimilhança das alegações dos autores, bem como do fundado receio de dano de difícil reparação - Ausência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado - Decisão reformada.*” (TJ/SP, 37ª Câmara de Direito Privado, AI nº 0061952-97.2011.8.26.0000, Rel. Des. Luís Fernando Lodi, j. 25.08.2011). À míngua de pagamento ao menos da quantia incontroversa, deve prosseguir a execução extrajudicial, pois, como bem se extrai de trecho do voto do Des. Amorim Cantuária, a alegação de *desequilíbrio contratual, em ação revisional movida pelo devedor fiduciário “não pode servir de premiação ao devedor relapso. O mínimo que se poderia esperar do devedor de boa-fé é que pague aquilo que entende se devido. O que é inadmissível é o inadimplemento absoluto, a franca intenção do fiduciante de admitir ser responsável por uma obrigação, mas de se colocar na posição de dizer se e quanto vai querer adimpli-la”* (TJ/SP, 1ª Câmara de Direito Privado, AI nº 846831-0/4, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 13.04.2004).

⁷³⁰ Sobre o ponto, vale destacar o posicionamento recente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em acórdão lavrado por ocasião de julgamento de Recurso Especial repetitivo, assim ementado: “*Recurso Especial Repetitivo. Julgamento nos moldes do art. 543-C do CPC. Sistema Financeiro da Habitação. Execução Extrajudicial de que trata o Decreto-lei 70/66. Suspensão. Requisitos (...). 1. Para efeitos do art. 543-C, do CPC: 1.1. Em se tratando de contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei nº 70/66, enquanto perdurar a demanda, poderá ser suspensão, uma vez preenchidos os requisitos para a concessão da tutela cautelar, independentemente de caução ou do depósito de valores incontroversos, desde que: a) exista discussão judicial contestando a existência integral ou parcial do débito; b) essa discussão esteja fundamentada em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (fumus boni iuris). 1.2. Ainda que a controvérsia seja relativa a contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, “a proibição da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) houver ação fundada na existência integral ou parcial do débito; ii) ficar demonstrado que a alegação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) for depositada a parcela incontroversa ou prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz” (STJ, 2ª Seção, REsp 1067237/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24.06.2009). De qualquer forma, parece pouco razoável dispensar o depósito do incontroverso, sobretudo se aplicável o regime do art. 50 da Lei 10.931/04, adiante comentado.*

⁷³¹ Notadamente no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH (v. item 6.3 acima).

muitas intituladas, na prática, *revisionais*, nas quais pretende o devedor discutir o montante do débito que lhe é exigido, invocando como fundamento, no mais das vezes, nulidade ou abusividade de cláusulas contratuais que versam sobre reajustes (p. ex., capitalização de juros), ou simples desequilíbrio.

Para disciplinar a situação, sobreveio o artigo 50 da Lei 10.931/2004, a estabelecer que, *nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários*, particularmente aquelas movidas pelos devedores para *discutir o quantum debeatur* : (i) sob pena de inépcia, a petição inicial *discrimine as obrigações que pretende controverter e quantifique o incontroverso*⁷³²; (ii) seja o *montante incontroverso* devidamente pago ao credor no tempo e modo contratados – e não depositado em juízo -⁷³³; (iii) seja o *montante controvertido* depositado em juízo ou, se réu concordar, *na própria instituição financeira credora, oficial ou não, ou em outra instituição financeira, desde que as partes tenham pactuado neste sentido*⁷³⁴; (iv) apenas em caráter excepcional, *se presente relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor*, o juiz dispensará o depósito do controvertido, devendo fazê-lo *por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto*⁷³⁵ e (v) acaso a demanda pretenda *suspender a exigibilidade do principal sob a alegação de compensação com valores pagos a maior*, deverá depositar o *valor integral do principal*^{736 737}.

---

⁷³² Art. 50, caput, Lei 10.931/2004. Como bem observa J.C. PUOLI “é da natureza das coisas que aquele que entenda estar sendo cobrado a maior em relação a determinada prestação contratual saiba, ao menos, apontar qual o valor que ele, insatisfeito, entende ser devido. Este valor a respeito do qual não existe controvérsia (a controvérsia residirá em saber se a diferença entre o valor aceito pelo consumidor e aquele outro cobrado pelo construtor, incorporador ou financiador do imóvel é ou não devida) é que deve ser quantificado na petição inicial da demanda que contiver pedido revisional, sob pena de inépcia” (Depósito do Controverso - art.50 da Lei nº 10.931- um novo pressuposto processual, in B. PORTO NETO (org.). *Manual jurídico para construção civil*, 2007, p.169).

⁷³³ Art. 50, § 1º, Lei 10.931/2004.

⁷³⁴ Art. 50, §§ 2º e 3º, Lei 10.931/2004.

⁷³⁵ Art. 50, § 4º, Lei 10.931/2004.

⁷³⁶ Art. 50, § 5º, Lei 10.931/2004. O escopo da norma em questão foi o de “(...) disciplinar expediente ardiloso que, na prática, é usualmente empregado por adquirentes que nem sempre se apresentam com integral boa-fé” e pretendem compensar débitos líquidos, certos e exigíveis representados parcelas vincendas com supostos (porque meramente afirmados e não reconhecidos) créditos decorrentes de pagamentos a maior (J.C. PUOLI, Depósito do Controverso - art.50 da Lei nº 10.931- um novo pressuposto processual, in B. PORTO NETO (org.). *Manual jurídico para construção civil*, 2007,p.177). V. L. DENARDI, no entanto, reputa inconstitucional a exigência do depósito (*Execução judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, p.200).

⁷³⁷ Comentando-a de maneira ampla, irretorquível a conclusão de J.C. PUOLI no sentido de que “a regra do artigo 50 da Lei nº 10.931/04 não apresenta nenhuma inconstitucionalidade seja do ponto de vista da proteção ao consumidor (art. 170 da CF/88), seja no que toca ao devido processo legal” e, na verdade, viabiliza correto exercício do direito de defesa e “atende a outros objetivos do legislador, qual seja, o

Quanto à exigência de *pagamento ao credor* das verbas incontroversas, trata-se de regra justificável à luz da necessidade de assegurar o *fluxo de retorno* do capital investido e garantir a incolumidade tanto, em particularm de determinado empreendimento imobiliário e dos que nele adquiriram unidades, quanto, de maneira geral, a saúde dos sistemas de financiamento imobiliário, evitando-se a redução do volume disponível e elevação dos juros, em prejuízo de toda a sociedade⁷³⁸.

A este respeito, no que interessa às execuções extrajudiciais, submetendo-se o crédito exigido à disciplina da norma supra referida, proposta a demanda pelo devedor, deverá o juiz, de saída, indeferir a petição inicial que não discrimine as prestações que o autor entende indevidas e que não aponte o valor incontroverso; ademais, para determinar eventual sobrestamento da execução extrajudicial, deverá o juiz exigir a prova do efetivo pagamento do montante incontroverso⁷³⁹ – e não simplesmente autorizar seu depósito em juízo, ou, ainda pior, dispensá-lo, em flagrante desatendimento ao comando legal e em prejuízo de terceiros -, pagamento que deverá prosseguir, no limite do incontroverso das parcelas vincendas, no tempo e modo contratados.

A situação se torna mais delicada no que concerne à exigência do *depósito*, em juízo ou instituição financeira apropriada, da parcela *controvertida* da dívida.E. S. SOARES

---

resguardo de segurança mínima aos investimentos na área de construção civil e mesmo o incremento do caixa do empreendimento que acaba por se dar, também, no interesse dos demais adquirentes de unidades do empreendimento” (Depósito do Controverso - art.50 da Lei nº 10.931- um novo pressuposto processual, in B. PORTO NETO (org.). *Manual jurídico para construção civil*, 2007., p.178).

⁷³⁸ Como bem observam E. S. SOARES – J. SOUZA JR., o mecanismo “*contribui para o aperfeiçoamento do sistema, vez que o capital incontroverso deixa de ficar imobilizado na conta vinculada ao juízo, retornando imediatamente para o agente financeiro, que poderá, desde logo, disponibilizá-lo para novos adquirentes da casa própria*” (A revisão dos contratos de crédito imobiliário à luz do art. 50 da Lei 10.931/2004, in *RePro*, nº 140, 2006, p. 94). Para L. R. WAMBIER, tal procedimento *amolda-se aos mesmos princípios* que nortearam as regras do art. 273, inc. II e art. 273 §6º.do CPC, deixando claro que “*o sistema jurídico-processual não tolera que o devedor deixe de adimplir a obrigação tida por incontroversa, não se permitindo que o devedor crie obstáculos à realização imediata do direito do credor*” – (Considerações sobre a parte incontroversa da demanda na ação movida pelo devedor: os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004. in *RePro*, nº 143, 2007, p. 28). No mesmo sentido, conclui V. L. DENARDI ser *legítima* a exigência de pagamento do incontroverso, lembrando que tal pagamento, no entanto, não constitui *pressuposto para o exercício de ação pelo mutuário*, apenas a sua ausência justifica o prosseguimento da execução, conclusão que guarda correspondência com as regras do art. 739-A, §§ 3º e 5º, do CPC (*Execução judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*, 2010, p.199). V. ainda item 6.1 acima.

⁷³⁹ Neste sentido, entendendo que “*(...) impedir a realização do leilão extrajudicial, sem que tenha havido sequer depósito dos valores incontroversos, equivale a vedar o exercício de direito garantido pela lei*”, v. (TJ/SP, 6ª Câmara de Direito Privado, AI nº 0082242-02.2012.8.26.0000, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 14.06.2012).

– J. SOUZA JR. preconizam que não se pode exigir tal depósito se a ação do devedor se voltar contra a execução extrajudicial: por ser esta sobremaneira célere, e não efetuados os depósitos das parcelas controvertidas, quando a demanda do devedor viesse a ser julgada o devedor já estaria desprovido de seu patrimônio, razão pela qual entendem dispensável o depósito do *controvertido* para que o juiz suspenda a execução extrajudicial⁷⁴⁰.

Não nos parece esta a solução mais adequada. Pensamos que a resposta deve ser buscada no âmbito do parágrafo quarto do referido artigo 50 da Lei 10.931/2004: tal qual previsto para ocorrer na na execução judicial, também na execução extrajudicial a suspensão da exigibilidade dos montantes reclamados pelo credor só se opera, *ope legis*, se houver o depósito das quantias controvertidas, além, por certo, do efetivo pagamento das quantias incontroversas.

Nada obsta, no entanto, a que o devedor postule a suspensão *ope iudicis* da execução extrajudicial, sem depósito do controvertido – nunca sem o pagamento do incontroverso –, devendo, para tanto, apresentar ao juiz *relevante razão de direito*⁷⁴¹, além do inerente *risco de dano irreparável*, cabendo ao magistrado que determinar a suspensão da execução extrajudicial *detalhar as razões jurídicas e fáticas da suposta ilegitimidade da cobrança no caso concreto*⁷⁴².

---

⁷⁴⁰ “insustentável a versão de que a suspensão da execução extrajudicial pressupõe o depósito dos valores controvertidos, pois, como já dito, a regra do art. 50, § 2.º, da Lei 10.931/2004 se refere à exequibilidade judicial da obrigação. Diferente fosse, novamente nos depararíamos com o problema da prestação de tutela ineficaz; por não prever maior amplitude de defesa para o devedor, o procedimento extrajudicial é extremamente célere, inexistindo para o mutuário quaisquer perspectivas de ver a ação revisional julgada antes do seu desfecho. Assim, o devedor seria naturalmente compelido a depositar os valores controvertidos em juízo, independentemente de sua capacidade financeira, sob pena de se ver imediatamente expropriado do imóvel hipotecado. Nesse cenário, a tutela jurisdicional prestada ao final lhe seria obviamente ineficaz; mesmo que fosse reconhecida razão ao seu pleito, já teria sido destituído da propriedade sobre o imóvel por ocasião do trânsito em julgado da sentença. Por essa razão, plenamente possível - e, no mais das vezes, até mesmo aconselhável - o deferimento da medida liminar, com o efeito de impedir a propositura ou o prosseguimento da execução extrajudicial. Para tanto, como já mencionado, o pressuposto será a discussão judicial do débito” (E. S. SOARES – J. SOUZA JR., A revisão dos contratos de crédito imobiliário à luz do art. 50 da Lei 10.931/2004, in *RePro*, nº 140, 2006, pp. 100-101).

⁷⁴¹ Tais como as reconhecidas pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ou pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, consoante julgado transcrito na nota 730 acima.

⁷⁴² Com entendimento análogo, v. S. J. MARTINS, Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários: o debate sobre sua constitucionalidade, in *RePro*, nº 196, 2011, p. 31.

9.2.2 Defesa do devedor depois da expropriação

Ainda que o devedor permaneça silente durante todo o curso da execução extrajudicial e não tome a iniciativa de acorrer à Justiça nem mesmo quando formalmente comunicado ao início do procedimento, bastará que não desocupe voluntariamente o imóvel para tornar-se réu, desta feita em ação judicial na qual se postulará a posse do imóvel.

Citado para a demanda judicial, o contraste da largueza da garantia de *acesso à Justiça* e do *monopólio da última palavra* reconhecido ao Poder Judiciário⁷⁴³ com os estreitos limites da execução extrajudicial não autoriza conclusão diferente daquela no sentido de que poderá o devedor defender não apenas a sua posse, mas, também, se ainda não o fez, o direito de propriedade que ostentava sobre o bem objeto da garantia.

Ser-lhe-á lícito, mesmo nesta ocasião tardia, postular em juízo⁷⁴⁴ o que entender de direito, invocando como fundamento qualquer ato anterior praticado no procedimento de execução extrajudicial ou qualquer aspecto da relação jurídica material subjacente⁷⁴⁵, mesmo que já havida a expropriação⁷⁴⁶.

---

⁷⁴³ V. itens 8.3.3 e 8.4.1 acima.

⁷⁴⁴ Seja por meio de demanda reconventional, nas hipóteses em que cabível, seja em processo autônomo.

⁷⁴⁵ Há, pois, esta hipótese, “*inevitável controle jurisdicional*”, ocasião em que “o juiz examinará, em sua plenitude, a legalidade dos procedimentos de comprovação da mora, da consolidação da propriedade e da venda no leilão extrajudicial” (M. N. CHALHUB, O leilão extrajudicial face ao princípio do devido processo legal, in *RePro*, nº. 96, 1999, p.81).

⁷⁴⁶ Vale registrar a tendência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA no sentido de entender a persistência do *interesse de agir*, em *ação de revisão do contrato*, mesmo depois da expropriação, sede em que se pode aferir o valor de mercado do imóvel executado e apurar eventual valor a ser pago ao executado: “*Recurso Especial. Sistema Financeiro da Habitação. Ação revisional. Interesse de agir. Adjudicação do imóvel em execução extrajudicial. Manutenção do interesse jurídico do mutuário na revisão do contrato. 1. Inocorre a ausência de interesse de agir do mutuário ou a perda superveniente do objeto da ação revisional em decorrência da adjudicação do imóvel ocorrida em sede de execução extrajudicial. 2. A jurisprudência firme desta Corte reconhece que, mesmo nos contratos extintos, em que ocorre a figura da quitação concedida pelo credor ao devedor, mantém-se a viabilidade da ação revisional, razão, aliás, da edição da Súmula n. 286/STJ. 3. O mutuário de contrato de empréstimo comum, consoante o enunciado sumular n. 286/STJ, poderá discutir todos os contratos eventualmente extintos pela novação, sem que, atualmente, sequer cogite-se reconhecer a ausência do seu interesse de agir, inclusive quando, em tais relações negociais, há expressa quitação das dívidas que serão, ao final, revisadas. 4. Igualdade de tratamento que deve ser assegurada ao mutuário do Sistema Financeiro Habitacional. 5. Necessária a avaliação do bem no seio da execução, seja no CPC, seja na Lei 5.741, ou mesmo no DL 70/66, para que, quando da venda judicial ou extrajudicial, possa ele ser ofertado com base em seu valor real, e, assim, por terceiro arrematado ou pelo credor adjudicado. 6. Importante a também a correta liquidação do saldo devedor, cotejando-o ao valor da avaliação e, daí, concluir-se pela existência ou não de saldo positivo em favor do executado. 7. Nesse desiderato, plena é a utilidade da ação revisional de contrato proposta pelo mutuário, razão por que é de se reconhecer a*”

Entendemos, no entanto, que a amplitude da defesa assegurada ao devedor não pode, por outro turno, comprometer os direitos de terceiro que, legitimamente, tenha arrematado o imóvel que servira de garantia.

Neste último caso, contrapõem-se não apenas os interesses do credor exequente e do devedor executado, mas, também, os interesses do terceiro que, fiando-se na idoneidade das hastas públicas, ofertou lance para adquirir o imóvel.

Entra em jogo, neste delicado embate, a *efetividade* almejada para o instrumento. Não podem ser desprezados eventuais direitos do devedor que tenham sido violados por ocasião da execução extrajudicial. De outro lado, para protegê-los, não se pode comprometer a segurança da arrematação havida em hasta pública, sob pena de desestimulá-las e comprometer irremediavelmente a utilidade da técnica das execuções extrajudiciais, com os graves reflexos sociais retro anunciados e que desbordam dos interesses dos litigantes⁷⁴⁷. Não se pode deixar de considerar, ainda, que, em regra, o devedor que tarda em buscar socorro junto ao Poder Judiciário contribui para o agravamento de sua própria situação.

Em tal contexto, pensamos que o critério a ser adotado para resolver os conflitos entre esses três núcleos de interesses – devedor executado, credor exequente e terceiro arrematante – deva ser rigorosamente o mesmo eleito pelo legislador para a execução judicial, quando de sua reforma pela Lei 11.382/2006, a saber, o critério *relativa estabilidade* da arrematação, consagrado no *caput* do art. 694 do Código de Processo Civil, pelo qual eventual vício da execução não conduz ao desfazimento da arrematação em relação ao arrematante, que remanesce com o domínio do bem adquirido, mas deve resolver-se em indenização por perdas e danos devidas pelo exequente ao executado⁷⁴⁸.

---

existência do interesse de agir nessas hipóteses”. (STJ, 3ª Turma, REsp 1119859-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 28.08.2012).

⁷⁴⁷ V. especialmente item 6.1 acima.

⁷⁴⁸ Comentando a “*auspiciosa reviravolta no art. 694, caput, parte final, e respectivo §2º*”, havida por ocasião da referida reforma da execução, ensina A. ASSIS que, “ *julgados procedentes os embargos do art. 746, a posição do adquirente não é afetada. Não se dissolverá o negócio. Ao invés, responderá o exequente – o credor que promoveu a execução na qual ocorreu a alienação (...) – pela restituição do preço*” (*Manual da execução*, 12. ed., p. 830). Prossegue o processualista gaúcho dando conta de que para o arrematante a arrematação não se dissolve, independentemente do vício que acometa o processo e a alienação forçada, exceto se o próprio arrematante deu causa a nulidade (ob cit., p. 834). Ampla doutrina partilha deste mesmo

Uma vez assinado o *auto de arrematação*, mesmo na execução extrajudicial, há de se protegê-la como *perfeita, acabada e irretratável*⁷⁴⁹, não se devendo autorizar, como regra, que se desfça a arrematação e que se desconstitua a transmissão da propriedade ao arrematante, se este não deu causa ao vício. Nesta situação, logrando êxito o devedor na

---

entendimento: “A solução legal é reconhecer, no caso de procedência dos embargos decididos depois de consumada a arrematação, o direito ao executado de exigir do exeqüente que lhe repasse o valor pelo qual se deu a respectiva arrematação. (...) a arrematação acarreta a definitiva transmissão da propriedade dos bens penhorados para o terceiro, que não será alcançado pela eficácia da sentença dos embargos à execução” (H. THEODORO JR., *A reforma da execução do título extrajudicial*, 2007, p. 154); “a apresentação dos embargos e, mesmo, a sua procedência não interferem, necessariamente, na arrematação. E isto é verdade, também, por imposição sistemática, para as demais formas de expropriação (alienação) dos bens do executado. A alienação do bem deve ser mantida, para garantir uma maior segurança jurídica nos negócios realizados nas alienações, quaisquer que sejam suas formas, feitas em sede de execução, cabendo ao exeqüente indenizar o executado pelo que recebeu pela alienação do bem” (C. SCARPINELLA BUENO, Comentários ao art. 694 do Código de Processo Civil, in A. C. MARCATO (coord.), *Código de Processo Civil interpretado*, 2008, p. 2216); “Reza o art. 694 do CPC que, ‘assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou pelo leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado’. O § 2.º aparentemente resolve o problema do direito do executado, reconhecido a posteriori, ao dizer que, ‘no caso de procedência dos embargos, o executado terá direito a haver do exeqüente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior o valor do bem, haverá do exeqüente também a diferença’. A arrematação é ato material-processual, de natureza expropriatória, pelo qual o órgão judicial promove a transferência forçada do domínio do bem, móvel ou imóvel, objeto da constrição judicial, mediante venda judicial. Essa modalidade de expropriação não se destina a transferir o bem ‘diretamente’ para o patrimônio do exeqüente; é o produto da venda judicial do bem que proporcionará a satisfação, a qual poderá ser total ou parcial. Diversamente do que ocorre no direito processual civil português, no qual o art. 909.º do CPC português prevê que a arrematação fica sem efeito se a oposição à execução ou à penhora (= embargos à execução) for julgada procedente, observa-se do art. 694, caput e § 2.º, do CPC que a procedência dos embargos não produz o efeito retrovertido, de maneira que o bem arrematado não volta para o acervo patrimonial do executado. A arrematação permanece incólume. Ao não permitir o retorno do bem expropriado para a espera patrimonial do executado, a lei reconheceu o direito de domínio do terceiro adquirente.” (F. CARVALHO, Decisão de procedência dos embargos à execução e a eficácia dos atos expropriatórios, in *RePro*, nº 165, 2008, p. 205); “Com a lavratura do auto de arrematação, esta será considerada ‘perfeita, acabada e irretratável’. Não poderá ser desfeita, ainda que sejam julgados procedentes os embargos do executado. Ou seja: a procedência dos embargos do executado, ou de apelação em sentença neles proferida, não terão o condão de desfazer a arrematação cujo auto já tenha sido lavrado” (R. B. LEONEL, *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*, 2007, p. 104). Na jurisprudência, assentou-se no TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO o mesmo entendimento: “Execução. Título judicial embargos à execução rejeitados. Apelação provida. Extinção da execução. Definitividade dos atos executivos praticados durante a pendência de recurso. [...]. Arrematação pelo exeqüente. Ato perfeito, acabado e irretratável. Art. 694 do Código de Processo Civil. Bem alienado a terceiro. Resolução em perdas e danos. Art. 694, § 2º, do código de processo civil. Extinção da execução que não afeta a validade dos atos praticados. [...]. Incabível, portanto, a anulação da arrematação, restituindo-se as partes ao estado anterior. A situação se subsume a hipótese prevista no art. 694, § 2º, do Código de Processo Civil, e o executado terá direito ao produto da arrematação e eventual diferença se inferior ao valor do bem (cfr C. SCARPINELLA BUENO, Comentários ao art. 694 do Código de Processo Civil, in A. C. MARCATO (coord.), *Código de Processo Civil interpretado*, 2008, p. 2216). Em última análise, assegura-se ao executado a reparação dos danos sofridos com a alienação do bem, mas não se desfaz o ato (Rogério Mollica, *O efeito suspensivo e os embargos à execução na lei n. 11.382/06*, in *Execução extrajudicial*, obra coletiva, Quartier Latin, 2007, pp. 374/375, Mirna Cianci, *Comentários à Execução Civil - Título judicial e extrajudicial (artigo por artigo)*, obra coletiva, Saraiva, 2008, p. 296/297).” (TJ/SP, 22ª Câmara de Direito Privado, AI 7.260.930-2, Rel. Des. José Roberto dos Santos Bedaque, j. 05.08.2008).

⁷⁴⁹ Art. 694, CPC.

demanda judicial que moveu para defender-se da execução extrajudicial, merecerá a compensação pecuniária cabível no caso concreto.

No limite, o devedor fará jus a perceber o *valor recebido pelo credor como produto da arrematação e eventual diferença se este for inferior ao valor do bem*⁷⁵⁰ e, se for o caso, quantia correspondente à *indenização por perdas e danos*⁷⁵¹, mas não receberá de volta a propriedade do imóvel que restou excutido.

Tende a ser idêntica a solução se o fundamento da defesa do devedor for a *arrematação por preço vil*⁷⁵². Se na execução judicial aferir a ocorrência de preço vil não é tarefa simples⁷⁵³, as dificuldades se intensificam na execução extrajudicial, em que não há avaliação do imóvel como ato preparatório da expropriação. Ressalvada situação de deliberada e flagrante fraude⁷⁵⁴, a solução será a da compensação pecuniária, acima referida, se ficar provado em juízo, especialmente por meio de perícia de engenharia que aponte o valor de mercado do imóvel na ocasião da arrematação -, que o imóvel tinha valor de mercado significativamente superior ao do lance vencedor, a ponto de caracterizar-se em concreto a ocorrência de preço vil.

A mesma proteção dispensada ao arrematante com ainda mais razão deve ser estendida aos seus sucessores na cadeia dominial, calhando, a este propósito, o entendimento consagrado na Súmula 5 da Seção de Direito Privado do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, *in verbis*:

na ação de imissão de posse de imóvel arrematado pelo credor hipotecário e novamente alienado, não cabe, por ser matéria estranha ao autor, a discussão sobre a execução extrajudicial e a relação contratual antes existente entre o primitivo adquirente e o credor hipotecário.

---

⁷⁵⁰ Aplicando-se, em analogia, a regra do art. 694, § 2º, do CPC.

⁷⁵¹ *Ex vi* dos arts. arts 186 e 475 do CC.

⁷⁵² Sobre o ponto, v. item 9.1.4 e nota 746 acima.

⁷⁵³ Observa A. ASSIS que, “*em virtude de sua condição de conceito jurídico indeterminado, inexistente critério econômico apriorístico do que seja, afinal, ‘preço vil’*”, mas que “*nos últimos tempos, plasmou-se a tendência de somente considerar vil a alienação por menos de 50% do valor da avaliação*” (*Manual da execução*, 12. ed., 2009, pp. 820-821).

⁷⁵⁴ Por certo que não se poderia beneficiar o arrematante que adquire o bem, v.g., por preço sabidamente muitas vezes inferior ao que se acredita ser a metade do valor de mercado. Nesta situação, deverá autorizar-se o desfazimento do ato, exceto na hipótese de o devedor preferir indenização.

Apenas em situações muitíssimo excepcionais, criteriosamente analisadas pelo magistrado, é que se deve permitir o desfazimento da arrematação, com a reversão do imóvel ao patrimônio do devedor. Cogita-se, exemplificativamente, da hipótese de o devedor jamais ter sido comunicado da execução extrajudicial e, por isto, não ter podido defender-se antes e nem ter purgado a mora; da absoluta nulidade do título pelo qual constituiu-se a garantia (não subscrito, v.g., pelo titular de domínio), dentre outras situações assemelhadas. Nestes casos, caberá ao arrematante, prejudicado pela arrematação desfeita, apurar as responsabilidades do *agente de execução* e do *exequente* pelos vícios reconhecidos pelo juízo e, se o caso, postular indenização⁷⁵⁵.

9.2.3 Inaplicabilidade do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor

Não são incomuns, sobretudo nas hipóteses de execução extrajudicial de imóvel objeto de alienação fiduciária oferecido em garantia de financiamento imobiliário, as ações judiciais nas quais o autor, devedor inadimplente, postula que lhe seja restituído percentual do preço pago, com fundamento no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor⁷⁵⁶.

Na doutrina, embora exista ainda alguma controvérsia a respeito, parece mais acertado o entendimento de que a Lei 9.154/97, além de *posterior* ao diploma consumerista, é *especial*, está no *mesmo nível hierárquico* deste e regulamenta a matéria de maneira *completa e distinta* da disciplina propugnada pelo Código de Defesa do Consumidor, havendo de prevalecer, então, as regras estabelecidas pelo artigo 27 da Lei 9.154/97⁷⁵⁷.

---

⁷⁵⁵ A prática pode proporcionar a ocorrência de situações intermediárias, como, por exemplo, de o devedor ter ajuizado ação judicial para defender-se antes das hastas públicas, mas esta não ter impedido o certame, sobrevivendo então a arrematação. A solução para tais situações parece-nos irremediavelmente casuística, mas deve considerar os critérios acima anunciados.

⁷⁵⁶ Art. 53. *Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.*

⁷⁵⁷ Neste sentido, dentre tantos, A.V. AZEVEDO, que observa que, a despeito de descaber a aplicação do art. 53 do CDC, o equilíbrio da relação contratual ficou preservado com a regra do § 4º do art. 27, que "*é claro ao determinar que o credor fiduciário, nos cinco dias, que se seguirem à alienação do imóvel, em leilão, 'entregará ao devedor a importância que sobejar'. O intuito do legislador em equilibrar a relação jurídica rompida, para que não exista prejuízos, de ambos os contratantes, assegura o recebimento do reembolso pelas benfeitorias (e acessões) feitas no imóvel pelo devedor-fiduciante; bem como a dedução, da soma*

Também a jurisprudência se inclinou pela inaplicabilidade do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor à hipótese em tela, rechaçando pretensões de restituição de parcelas pagas com aparo no referido artigo⁷⁵⁸.

---

restituível, dos 'valores da dívida e das despesas e encargos', previstos nos §§ 2º e 3º, do mesmo art. 27" (Alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel, in *Revista da Faculdade de Direito - Fundação Armando Álvares Penteado*, nº 1, 2002, p. 84). Deste entendimento não discrepa J. M. ARRUDA ALVIM, que pontua que a Lei 9.154/97 é posterior ao CDC, é específica (*Lei Especial*) e disciplina todo o assunto de maneira própria e não compatível com o CDC - enquanto o art 53 pressupõe cláusula de perdimento dos valores pagos, que reputa nula, e de rescisão do contrato, no sistema da alienação fiduciária não se cogita nem de cláusula de perdimento (pelo contrário, prevê-se entrega ao devedor de montante que sobejar a dívida) e nem de rescisão do contrato (mas sim de consolidação da propriedade em mãos do credor e mecanismo para satisfação do crédito inadimplido, com extinção do financiamento) -, justificando-se a não aplicação do CDC, ainda, porque, na alienação fiduciária, os montantes pagos pelo devedor correspondem à restituição de montante pertencente ao próprio credor, que foi mutuado ao devedor, sendo *condição essencial* do negócio que o valor emprestado e respectivo reajuste sejam integralmente repostos no patrimônio do credor (art. 5º, I, da Lei 9.154/97) (Alienação fiduciária de bem imóvel: o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características, in *Revista de Direito Privado*, nº 2, 2000, pp. 156-157). M. N. CHALHUB, por seu turno, não vê incompatibilidade entre os diplomas legais, mas sustenta a inaplicabilidade, à alienação fiduciária, da regra do art. 53 do CDC: “a despeito de se aplicarem aos contratos de alienação fiduciária os princípios fundamentais da teoria do contrato, que também estão contemplados no Código de Defesa do Consumidor, notadamente as cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social e do equilíbrio da relação obrigacional, é de se aplicar o critério específico de acerto regulamentado pela Lei 9.514/1997, por corresponder a um aspecto peculiar dessa modalidade especial de contrato, e não o critério genérico previsto pelo art. 53 do CDC” (...) “Em outras palavras: o art. 53 do CDC enuncia um princípio geral de nulidade da cláusula que preveja a perda total das quantias pagas pelo devedor inadimplente e o art. 27 da Lei 9.514/1997 estabelece critério específico, pelo qual manda o credor devolver ao devedor a quantia que sobrar do leilão, depois de satisfeito o crédito oriundo do financiamento” (Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato, in *Revista de Direito Imobiliário*, nº. 63, 2007, p. 103). De maneira semelhante conclui I. R. TREVELIM: “não há, em realidade, antinomia existindo entre os citados dispositivos legais, pois não há verdadeiro conflito, e talvez não fosse possível nem mesmo cogitar de antinomia aparente, uma vez que as duas normas são complementares, havendo a observação e acatamento pela lei nova dos princípios deitados quando do advento da lei anterior” (A alienação fiduciária em garantia e sua aplicação no mercado imobiliário financeiro, Dissertação (Mestrado), 2008, p. 157). Da mesma maneira se posiciona A. RIZZARDO, entendendo que o mecanismo do art. 27 da Lei 9.514/97 é suficiente para não ofender os direitos do consumidor (*Contratos de crédito bancário*, 2011, p. 232).

⁷⁵⁸ No âmbito do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em vista da alienação fiduciária de bem móvel, tal entendimento de há muito está consagrado (v., dentre outros, *STJ*, 4ª turma, REsp 250.072-RJ., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 01.06.2000). No âmbito da alienação fiduciária de bem imóvel, é paradigmático o precedente de lavra do Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, assim ementado: “(...) *Alienação fiduciária de bem imóvel. Alegada violação do art. 53, do CDC. Restituição dos valores pagos. Prevalência das regras contidas no art. 27, §§4º, 5º e 6º, da Lei nº 9.514/97 (...)*”. (*STJ*, 4ª Turma, AgRg no Agravo de Instrumento nº 932750-SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 10.12.2007). Interessante observar que, em agravo de instrumento, o saudoso relator havia decidido inicialmente pela aplicabilidade do art. 53 do CDC e determinado ao credor que restituísse o preço pago pelo devedor, autorizando o primeiro a reter 25% do valor das parcelas pagas pelo último. Provocado por meio de agravo regimental, reconheceu o relator que a decisão anterior apreendera equivocadamente a situação fática, tratando-a como simples promessa de compra e venda. Constatado que se tratava de alienação fiduciária, asseverou o Ministro que haveria de se aplicar o quanto dispõe a Lei 9.514/97, lei especial e posterior ao CDC, não havendo que se falar de restituição de parcelas pagas ex vi de seu artigo 53, mas, sim, de aplicar-se à espécie regras contidas no art. 27, §§4º, 5º e 6º, da Lei nº 9.514/97. Com o mesmo entendimento, no âmbito do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, v. Ap. 0190264-53.2009.8.26.0100, Rel. Des. Theodureto Camargo, j. 08.09.2011. Em sentido contrário, no mesmo *TJ/SP*, v. Ap. 9299733-21.2008.8.26.0000, Rel. Des. Ronnie Herbert Barros Soares, j. 28.03.2011.

Perfeitamente justificável o entendimento.

Cogitando-se da relação jurídica de direito material subjacente, há que se assentar a absoluta distinção entre os negócios jurídicos de *venda e compra de imóvel* e de *mútuo com garantia imobiliária*.

Para o primeiro, tipicamente bilateral e sinalagmático, razoável que, na hipótese de inadimplemento do comprador, possa romper-se o contrato, de modo que o imóvel retorne ao patrimônio do vendedor e, de outro lado, parte do preço pago como contrapartida da alienação que não se concluiu retorne ao patrimônio do comprador, a ensejar a aplicabilidade do referido artigo 53.

Para o segundo, tipicamente real e unilateral, forma-se o contrato a partir da entrega do dinheiro ao devedor, que se obriga a restituí-lo ao credor, predestinando-se imóvel para suportar a responsabilidade executiva no caso de inadimplemento. Neste último, pois, as parcelas pagas em cumprimento ao contrato de mútuo não correspondem à contraprestação para aquisição do imóvel – mas sim à devolução do valor emprestado, acrescido dos juros pactuados –, carecendo de sentido jurídico que possa decorrer, do inadimplemento do devedor, a pretensão de devolução de parte de parcelas já solvidas; ao contrário, o inadimplemento faz nascer, exclusivamente para o credor, a pretensão de receber coercitivamente a quantia faltante, expropriando-se o bem ofertado.

Voltando os olhos para a *execução extrajudicial* aqui tratada, não se pode deslembrar que, quanto mais parcelas o devedor houver pago, tanto menor será a dívida a ser satisfeita por meio da expropriação do bem oferecido em garantia e, portanto, maior a probabilidade de que, do lance apurado em hasta pública, sobeje quantia a ser entregue ao devedor.

Neste particular, o *equilíbrio* do instrumento, para que não se onere excessivamente o devedor, deve ser assegurado pelos já examinados mecanismos que proporcionem alcançar, nos “públicos leilões”, o maior valor possível ao bem expropriado⁷⁵⁹.

---

⁷⁵⁹ V. item 9.1.4 acima.

9.2.4 Atos de desalojamento do ocupante

No direito brasileiro, o modelo de *execução extrajudicial* examinado não investe o *agente de execução extrajudicial* de poderes para empregar ou requisitar o emprego de *força física*⁷⁶⁰.

Fazendo-se necessário o uso de tal força para demover da posse do imóvel expropriado o ocupante, caberá ao interessado – em geral o arrematante do imóvel ou seus sucessores, ou mesmo o próprio credor, na hipótese específica da alienação fiduciária – promover demanda judicial para obter coercitivamente a posse⁷⁶¹.

Como registra M. J. BEZERRA FILHO⁷⁶², em observação que também poderia ser aplicada à *execução extrajudicial hipotecária*

o campo extremamente restrito que a Lei 9.514/97 pretendeu deixar à atividade jurisdicional diz respeito à necessidade do uso da violência da qual o Estado tem o monopólio, para que o fiduciante, executado extrajudicialmente, seja retirado do imóvel caso resista a atender à solicitação administrativa do exeqüente”.

Citado para a demanda judicial, por certo que o devedor poderá, para além de defender-se quanto à pretensão possessória, deduzir em juízo, pelo meio processual adequado, tudo o quanto entender de seu interesse, inclusive questionar os atos praticados por ocasião da execução extrajudicial; limitando-se o espectro de sua atuação, a nosso ver, na hipótese de o imóvel ter sido arrematado por terceiro, como já examinado⁷⁶³.

---

⁷⁶⁰ No direito Norte Americano, há dispositivo autoriza que autoriza o credor a tomar posse do bem objeto da garantia *sem processo judicial*, desde que *proceda sem quebra da paz* (§ 9-609 (b) (2) do *Uniform Commercial Code*). V. item 5.2.1 acima.

⁷⁶¹ Sobre a *ação de imissão na posse*, cabível no regime da execução extrajudicial hipotecária, v. item 6.5.2 acima. Sobre a *ação de reintegração de posse*, adequada ao caso da alienação fiduciária, v. item 6.10.2 acima.

⁷⁶² *Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição*, 2006, p. 158. Tal resistência, observa o mencionado magistrado, é até *esperada*, já que está pode estar em jogo a *moradia* do devedor e sua família (ob. e loc. cit.).

⁷⁶³ V. item 9.2.2 acima. Observe-se que não há que se invocar eventual *demanda revisional* movida pelo devedor como fundamento para impedir o cumprimento da liminar concedida em favor do terceiro arrematante. Reconhecendo que sequer haveria conexão entre a *demanda revisional* e a *imissão na posse*:

Também neste passo, a atuação do Poder Judiciário é relevante para que a *execução extrajudicial* resulte efetiva. Seria pouco congruente dotar-se o ordenamento jurídico de instrumento célere para satisfação de crédito pecuniário por meio de expropriação extrajudicial de imóvel ofertado em garantia se, de outro lado, aquele que por força de tal instrumento se tornou titular de direitos sobre o imóvel tardasse em conseguir ingressar em sua posse.

Para evitar o descompasso, cuidou o legislador de estabelecer que, em tais situações, a posse deverá ser atribuída ao interessado por meio de medida liminar⁷⁶⁴. Neste sentido, a Súmula 4 da Seção de Direito Privado do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO reconhece que “*é cabível liminar em ação de imissão de posse, mesmo em se tratando de imóvel objeto de arrematação com base no Decreto-lei nº. 70/66*”, devendo o mesmo entendimento estender-se à liminar em ação de reintegração de posse fundada na Lei 9.154/97⁷⁶⁵.

“Processual. Conexão. Causa de modificação da competência, não de incompetência originária do Juízo não preventivo. Validade dos atos decisórios por ele praticados, ante a distribuição livre do segundo feito. Conexão ademais duvidosa na espécie, entre ação de revisão de contrato de compra e venda imobiliária e demanda de imissão na posse movida por adquirente extrajudicial do imóvel, levado a leilão por inadimplemento. Decisão que deixou de revogar, sob tal enfoque, liminar de imissão na posse deferida ao adquirente, confirmada” (TJ/SP, 2ª Câmara de Direito Privado, AI nº 0162324-20.2012.8.26.0000, Rel. Des. Fábio Tabosa, j. 25.09.2012).

⁷⁶⁴ Arts. 37, §§2º e 3º, Decreto-lei 70/66 e art. 30, Lei 9.514/97. V., respectivamente, itens 6.5.2 e 6.10.2 acima.

⁷⁶⁵ Neste sentido, dentre tantos outros: “*Ação de reintegração de posse de bem imóvel dado em garantia Concessão de liminar, com amparo no artigo 30 da Lei nº 9514/1997. Cabimento. Rito próprio aos adquirentes de bens vinculados ao Sistema de Financiamento Imobiliário. Devidamente comprovada a consolidação da propriedade do imóvel em nome do banco fiduciário, cabível a reintegração*” (TJ/SP, 12ª Câmara de Direito Privado, AI nº 0192647-08.2012.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, j. 26.09.2012). Do voto, vale destacar o entendimento no sentido de que “*(...) o fato de ter [o devedor] ajuizado ação ordinária objetivando o reconhecimento da quitação e iliquidez da cédula de crédito bancário, não obsta o direito do banco credor de se reintegrar/imitir na posse do imóvel em questão, posto que a Lei 9514/97 lhe assegura este direito*”.

10 Conclusões

Em vista dos fundamentos assentados nos capítulos precedentes, ao cabo do presente estudo é possível alinhar as seguintes conclusões:

- A disciplina da execução, examinada nos mais diversos ordenamentos em função do sujeito autorizado pelo Estado a desempenhar os atos de execução –o *agente de execução*–, pode seguir diferentes modelos. Está longe de ser o único aquele adotado no Código de Processo Civil Brasileiro, em que o juiz detém o monopólio da execução, corolário do *mito* de que os atos de execução devam ser necessariamente, sempre e em qualquer situação, conduzidos pelo *juiz*.
- O fenômeno de *minimização da participação do juiz no desempenho dos atos de execução* desdobra-se em técnicas que não se confundem: a *desjudicialização da execução*, que tem por característica reduzir, em maior ou menor grau, mas nunca dispensar por completo, a participação do juiz no desempenho dos atos tendentes a proporcionar a satisfação do exequente e a *execução extrajudicial*, na qual o afastamento do juiz é *potencialmente total*, pois apenas eventualmente será chamado a atuar, notadamente para dirimir litígio surgido no desenvolvimento da execução.
- No direito brasileiro, são tímidas as manifestações de *desjudicialização da execução*, tendência cada vez mais marcante no direito europeu. Identifica-se, no entanto, significativo modelo de *execução extrajudicial para satisfação de créditos pecuniários dotados de garantia imobiliária*, construído a partir das características comuns da *execução extrajudicial hipotecária* (art. 29 e ss. do Decreto-lei 70/66) e da *execução extrajudicial* pertinente à *alienação fiduciária de bem imóvel em garantia* (arts. 26 e ss. da Lei 9.514/97).
- A *execução extrajudicial para satisfação de créditos pecuniários dotados de garantia imobiliária* encerra instrumento de natureza típica de *execução forçada*, opera por *meio executivo sub-rogatório* e conduz à *expropriação* do bem imóvel objeto da garantia, sem necessitar de emprego de *força física*.

- A *execução extrajudicial para satisfação de créditos pecuniários dotados de garantia imobiliária* revela-se adaptada às particularidades da *relação jurídica material subjacente* e é adequada para debelar de forma *célere e efetiva* a crise de adimplemento à qual se aplica. Tal instrumento jurídico tende a influenciar positivamente o cenário econômico, na medida em que, para as operações por ele tuteláveis, encoraja-se o incremento do volume de recursos disponíveis e a redução da taxa de juros.

- Não se vislumbra inconstitucionalidade na *extrajudicial para satisfação de créditos pecuniários dotados de garantia imobiliária*. Inocorre auto-tutela, não há afronta ao devido processo legal, preserva-se o acesso à justiça e não há violação da *reserva de jurisdição*.

- O exame da *extrajudicial para satisfação de créditos pecuniários dotados de garantia imobiliária* em si mesmo considerada (aspectos endógenos) revela o equilíbrio do instrumento, que realiza satisfatoriamente o direito do credor sem sacrificar exageradamente o devedor. Devem ser respeitados, para tanto:

(i) a necessidade de *efetiva comunicação do devedor*, antes de qualquer ato de agressão ao seu patrimônio, da deflagração de procedimento tendente à satisfação coercitiva do crédito afirmado pelo exequente por meio da expropriação do imóvel ofertado em garantia. De tal comunicação, deverá constar demonstrativo discriminado do débito, que permita ao devedor compreender precisamente o que lhe está sendo cobrado, além de informações sobre o prazo, forma e local para o pagamento voluntário. Embora a lei não o exija, seria conveniente que de tal comunicação constassem ainda o alerta quanto aos futuros leilões e a advertência sobre o risco iminente de perda do imóvel sobre o qual recai a garantia;

(ii) a possibilidade de o devedor purgar a mora – e assim extinguir a execução extrajudicial e fazer convalidar o contrato -, em razoável lapso temporal após o inadimplemento, por meio do pagamento do montante até então vencido, com juros e despesas, mas sem antecipação do saldo vincendo (“*cure redemption*”);

(iii) a publicidade e a segurança das hastas públicas, desempenhadas por leiloeiro oficial, obrigatoriamente precedidas de publicações de editais e, preferencialmente,

de outras técnicas mais modernas de divulgação, para que se atinja o maior número possível de interessados, se transmita a maior quantidade possível de informações sobre o imóvel praxeado e se busque o maior valor possível para o mesmo. Exitosas as hastas, assinado o respectivo auto, deve a arrematação, como regra, ser considerada *perfeita, acabada e irretratável*, ainda que o devedor possa questionar em juízo os atos que nela culminaram, tal qual ocorreria se a arrematação adviesse de execução judicial (art. 694 do Código de Processo Civil, redação dada pela Lei 11.382/2006);

(iv) a obrigatoriedade de extinção da dívida após as hastas públicas, ainda que o montante apurado não seja suficiente para saldá-la e mesmo que não haja arrematação, hipótese na qual o imóvel será atribuído em definitivo ao credor. Se o lance vencedor sobejar a somatória das dívidas com as despesas, a diferença deverá ser entregue ao devedor.

- A efetividade da *extrajudicial para satisfação de créditos pecuniários dotados de garantia imobiliária*, de outro lado, depende fundamentalmente da *harmonia* na relação de tal instrumento com o Poder Judiciário (aspectos exógenos). Caberá ao Poder Judiciário, de um lado, julgar as defesas eventualmente apresentadas pelo devedor em contraposição aos atos praticados na execução extrajudicial. Também caberá ao Poder Judiciário, de outro lado, ordenar eventuais atos de *força física*, se necessário, para desalojar o ocupante do imóvel excutido. Como características da *harmonia* de tal relação, parecem-nos relevantes os seguintes aspectos:

(i) o controle judicial reclamado pelo devedor antes da realização das hastas públicas há de ser exercitado de maneira ampla, seja para proporcionar tutela *preventiva*, seja para proporcionar tutela *reparatória*, podendo se manifestar tanto na forma de *tutela final* quanto na forma de *tutela de urgência*;

(ii) eventual ordem para sobrestar a *execução extrajudicial* e obstar, conseqüentemente, a realização das *hastas públicas*, não deve ser banalizada. Como regra, deve-se exigir do executado que a pretenda, no mínimo, o pagamento ou o depósito dos valores incontroversos, além de justificativa plausível para não pagar ou depositar os valores controvertidos.

(iii) se o crédito cuja execução extrajudicial se pretende decorrer de *empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários*, deve ser aplicado o regramento específico disposto no artigo 50 da Lei 10.931/2004. Para observá-lo, mister que, sob pena de inépcia, o devedor aponte na petição inicial *as obrigações que pretende controverter e quantifique o incontroverso*; demais disso, para que se suspenda a exigibilidade do crédito, o *montante incontroverso* deve ser pago ao credor no tempo e modo contratados e o *montante controvertido* deve ser depositado em juízo ou em instituição financeira autorizada, somente podendo o juiz dispensar tal depósito *por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto, se presente relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor*;

(iv) o controle judicial reclamado pelo devedor depois de o imóvel ter sido arrematado há de encontrar limites no reconhecimento dos direitos do arrematante. Tal qual preconizado para a execução judicial após as reformas operadas pela Lei 11.382/2006, eventual vício da execução não deve conduzir, em regra, ao desfazimento da arrematação, mas deve resolver-se em indenização por perdas e danos devidas ao executado (art. 694, *caput* e § 2º, do Código de Processo Civil). A mesma solução deve ser aplicada se o devedor provar, em juízo, ter havido arrematação por preço vil;

(v) por não estar o *agente de execução extrajudicial* investido de poderes para empregar ou requisitar o emprego de *força física*, incorrendo desocupação voluntária, o interessado em obter a posse do imóvel deve postulá-la em juízo, por meio de ação própria. Presentes os requisitos, deve o juiz conceder-lhe liminar. Citado para a demanda judicial, o devedor poderá, além de defender-se quanto à pretensão possessória, deduzir em juízo, pelo meio processual adequado, tudo o quanto entender de seu interesse, inclusive questionar os atos praticados por ocasião da execução extrajudicial, observados os limites impostos por eventual arrematação pretérita.

- Conclui-se, por fim, que a *extrajudicial para satisfação de créditos pecuniários dotados de garantia imobiliária* é instrumento juridicamente útil, adequado e equilibrado para, nas

relações jurídicas aos quais se aplica, tutelar o credor sem, de outro lado, violar direitos fundamentais do devedor; razão pela qual merece integrar, legitimamente, o arcabouço de instrumentos predispostos à satisfação coercitiva das crises de adimplemento de obrigações de pagamento de quantia.

Bibliografia

ADAN DOMÈNECH, Federic. *La ejecución hipotecaria*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoria general e historia del processo (1945-1972)*. t.I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

ALEXANDER, Frank S.*et al.* Legislative responses to the foreclosure crisis in nonjudicial foreclosure states. In *Review of banking & financial law*, 31, 2011-2012, pp. 341-410. Disponível em: <[31 Rev. Banking & Fin. L. 341 2011 downloaded from HeinOnline \(http://heinonline.org\)](http://heinonline.org)>. Acesso em: 24.07.2012.

AMARAL SANTOS, Moacyr. Jurisdição. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 47. São Paulo: Saraiva, 1977.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. Alienação fiduciária de bem imóvel: o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura econômica. Características. In *Revista de Direito Privado*, nº 2, 2000, pp. 147-176.

_____. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: livro introdutório ao direito das coisas e ao direito civil*, t.I, v. XI. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Contestação – Ação civil pública – pretensão a obtenção de declaração de inconstitucionalidade em tese – inadmissibilidade. In *RePro*, nº. 82, 1996, pp. 256-275.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA – ABECIP. *SFI: um novo modelo habitacional*. Brasília, ABECIP, 1995.

Disponível em: <[http://www.abecip.org.br/imagens/conteudo/publicacoes_e_artigos/sfi - um novo modelo habitacional.pdf](http://www.abecip.org.br/imagens/conteudo/publicacoes_e_artigos/sfi_um_novo_modelo_habitacional.pdf)> Acesso em: 10.02.2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Alienação fiduciária em garantia de bem móvel e imóvel. In *Revista da Faculdade de Direito - Fundação Armando Álvares Penteado*, nº 1, 2002, pp.61-84.

BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Juros e spread bancário no Brasil*. Brasília, 1999. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/ftp/juros-spread1.pdf>>. Acesso em: 22.02.2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Dois cientistas políticos, três economistas e a justiça brasileira. *Temas de direito processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de direito processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Temas de direito processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Privatização do processo? *Temas de direito processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001.

BAUMÖHL, Debora Ines Kram. *A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*. São Paulo: Atlas, 2006.

BAYO-DELGADO, Joaquim. Les acteurs de l'exécution. In *L'exécution des décisions de justice en matière civile*. Éditions du Conseil de L'Europe, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BETTI, Emilio. Processo civile – Diritto romano. In *Novissimo Digesto Italiano*, v. XIII. Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A execução extrajudicial de contrato de alienação fiduciária de bem imóvel – exame crítico da Lei 9.514, de 20.11.1997. In *Revista dos Tribunais*, nº. 819, 2004, pp. 65-76.

_____. *Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

BOMHARD, Roland. Realisation of pledged interests in land in the 1990s: strategies and the Law in Germany. In *International legal practitioner*, 19, 1994, pp. 23-28. Disponível em: <[19 Int'l Legal Prac. 23 1994 downloaded from HeinOnline \(http://heinonline.org\)](http://heinonline.org)>. Acesso em: 18.07.2012.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BONSIGNORI, Angelo. Aspetti processuali della tutela del credito. In *La legge di riforma del codice di procedura civile e la tutela del credito*. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *L'Esecuzione Forzata*. 3ª ed. Torino: G. Giappichelli, 1996.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. v.1 e v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. A crise do Judiciário e o processo. In *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 2, nº 1, 2001, pp. 85-92.

BOVE, Lucio. Imperium. In *Novissimo Digesto Italiano*, v. VIII. Torino: Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1957.

BRANDELLI, Leonardo. Análise econômica do contrato de financiamento imobiliário. In *Revista de direito imobiliário*, nº 71, 2011, pp. 13-44.

BUZAID, Alfredo. *Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia (Lei n. 4.728, art. 66)*. São Paulo: ACREFI, 1969.

CABRITA, Helena, e PAIVA, Eduardo. *O processo executivo e o agente de execução*. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal / Coimbra Editora: 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1943.

CAMPOS, Isabel Menéres. Particularidades da execução de hipoteca. In *A reforma da acção executiva*. Conferência. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/dra-isabel-meneres/downloadFile/file/imc.pdf?nocache=1210676672.22>>. Acesso em: 17.06.2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Considerações sobre o projeto de lei 5.080/2009 – A nova lei de execução fiscal. In *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, nº 91, 2010, pp. 11-42.

CAPELO, Maria José. A reforma da acção executiva - A discussão pública da Proposta de Lei. In *A reforma da acção executiva*. Conferência. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/dra-maria-jose-capelo/downloadFile/file/MJC.pdf?nocache=1210676924.26>>. Acesso em: 17.06.2011.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Em torno do árbitro. In *Revista de arbitragem e mediação*, nº 28, 2011, pp. 47-63.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1929.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. v.I. Padova: CEDAM, 1936.

CARPI, Federico. Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti. In *Studi in memoria di Corrado Vocino*. Napoli: Jovene Editore, 1986.

CARVALHO, Fabiano. Decisão de procedência dos embargos à execução e a eficácia dos atos expropriatórios. In *RePro*, nº 165, 2008, pp. 649-661.

CARVALHO, Milton Paulo de. Da proteção processual da alienação fiduciária em garantia. In *Revista dos Tribunais*, nº 410, 1969, pp. 32-41.

_____. (coord.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis. Aspectos da formação, execução e extinção do contrato. In *Revista de Direito Imobiliário*, nº. 63, 2007, pp. 82-111.

_____. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O leilão extrajudicial face ao princípio do devido processo legal. In *RePro*, nº. 96, 1999, pp. 70-90.

CHAMBRE NATIONALE DES HUISSIERS DE JUSTICE, *Histoire de la profession huissier de justice*. Disponível em: <http://www.huissier-justice.org/Historique-15.aspx>. Acesso em: 12.06.2012.

_____. *Mieux Connaître l'Huissier de Justice*. Disponível em: <http://www.huissier-justice.org/Qui-est-il-16.aspx>. Acesso em: 12.06.2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. I. trad. da 2ª ed. italiana por J. Guimarães Menegale. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

CLÁPIS, Alexandre Laizo. *A propriedade fiduciária imobiliária – aspectos gerais e registrários*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

COELHO, Gláucia Mara. Notas sobre a execução judicial que determina o pagamento de quantia nos EUA e na Inglaterra. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, nº 43, 2011, pp. 44-85.

COMISSÃO EUROPEIA. *Execução das decisões judiciais – Suécia*. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/enforce_judgement/enforce_judgement_swe_pt.htm. Acesso em: 13.06.2012.

_____. *Execução das decisões judiciais – Alemanha*. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/enforce_judgement/enforce_judgement_ger_pt.htm. Acesso em: 14.06.2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Principi costituzionali e processo di esecuzione. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1994, pp. 450-469.

_____; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile, v.II: procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. Bologna: il Mulino, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números – 2010*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf>. Acesso em: 07.08.2012.

CONSULTOR JURIDICO. *Força tarefa nos EUA investiga execuções hipotecárias*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-out-20/forca-tarefa-investiga-fraudes-execucoes-hipotecarias-eua>>. Acesso em: 21.10.2010.

COSTA E SILVA, Paula. *A reforma da acção executiva*. 2.ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

_____. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

COUNCIL OF EUROPE. *The enforcement of court decisions: recommendation Rec (2003) 17 and explanatory memorandum – legal issues*. Council of Europe Publishing, 2004.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Roque Depalma: Buenos Aires, 1958.

COX, Prentiss. Foreclosure reform amid mortgage lending turmoil: a public purpose approach. In *Houston Law Review*, 45, 2008, pp. 683-745. Disponível em:

http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/45-3_pdf/45_3_02_Cox.pdf.

Acesso em: 26.06.2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais do processo em relação aos terceiros. In *Revista do Advogado*, nº. 99, 2008, pp. 62-79.

_____(coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

_____ e TUCCI, Rogério Lauria, *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A alienação por iniciativa particular. In *RePro*, nº 174, 2009, pp. 51-65.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A execução extrajudicial do decreto-lei 70/66 em face do princípio do devido processo legal. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº. 37, 2001, pp. 145-174.

DENARDI, Volnei Luiz. *Execução judicial e extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei 5.741/1971 e Dec.-lei 70/1966*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Alienação fiduciária de bens imóveis. *Fundamentos do processo civil moderno*. t. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Execução civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. I e v. IV. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Menor onerosidade possível e efetividade da tutela jurisdicional. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ). *Enforcement of court decisions in Europe*. Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8Execution_en.pdf. Acesso em: 20.04.2011.

EUROPEAN JUDICIAL ENFORCEMENT (EJE). Disponível em: <<http://www.europe-eje.eu/en/fiche-thematique/note-z-actros-enforcement-1>>. Acesso em: 14.09.2012.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a lei n. 9.514/97. In DIDIER JUNIOR, Fredie, e FARIAS, Cristiano Chaves de (coords.). *Procedimentos Especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FAZZALARI, Elio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. v. II. Padova: Cedam, 1986.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia: das bases romanas à lei n. 9.514/97*. São Paulo: LTr, 1999.

FLEURY, Carlos Eduardo Duarte. Crédito imobiliário no Brasil e execuções hipotecárias. In *Revista de Direito Imobiliário*, nº 56, 2004, pp. 161-174.

FOLHA ONLINE. *Entenda a crise financeira que atinge a economia dos EUA*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u445011.shtml>>. Acesso em: 11.06.2012.

FRAGA, Afonso. *Direitos reais de garantia: penhor, antichrese e hypotheca*. São Paulo: Saraiva, 1933.

FRANCO, Fernão Borba. A fórmula do devido processo legal. In *RePro*, nº. 94, 1999, pp. 81-108.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo de acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2002 e 10.444/2002*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GALANTER, Marc. Compared to What? Assessing the Quality of Dispute Processing. In *Denver University Law Review*, 66(3), 2011, pp. xi-xiv. Disponível em: <<http://marcgalanter.net/Documents/papers/scannedpdf/comparedtowhat.pdf>>. Acesso em: 04.07.2011.

GARSON, Samy. *A adequação da ideia de monopólio da jurisdição com os meios alternativos de resolução de litígios – desjudicialização da execução*. 2010. Disponível em: <http://www.sgaa.adv.br/downloads/a_monopolio.pdf>. Acesso em: 22.06.2011.

_____. *A desjudicialização da execução hipotecária como meio alternativo de recuperação de créditos*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006.

_____. A viabilidade da desjudicialização do processo de execução. In CARVALHO, Milton Paulo de (coord.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GIUSTINA, Bianca Sant'Anna Della. O registro de imóveis como instrumento para a proteção e o desenvolvimento do mercado imobiliário. In *Revista de Direito Imobiliário*, nº 69, 2010, pp. 206-231.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. *O princípio constitucional da eficiência no processo civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. A execução e a efetividade do processo. In *RePro*, nº. 94, 1999, pp. 34-66.

_____. *O processo de execução*. v.I. e v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUILLÉN, Víctor Fairén. *Teoría general del derecho procesal*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

HENDERSON, Keith *et al.*. *Regional best practices: enforcement of court judgments. Lessons learned from Latin America*. Washington D.C.: IFES, 2004. Disponível em: <http://www.ifes.org/~media/Files/Publications/White%20PaperReport/2004/25/WhitePaper_5_Enforcement%20of%20Court%20Judgments.pdf>. Acesso em: 22.04.2011.

HESTER, Barry. Opportunity costs: nonjudicial foreclosure and the subprime mortgage crisis in Georgia. In *Georgia State University Law Review*, 25, 2008-2009, pp. 1205-1229. Disponível em: <[25 Ga. Sr. U. L. Ver. 1205 2008-2009 downloaded from HeinOnLine \(http://heinonline.org\)](http://heinonline.org)>. Acesso em: 16.06.2010.

HÖK, Götz-Sebastian. The credit secured by a mortgage in Europe: essentials of German land and mortgage law. Disponível em: <[http://www.eurojuris.net/assets/credit secured by a mortgage in europe – germany.doc](http://www.eurojuris.net/assets/credit_secured_by_a_mortgage_in_europe_-_germany.doc)>. Acesso em: 14.09.2012.

KAZAKES, Andrew J. Protecting absent stakeholders in foreclosure litigation: the foreclosure crisis, mortgage modification, and state court responses. In *Loyola of Los Angeles Law Review*, 43, 2009-2010, pp. 1383-1430. Disponível em: <[43 Loy. L.A. Rev. 1383 2009-2010 downloaded from HeinOnLine \(http://heinonline.org\)](http://heinonline.org)>. Acesso em: 25.07.2012.

LA CHINA, Sergio. *L'Arbitrato: il sistema e l'esperienza*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2004.

LAGOS, Yianni D. Fixing a broken system: reconciling state foreclosure law with economic realities. In *Tennessee Journal of Law and Policy*, 7, 2011, pp. 84-140. Disponível em: <[7 Tenn. J. L. & Pol'y 84 \(2011\) downloaded from HeinOnLine \(http://heinonline.org\)](http://heinonline.org)>. Acesso em: 24.06.2011.

LAMEGO, Nelson Luiz Machado. Recuperação de crédito: evitando a excussão judicial de garantias. In *Revista dos Tribunais*, nº 891, 2010, pp. 9-28.

LEBRE DE FREITAS, José. *A acção executiva depois da reforma da reforma*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. A reforma da acção executiva – A discussão pública da proposta de Lei. In *A reforma da acção executiva*. Conferência. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutor-lebre-de/downloadFile/file/LF.pdf?nocache=1210676924.26>>. Acesso em: 18.06.2011.

_____. La riforma italiana del processo esecutivo (il disegno di legge delega della Commissione Tarzia). In *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1999, pp. 1039 -1049.

_____. Os paradigmas da acção executiva. In *A reforma da acção executiva*. Conferência. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/professor-doutor-lebre/downloadFile/file/plf.pdf?nocache=1210676672.22>>. Acesso em: 10.06.2011.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. In *Revista dos Tribunais*, nº 686, 1992, pp 73-89.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIGHTY, Ryan K. Landlord mortgage defaults and statutory tenant protections in U.S. foreclosure and U.K. repossession actions: a comparative analysis. In *Indiana International & Comparative Law Review*, 21, 2011, pp. 291-317. Disponível em: <[21 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 291 2011 downloaded from HeinOnline \(http://heinonline.org\)](http://heinonline.org)>. Acesso em: 23.08.2012.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. A circulação do crédito hipotecário no sistema financeiro da habitação. In *Revista de Direito Imobiliário*, nº 43, 1998, pp. 47-60.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In DIDIER JUNIOR, Fredie (coord). *Leituras complementares de processo civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Embargos à execução*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Títulos executivos e multa de 10%. In SANTOS, Ernani Fidelis *et. al.* (coords.). *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUNDBERG, Eduardo Luis, MARTINS, Bruno Silva, e TAKEDA, Tony. Crédito Habitacional no Brasil: aperfeiçoamentos institucionais e avaliação da evolução recente. *Relatório de Economia Bancária e de Crédito*. Banco Central do Brasil, 2008, pp.79- 103. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Pec/Depep/Spread/relatorio_economia_bancaria_credito2008.pdf>. Acesso em: 15.02.2012.

MALACHINI, Edson Ribas. Desnecessidade da presença do juiz ao ato de arrematação, no sistema do Código de Processo Civil. In *RePro*, nº. 31, 1983, pp. 9-22.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela cautelar do direito ao devido processo legal (O caso da execução privada do Dec-lei 70/66). In *Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio*, nº. 173, 1994, pp. 61-63.

MARTINS, Samir José Caetano. *Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários*. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2007.

_____. Execuções extrajudiciais de créditos imobiliários: o debate sobre sua constitucionalidade. In *RePro*, nº 196, 2011, pp. 21-65.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo: Saraiva, 1937.

MEZZARI, Mário Pazutti. *Alienação fiduciária da Lei 9514, de 21-11-1997*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MICHELI, Gian Antonio. Dell'unità del concetto di esecuzione forzata. In *Rivista di diritto processuale*, v. VII, 1952, pp.289-306.

MINISTÉRIO DA FAZENDA (BRASIL), Fundo de Compensação de Variações Salariais-FCVS, Disponível em: <http://www.stn.fazenda.gov.br/divida_publica/downloads/FCVS_historico.pdf>. Acesso em: 10.02.2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (PORTUGAL) - Direcção-Geral de Política de Justiça (DGPJ). Funcionamento da Acção Executiva no Estrangeiro. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/reforma-da-accao-funcionamento-da-accao>>. Acesso em: 18.04.2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v. 3: direito das coisas*. 37 ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito civil, v. 4: direito das obrigações, 1ª parte*. 32 ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTELEONE, Girolamo A. Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito. In *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. v.3. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

MORAES, José Rubens de. *Evolução histórica da execução civil no direito lusitano*. São Paulo: EDUSP, 2009.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. Alienação por iniciativa particular: qual o preço mínimo? In *RePro*, nº 170, 2009, pp. 115-122.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco. *Multa e prisão civil como meios coercitivos para obtenção da tutela específica*. Curitiba: Juruá, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Celso. Classificação das ações. In *Revista da Faculdade de Direito*, nº LXX, 1975, pp. 345-359.

NOGUEIRA, André Carvalho. Propriedade fiduciária em garantia: o sistema dicotômico da propriedade no Brasil. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 39, 2008, pp. 56-78.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Procedimento e Ideologia no Direito brasileiro atual. *Ajuris*, nº. 33, 1985, pp. 79-85.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. *Aspectos gerais e questões polêmicas da alienação fiduciária de imóveis*. Disponível em: [http://www.secovi.com.br/noticias/arq_not/Palestra%20de %20Manoel%20 Calcas 100407.pdf](http://www.secovi.com.br/noticias/arq_not/Palestra%20de%20Manoel%20Calcas100407.pdf)>. Acesso em: 31.05.2010.

PERROT, Roger. Les enjeux de l'exécution des décisions judiciaires en matière civile. In *L' exécution des décisions de justice en matière civile*. Éditions du Conseil de L'Europe, 1998

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XX. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5ª ed. Jovene: Napoli, 2006 (reimpressão 2010).

PUOLI, José Carlos Baptista. Depósito do Controverso - art.50 da Lei nº 10.931- um novo pressuposto processual. In PORTO NETO, Benedicto (org.). *Manual jurídico para construção civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RESTIFFE, Paulo Sérgio, e RESTIFFE NETO, Paulo. *Propriedade fiduciária imóvel*. São Paulo: Malheiros, 2009.

RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

RIBEIRO, Virgínio da Costa. *As funções do agente de execução*. Coimbra: Almedina, 2011.

RIVAS, Adolfo Armando. El arbitraje según el derecho argentino. In *RePro*, nº. 45, 1992, pp. 70-93.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. v. III. Trad. Angela Romera Vera. EJE: Buenos Aires, 1955.

SALETTI, Achille. Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2003, p. 1038-1062.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A justiça em Portugal: diagnósticos e terapêuticas. In *Manifesto*, nº 7, 2005, pp. 76-87. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Justica_em_Portugal_Manifesto_2005.pdf>. Acesso em: 08.06.2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Alienação Fiduciária de coisa imóvel. In *Revista Jurídica*, nº. 261, 1999, pp. 21-24.

SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 2.ed. Padova: CEDAM, 1950.

SAUSEN, Dalton. Da alienação por iniciativa particular. In *RePro*, nº. 158, 2008, pp. 107-134.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. Comentários ao art. 694 do Código de Processo Civil. In MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SERRA, Miguel Dinis Pestana. *Breve análise crítica de algumas das alterações ao regime da acção executiva portuguesa. A reforma de 2003 e a recente reforma com o D.L. nº 226/2008*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14066>>. Acesso em: 16.04.2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SIMONSEN, Mario Henrique. Como poderá ser o mercado de hipotecas no Brasil. In ABECIP. *SFI: um novo modelo habitacional*. Brasília, ABECIP, 1995, p. 223.

SOARES, Eduardo de Sampaio, e SOUZA JR., Jurandyr. A revisão dos contratos de crédito imobiliário à luz do art. 50 da Lei 10.931/2004. In *RePro*, nº 140, 2006, pp. 86-106.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOSLOW, Jesse. Incentivizing deeds-in-lieu of foreclosure: an argument for the expansion of the home affordable foreclosure alternatives (“HAFA”) program. In *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 14, 2011-2012, pp. 583-603. Disponível em: <[14 U. Pa. J. Bus. L. 583 2011-2012 downloaded from HeinOnline \(http://heinonline.org\)](http://heinonline.org)>. Acesso em: 17.07.2012.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Arbitragem – Uma nova visão. In *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, nº. 59, 2004, pp. 167-190.

TALAMINI, Eduardo. Alienação por iniciativa particular como meio expropriatório executivo (CPC, art. 685-C, acrescido pela Lei 11.382/2006). In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro e LAUAR, Maira Terra (coords.). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Direito de desistência da aquisição do bem em execução. In *RePro*, nº 155, 2008, pp. 27-41.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. In *RePro*, nº. 59, 1990, pp. 72-98.

_____. Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti. In *RePro*, nº. 152, 2007, pp. 319-331.

TARZIA, Giuseppe. Problemas atuais da execução forçada. In *RePro*, nº. 90, 1998, pp. 68-84.

TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia (Lei 9.514/97, primeiras linhas)*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. O leilão extrajudicial e as incorporações imobiliárias – aspectos registrários. In *Revista dos Tribunais*, nº 650, 1989, pp 234-236.

TESHEINER, José Maria Rosa. Jurisdição, Execução e Autotutela. In TESHEINER, José Maria Rosa *et al* (coords.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: Estudos em homenagem aos 25 anos de docência do prof. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TREVELIM, Ivandro Ristum. A alienação fiduciária em garantia e sua aplicação no mercado imobiliário financeiro. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

UOL NOTÍCIAS. *EUA firmam acordo de US\$ 25 bi com cinco bancos por abusos em hipotecas.* Disponível em: <http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2012/02/09/eua-firmam-acordo-de-us-25-bi-com-cinco-bancos-por-abusos-em-hipotecas.jhtm>>. Acesso em: 15.02.2012.

UNITED KINGDOM - MINISTRY OF JUSTICE. *National standards for enforcement agents.* Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/downloads/courts/bailiffs-enforcement-officers/national-standards-enforcement-agents.pdf>>. Acesso em: 14.06.2012.

VACCARELLA, Romano. Le linee essenziali del processo esecutivo secondo il progetto della Commissione Tarzia. In *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1998, p. 364-373.

VERBEKE, Alain. *Execution law and patrimonial transparency in Belgium and the Netherlands. Some comparative perspectives.* In *A reforma da acção executiva*. Conferência. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/professor-alainverbeke/downloadFile/file/Profav.pdf?nocache=1210676672.22>>. Acesso em: 17.06.2011.

VERDE, Giovanni. *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*. Napoli: Jovene, 1985.

WALD, Arnoldo. Alguns aspectos do regime jurídico do sistema financeiro imobiliário (Lei 9.514/97). In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 4, 1999, p. 13-27.

_____. *Direitos das coisas*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. In *Revista de Direito Imobiliário*, nº 51, 2001, p. 253-279.

WALLACE, Francis. The credit secured by a mortgage in Europe: securities and enforcement against real estate in England. Disponível em: http://www.eurojuris.net/assets/the_guarantee_in_english_law.doc>. Acesso em: 14.09.2012.

WALTR, Robert. Les agents d'exécution. In *L' exécution des décisions de justice en matière civile*. Éditions du Conseil de L'Europe, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Considerações sobre a parte incontroversa da demanda na ação movida pelo devedor: os arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004. In *RePro*, nº 143, 2007, pp. 26-41.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. São Paulo: CEBEPEJ, 1999.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Execução extrajudicial e devido processo legal*. São Paulo: Atlas, 2010.