

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL (DPC)**

**JEFFERSON LEÃO PIRES**

**DOS PROCEDIMENTOS EXECUTIVOS EXRAJUDICIAIS  
DECORRENTES DE GARANTIA IMOBILIÁRIA: UMA ANÁLISE DO  
DECRETO-LEI 70/66 E DA LEI 9.514/97**

**SÃO PAULO  
2021**

JEFFERSON LEÃO PIRES  
9841589

**DOS PROCEDIMENTOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS  
DECORRENTES DE GARANTIA IMOBILIÁRIA: UMA ANÁLISE DO  
DECRETO-LEI 70/66 E DA LEI 9.514/97**

Tese de Láurea a ser apresentada ao  
Departamento de Direito Processual  
da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo sob  
orientação do **Professor Doutor  
Heitor Vitor Mendonça Sica**.

SÃO PAULO  
2021

## **RESUMO**

Este trabalho procurou estudar o debate da constitucionalidade das execuções extrajudiciais decorrentes de garantia imobiliária no âmbito da doutrina e da jurisprudência. De modo a entender as questões envolvidas no debate, o trabalho pretende, através do método descritivo, analisar e comparar os tópicos pertinentes a esse. No primeiro capítulo do desenvolvimento, o presente trabalho busca traçar os conceitos gerais de jurisdição e execução. No capítulo adiante, o foco da análise reside nos princípios relevantes ao debate da constitucionalidade, principalmente o do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição. No terceiro capítulo o enfoque é a análise de direito material e processual dos regimes executivos extrajudiciais, principalmente os previstos no Decreto-Lei 70/66 e na Lei 9.514/97. No quarto e último capítulo do desenvolvimento, buscou-se analisar os principais julgados acerca da matéria, em especial os Recursos Extraordinários de nº 223.075, 627.106 e 860.631. Ainda nesse capítulo, foi feita a análise das posições doutrinárias e os pontos centrais do debate. O resultado da pesquisa sugere a constitucionalidade dos regimes inobstante as críticas a ela apontadas.

**Palavras-chave:** Desjudicialização, Execução Extrajudicial, Hipoteca, Alienação Fiduciária.

## **ABSTRACT**

This work sought to study the debate on the constitutionality of extrajudicial executions resulting from real estate guarantees within the scope of doctrine and jurisprudence. In order to understand the issues involved in the debate, the work intends, through the descriptive method, to analyze and compare the topics pertinent to it. In the first chapter of development, the present work seeks to outline the general concepts of jurisdiction and execution. In the next chapter, the focus of the analysis lies on the principles relevant to the debate on constitutionality, especially that of due process and the non-obviation of jurisdiction. In the third chapter the focus is on the analysis of material and procedural law of extrajudicial executive regimes, mainly those provided for in Decree-Law 70/66 and Law 9.514 / 97. In the fourth and last chapter of the development, an attempt was made to analyze the main judgments on the matter, especially the Extraordinary Appeals of nº 223.075, 627.106 and 860.631. Still in this chapter, the analysis of the doctrinal positions and the central points of the debate was made. The result of the research suggests the constitutionality of the regimes regardless of the criticisms pointed out.

**Keywords:** Dejudicialization, Extrajudicial Enforcement , Mortgage, Fiduciary Title.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

- CC Código Civil
- CPC Código de Processo Civil
- CRI Cartório de Registro de Imóveis
- DL Decreto-Lei
- RE Recurso Extraordinário
- SFH Sistema Financeiro de Habitação
- STF Supremo Tribunal Federal
- STJ Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	7
<b>2. JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL .....</b>	10
<b>2.1. JURISDIÇÃO, AUTOTUTELA E A CRISE DA JUSTIÇA .....</b>	10
<b>2.2. EXECUÇÃO E EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL .....</b>	13
<b>2.3. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	15
<b>2.4. DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....</b>	16
<b>2.5. INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL.....</b>	17
<b>3. EXECUÇÕES EXTRAJUDICIAIS PARA REALIZAÇÃO DA GARANTIA IMOBILIÁRIA .....</b>	19
<b>3.1. DO CRÉDITO HIPOTECÁRIO .....</b>	19
<b>3.1.1. ASPECTOS DE DIREITO MATERIAL .....</b>	19
<b>3.2. DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS .....</b>	27
<b>4. DA CONSTITUCIONALIDADE DAS EXECUÇÕES EXTRAJUDICIAIS .....</b>	32
<b>4.1. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL .....</b>	32
<b>4.1.1. DO JULGAMENTO DO RE 627.106 .....</b>	35
<b>4.2. DA POSIÇÃO DA DOUTRINA .....</b>	38
<b>4.3. DO DEBATE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	41
<b>4.3.1. TRATATIVA DIFERENCIADA ENTRE OS INSTITUTOS? .....</b>	41
<b>4.3.2. DA AUTOTUTELA .....</b>	43
<b>4.3.3. DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....</b>	45
<b>4.3.4. DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO .....</b>	46
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	49
<b>6. BIBLIOGRAFIA .....</b>	50

## 1. INTRODUÇÃO

Em meio aos desafios trazidos pela dificuldade de satisfação dos créditos respeitando os direitos do devedor, o ordenamento busca formas alternativas para o procedimento judicial que, em regra, se mostra custoso e lento. Nesse sentido, os procedimentos executivos extrajudiciais se mostram alternativas viáveis ao estímulo do fornecimento de crédito e da garantia, ainda que não plena, do adimplemento.

Tendo em vista esse contexto, o presente trabalho busca analisar o debate da constitucionalidade dos procedimentos executivos extrajudiciais envolvendo garantias imobiliárias, a saber, os decorrentes de crédito hipotecário constituído no regime do Sistema Financeiro de Habitação e os decorrentes de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis.

Para tanto, primeiramente busca-se uma análise dos princípios envolvidos no debate. Posteriormente faz-se uma análise material e processual dos institutos envolvidos para, adiante, compará-los e situá-los no debate da constitucionalidade.

Dessa forma, a presente pesquisa busca, principalmente por meio do *método descritivo*, correlacionar os fenômenos extrajudiciais envolvendo as execuções de garantias imobiliárias e situá-los no debate da constitucionalidade, notadamente as garantias decorrentes de contratos de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, regulada principalmente pela Lei 9.514/97, e as garantias decorrentes de dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro de Habitação, reguladas principalmente pelo Decreto-lei 70/66.

Por método descritivo aqui entende-se como aquele que “*busca observar, registrar, analisar e correlacionar fatos ou fenômenos (variáveis) sem manipulá-los*”<sup>1</sup>. Nesse sentido, busca-se primeiro uma análise do fenômeno jurídico em si, que envolve os aspectos eminentemente legais, os aspectos doutrinários e jurisprudenciais.

---

<sup>1</sup> CERVO, Amado L., BERVIAN, Pedro A. **Metodologia Científica**. 5. Ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

Justifica-se a utilização das três fontes do direito como forma de angariar coesão à pesquisa, pois a análise do fenômeno legal em sentido estrito deixaria uma lacuna interpretativa entre os dispositivos, que, em regra, é suprida pelas análises jurisprudenciais e doutrinárias.

Após essa coleta de dados, passa-se a correlacioná-los, no intuito de traçar um descriptivo claro das semelhanças e dessemelhanças entre os procedimentos de execução extrajudicial em garantias imobiliárias. Há de se dizer aqui, que toda e qualquer pesquisa no âmbito das ciências humanas envolve, além de uma imprecisão inerente à sua natureza, uma mistura entre os métodos de pesquisa<sup>2</sup>. Assim, nesse ponto, a presente pesquisa se aproxima mais de um método de natureza explicativa, embora continue, como um todo, sendo eminentemente descriptiva. Nos dizeres de Antonio Carlos Gil:

Algumas pesquisas descriptivas vão além da simples identificação da existência e relações entre variáveis, e pretendem determinar a natureza dessa relação. Nesse caso, tem-se uma pesquisa descriptiva que se aproxima da explicativa. Há, porém, pesquisas que, embora definidas como descriptivas com base em seus objetivos, acabam servindo mais para proporcionar uma nova visão do problema, o que as aproxima das pesquisas exploratórias.<sup>3</sup>

Por fim, feita a correlação entre os dados, analisa-se as consequências jurídicas das ditas semelhanças e dessemelhanças entre os institutos, principalmente em seus impactos no julgamento do Recurso Extraordinário n. 627.106 e no Recurso Extraordinário n. 860.631, ambos já julgados, que serão objeto de análise aprofundada no capítulo final deste trabalho. A análise das consequências em muito é cara aos propósitos da presente pesquisa, e com ela não é incompatível, dado que, nos dizeres de Amado Cervo e Pedro Bervian, “*Os estudos descriptivos, assim como os exploratórios, favorecem, numa pesquisa mais ampla e completa, as tarefas da formulação clara do problema e da hipótese como tentativa de solução.*”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Vide Abdal, Alexandre; ALONSO, A. ; Lima, Márcia ; ALMEIDA, R. . **Métodos e técnicas de pesquisa em Ciências Sociais: bloco qualitativo.** 2017

<sup>3</sup> GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.42.

<sup>4</sup> CERVO, Amado L., BERVIAN, Pedro A. **Metodologia Científica.** 5. Ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

Além disso, o presente estudo limita-se à análise dos aspectos processuais das referidas execuções extrajudiciais decorrentes de garantias imobiliárias. Nesse sentido então, o recorte temático deixa de se aprofundar nos aspectos de direito material envolvidos nos contratos.

Isso não significa que o presente trabalho ignora as questões de direito material envolvidas, dado que o direito processual não se pode desvincular totalmente de seu correspondente material, mas o recorte metodológico está voltado para o procedimento das execuções extrajudiciais decorrentes de garantias imobiliárias.

## **2. JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO EXRAJUDICIAL**

### **2.1. JURISDIÇÃO, AUTOTUTELA E A CRISE DA JUSTIÇA**

Para entender o fenômeno da extrajudicialidade primeiramente devemos delinear o conceito de jurisdição. O conceito de jurisdição é definido pela doutrina tradicional como sendo a competência do Estado para substituir os titulares dos interesses em conflito, na posição de imparcialidade, e trazer uma solução para controvérsia no intuito da pacificação social<sup>5</sup>.

Cabe destacar também que, na visão tradicional, a jurisdição é *poder, função e atividade*. Poder aqui é entendido como a manifestação do poder estatal, a capacidade de decidir e impor as decisões sobre os indivíduos. Já o sentido de função é o da própria atividade estatal de pacificador de conflitos interindividuais. Por fim, *atividade* jurisdicional é o complexo de atos que o juiz exerce dentro do processo. Porém, cumpre destacar que essa doutrina entende que a atividade jurisdicional não é exclusiva do Poder Judiciário, mesmo que lhe seja típica<sup>6</sup>.

Com o advento das novas tendências do direito processual, há quem argumente, justificadamente, na insuficiência desse conceito de jurisdição. A título de exemplo, Luiz R. Wambier e Eduardo Talamini explicam, ao tratar da arbitragem:

Se o que se chama de "jurisdição" é uma das formas de expressão da soberania estatal, a arbitragem não é propriamente "jurisdição". Mas caso se empregue o vocábulo para enfatizar a função de solucionar conflitos mediante a intervenção de um terceiro, imparcial (não parte), ela pode aplicar-se à arbitragem. Por isso muitos autores, no Brasil e no exterior, afirmam o caráter jurisdicional da arbitragem<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149

<sup>6</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 2009, p. 153.

<sup>7</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 54.

Dessa forma, o conceito de jurisdição, contemporaneamente se distingue do conceito de judicialização. A arbitragem se mostra como manifestação da jurisdição ainda que desjudicializada. Porém, desjudicializar não significa, necessariamente, desestatizar. Nos dizeres de Flávia Pereira Ribeiro:

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 pelo 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<sup>8</sup>.

Ato contínuo, pode-se dizer que a resolução lícita de conflitos não consensuais fora do âmbito judicial é vista tradicionalmente como limitada e excepcional, sendo restrita às situações previstas em lei. A esse respeito cumpre tecer breves comentários acerca da autotutela.

Na impossibilidade de o Estado-juiz estar sempre presente quando um direito for violado e pela ausência de perspectiva de resolução pacífica desse conflito, o ordenamento prevê situações em que o indivíduo pode promover a tutela de seus próprios interesses em conflito<sup>9</sup>. Dessa forma, trata-se de uma ação direta daquele que possui seu direito violado, no sentido de sua imediata reparação para evitar que o dano se consume ou se agrave<sup>10</sup>.

Tendo como origem as formas primitivas de resolução de conflitos como a lei de talião, a doutrina tradicional costuma tratar a autotutela como “*uma forma precária de composição dos conflitos intersubjetivos*”<sup>11</sup> ou como uma forma de perpetrar a violência e favorecer o mais forte.

---

<sup>8</sup> RIBEIRO, Flavia Pereira. **Desjudicialização da Execução Civil**. Tese (Doutorado), 2012. p. 43.

<sup>9</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 35

<sup>10</sup> E. COUTURE. **Fundamentos del derecho precesal civil**. 3 Ed. Buenos Aires: Roque Depalma. 1958. p. 9.

<sup>11</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução Extrajudicial e o Devido Processo Legal**. São Paulo: Atlas, 2010. P. 11.

Em sentido contrário, a doutrina contemporânea busca ressignificar o conceito de autotutela, fugindo da tradicional visão de excepcionalidade do mesmo, decorrente exclusivamente da tipicidade e taxatividade dos atos previstos em lei. O paradigma para tal construção doutrinária é a possibilidade da autotutela contratual, portanto decorrente da via pactícia, estar diretamente ligada à autonomia privada. Cumpre destacar que já é previsto no ordenamento a possibilidade de estipulação de cláusulas contratuais para exercício da autotutela (cláusula resolutiva expressa), o que se discute é a expansão da figura para formas não previstas em lei.

Nos dizeres de Raquel Bellini de Oliveira Salles:

“A negação da relação entre autotutela e autonomia realmente não parece fundada. Isso porque, se aos sujeitos é permitido autoregular os seus interesses (autonomia), criando direito, faz sentido que também possam defender essa ordem por eles constituída, da mesma forma como têm o direito-dever de manter essa ordem estatal.”<sup>12</sup>

Porém, ambas vertentes não ignoram o problema do inadimplemento contratual. Ato contínuo, a eficácia para a resolução dos conflitos não envolve apenas a existência da tutela, mas sua eficiência, que se traduz em baixo dispêndio de dinheiro e tempo além da qualidade no resultado<sup>13</sup>.

O aumento da complexidade das relações em sociedade, aliado aos mecanismos facilitadores de acesso à justiça, o que é de todo uma conquista social, gerou, inevitavelmente, uma saturação do Poder Judiciário, que culminou no comprometimento da eficiência da tutela prestada por esse. Na mesma linha de raciocínio se manifestou Ada Pellegrini Grinover “A crise da justiça [...] com a sobrecarga dos tribunais, a morosidade do processo, a burocratização dos juízes, a complicação procedural, corresponde, na verdade, à denegação da justiça”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** 2011. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2011. P. 55.

<sup>13</sup> SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental.** 1 Ed. São Paulo: RT. 1998. p. 36 - 46

<sup>14</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo e sua evolução.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 93-96.

Essa crise da justiça impacta não somente as questões de direito, como a segurança jurídica ou o acesso à justiça, mas também questões mercadológicas, como a oferta de crédito. Cria-se então terreno propício para as soluções extrajudiciais de conflitos, como é o caso da mediação, da arbitragem e das execuções extrajudiciais, sendo a última o foco do presente estudo.

## 2.2. EXECUÇÃO E EXECUÇÃO EXRAJUDICIAL

Cumpre destacar, inicialmente, a definição de Execução trazida por C.R. DINAMARCO, que diz “executar é dar efetividade e execução é efetivação”<sup>15</sup>. A definição por si só não aborda todas as nuances do fenômeno executivo, inclusive possui, em certa medida, grande carga não jurídica. Mas ela já denota o teor prático do termo.

A. ASSIS, ao falar da função executiva desempenhada pela jurisdição, ilustra:

“Daí por que a função executiva opera no mundo dos fatos (trabalho de campo) e a estrutura, em que ela avulta, caracteriza-se por atos judiciais agressores da esfera jurídica do executado. Exata, a respeito, a célebre metáfora, segundo a qual “o processo” de conhecimento transforma o fato em direito, e o “processo” de execução traduz o direito em fatos.”<sup>16</sup>

As medidas executivas e a execução em geral, são condições essenciais para a efetividade do processo<sup>17</sup>. Dessa forma, o desenrolar do procedimento executivo transforma o direito material em fato da vida, trazendo ao processo uma utilidade às partes.

Para “transformar” o direito em fato da vida, dispõe o juiz de diversos mecanismos legais, ao ponto do Código de Processo Civil prever que incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação

---

<sup>15</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV.** 3 Ed. São Paulo: Malheiros. 2009

<sup>16</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 18 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

<sup>17</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição do Juiz na Execução Civil**. Coleção Liebman. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 34.

*pecuniária*<sup>18</sup>. Em sentido contrário, tal constatação não permite ao juiz atuar arbitrariamente na persecução do cumprimento da ordem judicial, a saber que o mesmo está adstrito aos princípios do direito como a equidade e a proporcionalidade.

Da análise doutrinária, verifica-se que os meios executivos em geral podem ser divididos entre os de natureza indireta e de natureza direta.

Os meios executivos de natureza indireta, podem também ser chamados de meios coercitivos, nos quais não há a efetiva sub-rogação operada pelo Poder Judiciário, mas um ato que induz o devedor a adimplir<sup>19</sup>. Esses atos, que possuem como exemplo mais típico a fixação de astreintes, possuem grande relevância prática na realização das obrigações, muito embora não possuam especial relevância ao presente estudo.

Já no que tange aos meios executivos diretos, chamados também de técnicas executivas sub-rogatórias, possuem relação direta com o tópico da execução extrajudicial<sup>20</sup>. Isso se dá pois o mecanismo sub-rogatório atua diretamente na esfera patrimonial do executado no sentido de privar-lhe do bem perseguido. O exemplo tradicional disso é a própria penhora de um bem do executado, que se opera independente da vontade do executado no sentido de satisfazer a pretensão do exequente.

Ao falar-se de procedimento executivo extrajudicial, fala-se em execução direta, diante da expropriação dos direitos patrimoniais do devedor sobre o bem dado em garantia da dívida. Importa notar, porém, que o “processo” de execução envolve não somente o exercício da função executiva, mas também da função cognitiva por parte do juiz, como nos mecanismos de defesa do executado. Dessa forma, na análise do conceito de Execução Extrajudicial, não se utiliza Execução no sentido de processo executivo, mas de atividade executiva.

---

<sup>18</sup> Art. 139, IV do Código de Processo Civil

<sup>19</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 18 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. Tit. 1 Cap. 2.

<sup>20</sup> Ibidem. Tit. 1 Cap. 2.

## 2.3. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para uma completa análise da adequação dos mecanismos executivos extrajudiciais, deve-se primeiro analisar as questões principiológicas envolvidas na discussão. Desse modo, como se verá adiante, as discussões envolvem, além da autotutela, os princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição.

O conceito tradicional de princípio, amplamente debatido pela doutrina e jurisprudência, é o de que são normas que fundamentam todo um sistema de direitos, sejam eles materiais ou processuais. De acordo com José Afonso da Silva, os princípios são “[...] normas elementares ou requisitos primordiais instituídos com base, como alicerce de alguma coisa, revelando o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica”<sup>21</sup>.

Pois bem, tal visão não está imune a críticas, observa-se, por exemplo, o conceito de princípio trazido pela teoria de Robert Alexy que se distingue drasticamente da supracitada. Nela o conceito de princípio seria de uma norma que admite um grau de realização a depender do caso concreto, ao contrário das regras que expressam deveres e direitos que não admitem sopesamento, mas única e exclusivamente a sua aplicação ou seu afastamento<sup>22</sup>.

Destaca-se que a existência de princípios inerentes à ciência processual é um dos fundamentos que dá azo à existência de uma ciência autônoma do processo<sup>23</sup>.

O denominado “método constitucionalista” visa estudar a relação estabelecida entre a Constituição Federal e as normas processuais. Dessa forma, não se trata de um ramo do direito processual, como há com o direito processual civil ou penal, mas de uma tutela diferenciada sobre o processo como um todo. Essa tutela dita os padrões políticos para a condução processual através

---

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P.447.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91

<sup>23</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

dos princípios e garantias constitucionalmente entabulados<sup>24</sup>. Cumpre mencionar ainda que, dada a larga gama de princípios, é comum que esses entrem em conflito na análise fática da questão. A solução doutrinária para esse conflito, já consagrada no ordenamento, é a da ponderação desses princípios<sup>25</sup>.

Em contraposição a esse direito processual constitucional, que seria essa reunião de princípios e garantias que fundamentam o ordenamento processual, há também a existência de um direito constitucional processual, que envolveriam os mecanismos processuais que se encontram na constituição, como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus e afins<sup>26</sup>. Porém, como já explicado, o presente trabalho se limitará à análise dos princípios constitucionais inseridos diretamente na discussão acerca dos procedimentos executivos extrajudiciais decorrentes de garantia imobiliária.

## 2.4. DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso LIV, dispõe expressamente: “[...]LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]”. Porém, essa não é sua única manifestação em nosso ordenamento. Conforme dito anteriormente, os princípios constitucionais servem como elemento basilar do ordenamento jurídico, e fornecem as diretrizes políticas para posterior formulação legislativa<sup>27</sup>.

Dada a origem anglo-saxã do princípio, é também conhecido como *due process of law* e consubstancia em postulado fundamental toda a ideia de legalidade no processo<sup>28</sup>. É, entre outras,

---

<sup>24</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil.** 2 Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>25</sup> Art 8º e 489 § 2º do Código de Processo Civil.

<sup>26</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição.** 12 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 54.

<sup>27</sup> Conforme restará demonstrado adiante, um dos exemplos dessa manifestação infraconstitucional do princípio do devido processo legal é o consignado nos Arts. 7º e 8º do Código de Processo Civil.

<sup>28</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** 5 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 32.

uma manifestação da limitação constitucional ao poder e é uma imposição pelo próprio Estado para preservar os valores democráticos<sup>29</sup>.

É uma espécie de princípio de natureza organizacional, tendo como principal mote vedar o abuso do poder Estatal, vinculando a privação da liberdade e de bens aos preceitos da legalidade e do controle jurisdicional<sup>30</sup>.

Além disso, a doutrina aponta como sendo o princípio base para todo o ordenamento processual, fundamentando todos os outros dispositivos e regras no ordenamento processual. Nos dizeres de Nelson Nery Júnior:

[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do due process of law para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies<sup>31</sup>.

Dessa forma, não apenas é princípio processual constitucional, mas também fundamento de validade dos outros princípios processuais.

## 2.5. INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIAL

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está consignado no artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal, que dispõe: “[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”<sup>32</sup>. Tal preceito carrega a ideia de universalidade

---

<sup>29</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 2 Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 74.

<sup>30</sup> Ibidem. p. 75.

<sup>31</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição**. 12 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 106.

<sup>32</sup> Art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

de proteção pelo Poder Judiciário. Sendo assim, não se admitem limitações objetivas ou subjetivas do acesso à jurisdição<sup>33</sup>.

Tradicionalmente o instituto era visto como o simples acesso à jurisdição, uma garantia constitucional da ação. Atualmente o seu sentido foi expandido, além de uma garantia da ação, a instrumentalidade dessa pressupõe também a outorga de uma tutela efetiva, adequada e tempestiva<sup>34</sup>.

Dessa forma, passa então à análise dogmática acerca dos institutos envolvidos nos procedimentos de execução extrajudicial decorrentes de garantia imobiliária.

---

<sup>33</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 31.

<sup>34</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 2 Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 54-55.

### **3. EXECUÇÕES EXRAJUDICIAIS PARA REALIZAÇÃO DA GARANTIA IMOBILIÁRIA**

#### **3.1. DO CRÉDITO HIPOTECÁRIO**

##### **3.1.1. ASPECTOS DE DIREITO MATERIAL**

A garantia hipotecária é direito real sobre coisa alheia regulado principalmente nos artigos 1.419 a 1.430 e 1.473 a 1.487 do Código Civil. Trata-se de garantia que institui um direito real do credor sobre o bem gravado, sujeitando-o ao pagamento da dívida, sem que a efetiva posse do mesmo seja executada do devedor ou de seu futuro proprietário.

Ressalta-se aqui que a posse, em sentido contrário ao que ocorre em outras formas de garantia real, se mantém com o devedor, aquele que dá o bem em garantia<sup>35</sup>. Tal fato possui consequências relevantes para o presente trabalho, dado que é um dos pontos em que a hipoteca mais se distancia da alienação fiduciária, pois na segunda há a transferência da posse indireta do bem<sup>36</sup>.

É de se notar ainda, que a hipoteca é, em si, um direito real sobre o valor da coisa alheia, e não sobre a coisa em si<sup>37</sup>. Isso fica claro, ao notar que o Código Civil indica a possibilidade de constituição de diversas hipotecas sobre um mesmo bem<sup>38</sup>, desde que limitadas ao valor desse. Um dos impactos dessa vinculação do direito à coisa, é o dito *direito de sequela* que determina que,

---

<sup>35</sup> “Levando-se em conta a titularidade da posse do bem dado em garantia, afirma-se que, no penhor e na anticrese, a coisa deve ser entregue ao credor, que passa a ser seu possuidor direto. Na hipoteca, conserva-se em poder do devedor, ou de quem o dá em garantia, não ocorrendo o deslocamento da posse”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas**. 13. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. p. 265

<sup>36</sup> “Em regra, com a constituição da propriedade fiduciária ou da titularidade fiduciária desdobra-se a posse, ficando o devedor com a posse direta e o credor com a posse indireta do bem objeto da garantia”. CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: negócio fiduciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 162.

<sup>37</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. IV**. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>38</sup> Art. 1.476 do Código Civil de 2002.

independente da atual titularidade do bem, esse ainda está vinculado ao cumprimento da obrigação garantida, e que há preferência no concurso de credores<sup>39</sup><sup>40</sup>.

Para caracterizar a hipoteca é necessário o cumprimento de requisitos de natureza *objetiva*, *subjetiva* e *formal*<sup>41</sup>. Naturalmente que há um requisito anterior à constituição da dívida, qual seja o negócio jurídico garantido, dada a natureza acessória da hipoteca, porém se trata de um pressuposto de existência, não há como garantir algo que não existe<sup>42</sup>.

A lei especifica *objetivamente* a quais bens está restrita a garantia hipotecária. Podem ser objeto de hipoteca os bens imóveis e os acessórios conjuntamente com eles<sup>43</sup>, bem como alguns bens móveis elencados no referido art. 1.473 e em legislações esparsas.

Porém, para os objetivos da presente pesquisa restringe-se a análise das hipotecas de bens imóveis. Veja-se o art. 29 do Decreto-Lei 70/66 prevê que somente estão sujeitos ao regime da execução extrajudicial as garantias hipotecárias a que se referem os artigos 9º e 10 da mesma Lei. Os dispositivos limitam a aplicação do procedimento executivo extrajudicial aos casos das hipotecas compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação, as de que sejam credores instituições financeiras em geral e companhias de seguro e as hipotecas em geral, desde que a cédula tenha sido originariamente emitida em favor das pessoas jurídicas já mencionadas<sup>44</sup><sup>45</sup>.

Já no tocante a quem pode constituir uma hipoteca, aspecto de natureza *subjetiva*, primeiramente temos que é aquele que possui capacidade jurídica. Mas os requisitos subjetivos não se limitam à capacidade jurídica, dado que a hipoteca em si é uma espécie de alienação de uma

---

<sup>39</sup> Art. 1.419 do Código Civil de 2002.

<sup>40</sup> BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.p.111

<sup>41</sup> Divisão didática emprestada do autor Caio Mario da Silva Pereira. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. IV**. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017)

<sup>42</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. IV**. 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 333

<sup>43</sup> Art. 1.473, I do Código Civil de 2002

<sup>44</sup> Art. 10 Decreto-lei 70/66

<sup>45</sup> O Decreto-lei 70/66 também restringe o procedimento executivo extrajudicial aos casos que envolvam contratos de mútuo com garantia hipotecária, exceto os que envolvam operações de crédito rural. Art 9º do Decreto-lei 70/66.

parte do valor do bem. Sendo assim, o Código Civil preceitua que só pode hipotecar, aquele que pode alienar<sup>46</sup>.

Além dos requisitos acima mencionados, temos os de natureza *formal*, que são especialmente caros ao presente estudo. A hipoteca, por ser um direito real sobre coisa alheia, possui a formalidade como um dos pilares para sua constituição. Os aspectos formais, além de serem imprescindíveis para a garantia da segurança jurídica e da existência do direito, possuem consequências marcantes quando se trata do ponto seguinte deste trabalho, a execução extrajudicial. Como já dito, trata-se de situação especialíssima no ordenamento jurídico e seu regramento é rígido no intuito de evitar abusos.

O primeiro requisito é a existência de um título. A existência do título, independente se se tratar de hipoteca convencional ou legal, pressupõe um documento ou um instrumento que materialize a manifestação de vontade do devedor<sup>47</sup>. Mas o título por si não constitui a hipoteca, sendo imperioso seu posterior registo. No ato de constituição do título, podem as partes autorizar a constituição de uma cédula de crédito hipotecário<sup>48</sup> que é título hábil para representação do crédito hipotecário<sup>49</sup>.

A hipoteca também deve ser específica, devendo, nos instrumentos e atos, ser caracterizada tanto a dívida garantida, como o bem sob o qual incide o ônus. E, além de específica, a hipoteca deve ser registrada perante o competente Cartório de Registro de Imóveis. Tal fato, como já salientado, é imperativo para constituição de um direito real, oponível contra terceiros. É de se ressaltar ainda, que há, antes da inscrição, um direito de natureza obrigacional, que vincula somente as partes.

### **3.1.2. DA EXECUÇÃO DO CRÉDITO HIPOTECÁRIO**

---

<sup>46</sup> Art. 1.420 do Código Civil de 2002

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. IV.** 25. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 339

<sup>48</sup> Art. 1.486 do Código Civil de 2002

<sup>49</sup> Art. 10 do Decreto-lei 70/66

Com o advento do Decreto-Lei 70/66, foi conferido ao credor hipotecário, nas hipóteses supracitadas, a faculdade de, além de gerar uma cédula de crédito hipotecário, optar pelo regime da execução extrajudicial, caso inadimplida a obrigação. Trata-se de institutos criados pelo legislador no intuito de empregar maior confiabilidade às garantias hipotecárias geradas no Sistema Financeiro de Habitação, além de, ao mesmo tempo, aumentar as chances de adimplemento.

Particularmente, a referida lei, em seu artigo 29, dispõe que a forma de execução das garantias hipotecárias pode seguir dois caminhos distintos, tanto a via judicial, como a via extrajudicial. Assim, vencida e não paga a dívida contraída nesse regime, é facultado ao credor optar pelo regime dos artigos 298 e 301 do Código de Processo Civil de 1939, ou optar pelo procedimento extrajudicial, regulado nos artigos 31 ao 41 do próprio Decreto-Lei 70/66. Tal é a interpretação direta do artigo 29, porém, facultada a via judicial, essa pode ser tanto pelo procedimento especial, regulado pela lei 5.741/71, como pelo procedimento geral regulado pelo Código de Processo Civil<sup>50</sup>.

Dessa forma então, facilita ao credor escolher uma das três vias executivas: (i) Execução judicial pelo rito do Código de Processo Civil, (ii) Execução judicial pelo rito especial da Lei 5.714/71 ou (iii) Execução extrajudicial regulada pelo Decreto-Lei 70/66.

O rito comum do Código de Processo Civil a que se refere o Decreto-Lei 70/66 está consignado nos artigos 298 a 301 do Código de 1939, vigente à época de promulgação do decreto-lei. Os artigos regulam as “Ações Executivas”, que seriam as antigas ações de execução. Independentemente da recepção das “Ações Executivas” pelo Código de Processo Civil de 1973, há de se dizer que o procedimento em muito se assemelha ao da atual Execução de Título Extrajudicial, razão pela qual pouco se questiona, atualmente, a recepção desse artigo pelo Código de Processo Civil de 2015.

---

<sup>50</sup> Cumpre destacar aqui que posteriormente ao Decreto-Lei 70/66 foi criado um procedimento especial para a referida execução judicial, regulada pela Lei nº 5.741, de 1 de dezembro de 1971, a dita Lei de Buzait. Houve então, com o advento do Código de Processo Civil de 1973 uma controvérsia envolvendo a recepção ou não desse procedimento especial, que, de certa forma, foi mitigado com o novo Código de Processo Civil de 2015, dado que o procedimento em muito se assemelha com o das Execuções de Títulos Extrajudiciais.

É de se ressaltar ainda, que o Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade de Execução de Título Extrajudicial baseada na dívida hipotecária<sup>51</sup>.

No que tange ao rito especial trazido pela Lei 5.714/71, esse está limitado às hipotecas que garantem os financiamentos habitacionais contraídos no regime do Sistema Financeiro de Habitação<sup>52</sup>. Além disso, o procedimento dessa lei somente se aplica para os casos em que não houver pagamento pelo devedor das parcelas vencidas<sup>53</sup>. E mais, a Lei 8.004/90, em seu artigo 21, estabelece que não apenas o inadimplemento das parcelas serve à execução do procedimento em análise, mas se deve verificar o atraso de pagamento de três ou mais prestações do contrato<sup>54</sup>.

Dessa forma, todas as outras relações estabelecidas na operação econômica do financiamento habitacional ficam sujeitas ao procedimento comum, pode-se citar a título de exemplo a promessa de venda do imóvel hipotecado a terceiro sem o consentimento do credor<sup>55</sup> ou a falta de conservação do bem<sup>56</sup>.

Por fim, optando pelo procedimento executivo extrajudicial, o credor hipotecário deverá dirigir-se ao *agente fiduciário* e solicitar a execução da dívida, instruindo-a com seu título devidamente registrado<sup>57</sup>, com a discriminação precisa dos valores inadimplidos<sup>58</sup>, um demonstrativo detalhado do saldo devido<sup>59</sup> e uma cópia dos comprovantes de cobrança<sup>60</sup>.

É de se ressaltar ainda que o referido procedimento executivo pode permanecer suspenso cautelarmente em decorrência de controvérsia acerca do débito ou discussão fundada em jurisprudência de Tribunal Superior<sup>61</sup>. Nesse mesmo passo, a possibilidade de negativação do

---

<sup>51</sup> Art. 784, V do Código de Processo Civil.

<sup>52</sup> Art. 1º da Lei 5.714/71.

<sup>53</sup> Art. 10 da Lei 5.714/71

<sup>54</sup> Art. 21 da Lei 5.714/71

<sup>55</sup> Art. 1º, parágrafo único e art. 3º, § 3º da Lei 8.004/1990

<sup>56</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 18 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

<sup>57</sup> Art. 31, I do Decreto-Lei 70/66

<sup>58</sup> Art. 31, II do Decreto-Lei 70/66

<sup>59</sup> Art. 31, III do Decreto-Lei 70/66

<sup>60</sup> Art. 31, IV. Cumpre destacar o disposto no artigo 21 da Lei 8.004/90, que determina que somente são executáveis as dívidas vencidas e não pagas após 3 meses de inadimplemento.

<sup>61</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 18 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

devedor durante o procedimento, embora seja pressuposto do inadimplemento e um direito do credor, pode ser também suspensa por controle judicial a posteriori.<sup>62</sup> ==

### 3.1.2.1. DO AGENTE FIDUCIÁRIO

O Decreto-Lei 70/66, como ocorre em todos os procedimentos executivos extrajudiciais, determina a escolha de uma figura a qual será competente para a realização dos atos formais exigidos no procedimento executivo. Essa figura, chamada genericamente de “agente de execução” pela doutrina, deve cumprir os requisitos da lei para fazer jus ao cargo e cumpri-lo com a devida probidade e imparcialidade<sup>63</sup>.

Chamado pela lei de *agente fiduciário*, esse agente de execução pode ser: (i) o Banco Nacional de Habitação<sup>64</sup> ou (ii) as demais instituições financeiras, incluídas as sociedades de crédito imobiliário, credenciadas pelo Banco Central, nas condições traçadas pelo Conselho Monetário Nacional<sup>65</sup>.

O agente fiduciário competente para o procedimento é, em tese escolhido pelas partes no ato de contratação da garantia hipotecária<sup>66</sup>, e, caso não o tivessem feito, caberia ao próprio Banco Nacional de Habitação ocupar a referida posição. Porém, com a extinção do referido órgão, assentou-se o entendimento pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que, nesse caso, é possível a escolha unilateral do agente fiduciário<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 18 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

<sup>63</sup> “Cumpre ao credor ou ao agente fiduciário, ou, ainda, à comissão de representantes do condomínio, para evitar lesão ou ameaça de lesão de direito, agir com rigor ético e com observância dos requisitos legais, de modo a não causar lesão a direito do devedor, para que se alcance o ponto de equilíbrio entre a função social do crédito e a garantia dos direitos individuais do devedor”. CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: negócio fiduciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 295.

<sup>64</sup> Art. 30, I do Decreto-Lei 70/66. Vale mencionar que o referido Banco Nacional de Habitação foi extinto por força do Decreto-lei 2.291/86, restando apenas os casos do inciso 2º

<sup>65</sup> Art. 30, II do Decreto-Lei 70/66

<sup>66</sup> Art. 30, § 2º do Decreto-Lei 70/66

<sup>67</sup> Vide Informativo nº 0468 do Supremo Tribunal de Justiça, bem como Súmula 586 do mesmo Tribunal.

No caso de não haver disposição contratual e nem consenso entre credor e devedor acerca da indicação, poderá o juiz competente nomear o agente fiduciário adequado para resolução da demanda<sup>68</sup>.

Além disso, como forma de garantir maior imparcialidade ao agente de execução, o referido Decreto-Lei 70/66 vedou qualquer relação societária desse com os credores ou devedores<sup>69</sup>. Também determinou a responsabilização civil do agente<sup>70</sup>, sem prejuízo para a responsabilidade penal ou administrativa.

Por fim restou facultado às partes, em consenso, substituir o agente fiduciário se houverem fundadas razões que põe em dúvida a idoneidade e a imparcialidade dele, ou, caso não haja consenso, requerer em juízo a substituição desse<sup>71</sup>.

### **3.1.2.2. DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO**

Acionado o agente fiduciário, o referido Decreto-Lei 70/66 dispõe sobre o procedimento extrajudicial a ser seguido.

Primeiramente, deve o agente, no prazo de 10 dias, notificar o devedor, por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, para saldar os débitos vencidos e não pagos no prazo de 20 dias<sup>72</sup>.

Estando o devedor em lugar incerto ou não sabido, o Decreto-lei 70/66 prevê a possibilidade, mediante certificação do fato pelo Oficial do Registro de Títulos e Documentos, da citação editalícia, desde que feito por três dias seguidos nos jornais de maior circulação local, ou noutro de comarca de fácil acesso<sup>73</sup>. Aqui cabe menção ao entendimento do Superior Tribunal de

---

<sup>68</sup> Art. 41 do Decreto-Lei 70/66

<sup>69</sup> Art. 30, § 3º do Decreto-Lei 70/66

<sup>70</sup> Art. 40 do Decreto-Lei 70/66

<sup>71</sup> Art. 41 caput e § 1º do Decreto-Lei 70/66

<sup>72</sup> Art. 31, § 1º do Decreto-Lei 70/66

<sup>73</sup> Art. 31, § 2º do Decreto-Lei 70/66

Justiça a esse respeito, dado que não pacífico, mas majoritariamente no sentido de ser ilegítima a citação por edital no procedimento executivo extrajudicial<sup>74</sup>. No ato de notificação, deve acompanhar com esta um demonstrativo discriminado do débito a exemplo do que ocorre na execução judicial propriamente dita.

Decorridos os 20 dias após a notificação, segue-se ao leilão extrajudicial, que deve ser feito de forma pública e por leiloeiro devidamente habilitado<sup>75</sup>, precedido de notificação dos devedores da ocorrência desse<sup>76</sup>.

O Decreto-Lei 70/66 prevê a possibilidade de duas praças para o leilão, procedendo-se à segunda apenas se infrutífera a primeira. O primeiro leilão deve ser realizado nos imediatos 15 dias após esgotado o prazo para purgar a mora<sup>77</sup>, com valor mínimo estipulado pela soma do valor da dívida com as despesas<sup>78</sup>.

Infrutífera a primeira tentativa de alienação do imóvel através de leilão, deve-se proceder à segunda praça nos 15 dias subsequentes<sup>79</sup>, no qual será aceito valor inferior à soma supracitada, procedendo-se inicialmente à quitação das despesas para posteriormente destinar o saldo remanescente ao credor que possuirá o direito de requerer o restante da dívida pela via judicial<sup>80</sup>.

Mesmo após o prazo para purgação da mora, facilita ao devedor purgá-la até o ato de lavratura do auto de arrematação, acrescido de encargos e despesas<sup>82</sup>.

---

<sup>74</sup> Na controvérsia encontram-se julgados a favor da citação editalícia, como é o caso do Agravo Regimental no REsp 804.842/SC, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 09/06/2009, e contra a citação por edital, como é o caso do REsp 636.848/AL, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 17/10/2006.

<sup>75</sup> A necessária habilitação do leiloeiro advém da interpretação da Lei 21.981/32, que regulamenta a profissão do leiloeiro.

<sup>76</sup> A necessidade de notificação dos devedores sobre a existência do leilão não consta expressamente no Decreto-Lei 70/66, porém é entendimento sedimentado na jurisprudência, vide Agravo Regimental no REsp 719.998/RN, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 19.3.2007.

<sup>77</sup> Art. 32, caput do Decreto-Lei 70/66

<sup>78</sup> Art. 32, § 1º do Decreto-Lei 70/66

<sup>79</sup> Art. 32, § 1º do Decreto-Lei 70/66

<sup>80</sup> Art. 32, § 2º do Decreto-Lei 70/66

<sup>81</sup> Cabe aqui menção à controvérsia envolvendo a o valor de arrematação nessa modalidade de leilão extrajudicial, dado que, em conformidade com o disposto no Decreto-Lei 70/66, dispensa avaliação do imóvel, dado que o referido diploma legal buscou agregar ao procedimento maior celeridade possível. Porém não é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Federal sobre a legalidade de tal previsão.

<sup>82</sup> Art. 34 do Decreto-Lei 70/66

Exitoso o leilão, lavra-se o auto de arrematação nos termos do artigo 37 do Decreto-Lei 70/66, que servirá como título de transferência de domínio<sup>83</sup>, hábil para ser registrado no competente Cartório de Registro de Imóveis. Caso o devedor persista na posse, incumbe ao judiciário o uso da força física para retirá-lo da posse e conceder ao novo titular a posse do bem<sup>84</sup>.

Os valores decorrentes da alienação em leilão devem ser recebidos pelo agente fiduciário, que, descontada sua parte<sup>85</sup>, procederá ao encaminhamento dos valores devidos ao credor, e ao devedor os valores remanescentes<sup>86</sup>.

## **3.2. DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS**

### **3.2.1. ASPECTOS DE DIREITO MATERIAL**

Disciplinada pela Lei 9.514/97, a Alienação Fiduciária de Bens Imóveis apresentou, principalmente com as alterações legislativas posteriores, nova alternativa ao credor imobiliário, regulando, igualmente ao caso das garantias hipotecárias do Sistema Financeiro de Habitação, um procedimento de execução extrajudicial no caso de inadimplemento do devedor.

De início importa notar que o referido instituto não é exclusivo da lei em comento, a inovação trazida por essa diz respeito apenas à sua aplicabilidade aos bens imóveis. Já determina o Código Civil de 2002 que “*Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor*”<sup>87</sup>.

Nesse sentido, trata-se da “[...] transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a

---

<sup>83</sup> Art. 37 do Decreto-Lei 70/66

<sup>84</sup> Art. 37, § 2º e § 3º do Decreto-Lei 70/66

<sup>85</sup> Art. 35 do Decreto-Lei 70/66

<sup>86</sup> Art. 32, § 3º do Decreto-Lei 70/66

<sup>87</sup> Art. 1.361 do Código Civil de 2002

*que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida*<sup>88</sup>. O mesmo conceito geral aplica-se, por analogia à Alienação fiduciária de bens imóveis disciplinada na Lei 9.514/97<sup>89</sup>, veja-se, em seu artigo 22 dispõe “A alienação fiduciária regulada por esta Lei 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.”<sup>90</sup>.

Antes de adentrar ao regime da execução extrajudicial no âmbito desses contratos de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, cumpre destacar o contexto sob o qual o referido instituto foi trazido ao ordenamento jurídico brasileiro.

Com a promulgação da Lei 9.514/97, estabeleceu-se, além do procedimento aqui estudado, o Sistema Financeiro Imobiliário que, em contraposição ao Sistema Financeiro de Habitação trazido em conjunto com a garantia hipotecária, expandiu as possibilidades de captação de recursos para o mercado imobiliário baseando-se na *securitização de créditos imobiliários*<sup>91</sup> e na emissão de *Certificados de Recebíveis Imobiliários*<sup>92</sup> (CRI's)

Nesse sentido Umberto Bara Bresolin explica:

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.

---

<sup>88</sup> Caio Mario da Silva Pereira. **Instituições de direito civil**, 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003. p.426

<sup>89</sup> É de se ressaltar que a Legislação concernente à Alienação Fiduciária em si é deveras esparsa, há, no Código Civil de 2002 a regulação desse contrato quando se trata de bem móvel infungível em que o credor fiduciário não é instituição financeira. Por outro lado, caso de tratado de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, o regramento legal advém da Lei 9.514/97, que também regula a Propriedade Fiduciária de Créditos como lastro de operação de securitização de dívidas do Sistema Financeiro Imobiliário. Caso se trate de bens móveis fungíveis e infungíveis em que o credor fiduciário é instituição financeira, a tratativa legal advém da Lei 4.728/65. E o mesmo ocorre com a Lei 6.404/79, que disciplina a propriedade fiduciária sobre ações.

<sup>90</sup> Art. 22 da Lei 9.514/97.

<sup>91</sup> Art. 8º da Lei 9.514/97

<sup>92</sup> Art. 6º e 7º da Lei 9.514/97

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 passado<sup>93</sup>.

Com a nova forma de financiamento, restou ao legislador buscar nova forma de empregar maior confiabilidade ao financiamento imobiliário, bem como assegurar que aumentem as chances efetivas de adimplemento, situação essa que ensejou a criação do procedimento executivo extrajudicial disciplinado na mesma Lei 9.514/97 nos artigos 26 ao 33.

### **3.2.2. DA EXECUÇÃO EXRAJUDICIAL DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

Sendo assim, vencida e não paga a dívida, faculta ao credor iniciar o procedimento executivo extrajudicial ou judicial, inobstante a referida lei não fazer menção expressa à possibilidade da segunda. Tal entendimento é corrente na doutrina e conforme os preceitos constitucionais do acesso à justiça, como sustenta, por exemplo, Umberto Bara Bresolin:

Daí entender a doutrina ser faculdade do credor, se assim desejar, optar por perseguir judicialmente a satisfação de seu crédito, 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.<sup>94</sup>

Optando-se pelo procedimento executivo extrajudicial, em regra mais célere que o judicial, o credor fiduciário, inadimplida a obrigação e não purgada a mora, já com a propriedade consolidada em seu nome, deverá requerer ao oficial Registro de Imóveis competente que intime o devedor fiduciante a satisfazer, no prazo de 15 dias, os débitos pendentes<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.p.130

<sup>94</sup> Ibidem, p.143.

<sup>95</sup> Art. 25, § 1º da Lei 9.514/97

### **3.2.2.1. PAPEL DO CARTÓRIO DE IMÓVEIS**

Como visto na ocasião da hipoteca, o agente de execução é figura que coordena e realiza os atos executivos no procedimento extrajudicial. Naquele caso, os atos eram praticados majoritariamente pelo *agente fiduciário*, ao passo que no caso da Alienação Fiduciária de Bens Imóveis os atos são majoritariamente praticados pelo Oficial do Registro de Imóveis competente. Nesse sentido então, também cumpre ressaltar que não há uma escolha do agente de execução, mas uma comunicação a este de que a obrigação foi inadimplida e a mora não purgada.

O ofício do agente de execução, nesse caso, inicia-se já com o registro do Contrato de Alienação Fiduciária do bem imóvel, dado que compete a esse o controle da legalidade do contrato, verificando seus aspectos extrínsecos<sup>96</sup>, sob pena de negar o registro e não constituir a referida alienação<sup>97</sup>.

O Oficial de Registro de Imóveis é fiscalizado pelo Poder Judiciário, além de poder, eventualmente, ser responsabilizado civilmente por seus atos, sem prejuízo para a responsabilização administrativa e penal<sup>98</sup>.

### **3.2.2.2. DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO EXRAJUDICIAL**

Verificado o inadimplemento e não purgada a mora nos 15 dias da “intimação” pelo Oficial de Registro de Imóveis, torna-se lícito iniciar o procedimento executivo propriamente dito, através dos leilões públicos realizados em duas praças distintas, devendo a primeira ser realizada nos 30 dias subsequentes ao registro da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Art. 24 da Lei 9.514/97

<sup>97</sup> Art. 23 da Lei 9.514/97

<sup>98</sup> Inobstante não constar expressamente na Lei 9.514/97, a responsabilização do Oficial Registro de Imóveis e seu controle pelo Poder judiciário derivam da Lei 8.935/94, a dito Lei do Cartório. Vide arts. 22 a 24, 31, 37 e 38 da mesma lei.

<sup>99</sup> Art. 27 da Lei 9.514/97

No caso de o devedor fiduciante não for encontrado por estar em local incerto, ignorado ou inacessível, tal fato, após certificação pelo agente de execução, permite que se proceda à citação por edital, nos mesmos termos do Decreto-Lei 70/66<sup>100</sup>.

Durante o primeiro leilão, admite-se apenas o lance mínimo correspondente ao valor do imóvel previamente definido contratualmente, somado aos reajustes dispostos no mesmo contrato<sup>101</sup>. Não atingido esse valor, será realizado segundo leilão nos quinze dias seguintes, nesse o valor mínimo estando adstrito ao valor da dívida somado ao das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais<sup>102</sup>.

Com as alterações à Lei 9.514/97, trazidas pela Lei 13.465/2017, incluiu-se os parágrafos §2º-A e §2º-B, que preveem expressamente a necessidade de comunicação ao devedor da realização do leilão e a possibilidade do credor fiduciário, com seu crédito, arrematar o bem levado a leilão, inclusive com direito de preferência.

Arrematado o bem imóvel em leilão em valor superior ao da soma da dívida e das despesas, surge a pretensão do devedor ao recebimento da importância que sobejar, no prazo de 5 dias subsequentes à venda do imóvel<sup>103</sup>.

Caso não seja arrematado, o bem imóvel durante o procedimento, o entendimento doutrinário é o de que a propriedade, já consolidada no patrimônio do credor, passará a ser definitiva<sup>104</sup>, tendo ele o direito de requerer a imissão na posse nos termos do artigo 30 da Lei 9.514/97.

---

<sup>100</sup> Art. 26, § 4º da Lei 9.514/97. Nesse ponto persiste a mesma controvérsia jurisprudencial supracitada, sobre a possibilidade de notificação editalícia do devedor no procedimento executivo extrajudicial.

<sup>101</sup> Art. 27, § 1º da Lei 9.514/97

<sup>102</sup> Art. 27, § 2º da Lei 9.514/97

<sup>103</sup> Art. 27, § 4º da Lei 9.514/97

<sup>104</sup> Nesse sentido veja-se P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO, **Propriedade fiduciária imóvel**, 2009, p.175.

## **4. DA CONSTITUCIONALIDADE DAS EXECUÇÕES EXRAJUDICIAIS**

A constitucionalidade das execuções extrajudiciais de garantia imobiliária não é questão recente na doutrina. Desde a promulgação do Decreto-lei 70/66, a jurisprudência e a doutrina se debruçam sobre a matéria a fim de entender a relação dos procedimentos com o restante do ordenamento.

Inobstante a existência de duas constituições diferentes durante a existência dessa modalidade de execução, cumpre ressaltar que aqui não se vislumbra relevantes diferenças de tratamento legal da matéria em discussão. O principal motivo para tanto é que um dos principais pontos da controvérsia envolve o devido processo legal, consagrado tanto no art. 153 § 2º da Constituição de 1967<sup>105</sup>, como no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, torna-se relevante a ponderação dos argumentos trazidos à baila anteriormente a 1988. Ainda sim, a análise da constitucionalidade aqui empregada é com relação à Carta Magna em vigor, qual seja a Constituição Federal 1988.

### **4.1. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL**

Para fins da análise do entendimento jurisprudencial no decorrer do tempo, adota-se aqui como parâmetro distintivo o julgamento do RE 223.075. Ressalta-se ainda, que recentemente foi reconhecida a repercussão geral do RE 627.106 e do RE 860.631.

O RE 223.075 foi julgado na data de 23/06/1998, e reflete, de certa forma, o entendimento da jurisprudência do período<sup>106</sup>. Até seu julgamento, os tribunais discutiram a matéria de maneira incidental, mas ainda sim relativamente uniformizada.

---

<sup>105</sup> Alterada pela Emenda Constitucional nº 1/69.

<sup>106</sup> É de se notar que, por óbvio, a jurisprudência não era totalmente pacífica. Ressalta-se como posicionamento desfavorável a constitucionalidade do procedimento executivo extrajudicial do Decreto-Lei 70/66 a Súmula 39 do Extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

Desses tribunais, destaca-se o extinto Tribunal Federal de Recursos, que decidiu inúmeras vezes pela constitucionalidade do procedimento<sup>107</sup>. O entendimento, como dito apreciado incidentalmente, permeava a ideia da constitucionalidade com base no controle judicial do procedimento, que pode ser a qualquer instante acionado. Digno de nota é o entendimento no sentido de que o SFH necessitava de liquidez, que só seria garantida através do controle judicial a posteriori, ressaltando que o papel do agente fiduciário é apenas uma função administrativa<sup>108</sup>.

O julgado paradigma do Supremo Tribunal Federal, como dito acima, é o do Recurso Extraordinário nº 223.075, assim ementado:

EMENTA: 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. Recurso conhecido e provido.<sup>109</sup>

Como se denota da ementa, novamente o controle judicial a posteriori é fundamento para afastar a inconstitucionalidade do procedimento. Na fundamentação, ainda que reconhecendo uma inversão de prioridades decorrentes da segurança da garantia e a necessidade da liquidez dos créditos compreendidos no SFH, o Ministro Relator Ilmar Galvão entendeu pela constitucionalidade do procedimento e pela conformidade do controle judicial a posteriori com o devido processo legal. Cumpre notar que nesse momento a análise já não se restringe mais ao procedimento do Decreto-Lei 70/66, tendo menção expressa ao procedimento da Lei 9.514/97.

---

<sup>107</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução Extrajudicial e o Devido Processo Legal**. São Paulo: Atlas, 2010. P. 100.

<sup>108</sup> TFR - 2ª Turma – Apelação em Mandado de Segurança nº 77.152-SP – Rel. Min. Décio Miranda – j. 5.3.1976

<sup>109</sup> RE 223075, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 23/06/1998, DJ 06-11-1998 PP-00022 EMENT VOL-01930-08 PP-01682 RTJ VOL-00175-02 PP-00800

Após o julgamento do RE 223.075, a jurisprudência se estabilizou, utilizando esse como paradigma para o entendimento acerca da constitucionalidade dos procedimentos executivos extrajudiciais, tanto referente ao do Decreto-Lei 70/66, como referente ao da Lei 9.514/97.

Recentemente, porém, o tema retornou ao Supremo Tribunal Federal para reapreciação. Dessa vez a tratativa foi feita em separado, ambos com reconhecida repercussão geral, o RE 627.106, Tema 249 “Execução extrajudicial de dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro de Habitação”, e o ainda pendente de julgamento RE 860.631, Tema 982 “Discussão relativa à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária de imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário – SFI, conforme previsto na Lei n. 9.514/1997”.

No que tange ao RE 627.106, esse possuía inicialmente seis votos declarados, dos quais dois favoráveis à constitucionalidade (Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski) e quatro contrários a constitucionalidade (Luiz Fux, Cármem Lúcia Antunes Rocha, Ayres Britto e Marco Aurélio).

Pelos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski foram elencados argumentos similares aos do RE 223.075, notadamente de que o controle judicial a posteriori não configura violação ao devido processo legal e que o Decreto-Lei 70/66 buscou a desburocratização do sistema de financiamento da casa própria e do imóvel para a pessoa física, além de serem necessários mecanismos ágeis para que esse mercado em expansão possa funcionar adequadamente.

Em sentido contrário os Ministros Luiz Fux, Cármem Lúcia Antunes Rocha, Ayres Britto e Marco Aurélio defenderam a inconstitucionalidade do procedimento executivo do Decreto-Lei 70/66. Nota-se que os Ministros entenderam que os atos expropriatórios sem a oitiva do devedor por um magistrado afrontam o devido processo legal. Alegam também que o simples entendimento consolidado da corte não pode impedir a alteração desse e que o procedimento consagra um tipo de autotutela incompatível com o devido processo legal.

Na sessão plenária dos votos acima indicados, realizada em 18/08/2011, o Ministro Gilmar Mendes, reiterou a importância do tema e solicitou vista dos autos.

O plenário voltou a se reunir na data de 08/04/2021, oportunidade na qual negou provimento ao Recurso Extraordinário, fixando a seguinte tese “É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66”.

#### **4.1.1. DO JULGAMENTO DO RE 627.106**

Conforme supracitado, recentemente houve nova sessão plenária em que foi julgado o Recurso Extraordinário 627.106, na qual foi fixada a seguinte tese *"É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66"*, conforme ementa citada abaixo.

EMENTA Direito processual civil e constitucional. sistema financeiro da habitação. Decreto-lei nº 70/66. Execução extrajudicial. Normas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Precedentes. Recurso extraordinário não provido. 1. O procedimento de execução extrajudicial previsto pelo Decreto-Lei nº 70/66 não é realizado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, pois o devedor é intimado a acompanhá-lo e pode lançar mão de recursos judiciais se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite. 2. Bem por isso, há muito a jurisprudência da Suprema Corte tem estabelecido que as normas constantes do Decreto-lei nº 70/66, a disciplinar a execução extrajudicial, foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. 3. Recurso extraordinário não provido, propondo-se a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66”.<sup>110</sup>

De início observa-se grande divergência no julgamento do tema, na medida em que os Ministros Luiz Fux, Cármem Lúcia, Ayres Britto, Edson Fachin e Marco Aurélio, tiveram seus votos vencidos pela maioria do plenário.

---

<sup>110</sup> RE 627106, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-113 DIVULG 11-06-2021 PUBLIC 14-06-2021

Embora não seja caro ao presente estudo a análise da manutenção da jurisprudência já fixada no Supremo Tribunal Federal, que é reiterada diversas vezes nos votos tendo em vista o entendimento da corte no julgamento do RE 223.075, cumpre destacar que os votos permeiam em grande parte os mesmos pontos controvertidos e utilizam-se de soluções semelhantes.

O principal argumento carreado pelos ministros que defendem a constitucionalidade do procedimento executivo extrajudicial do Decreto-Lei 70/66 é o da constitucionalidade do controle judicial a posteriori. Nos termos do Ministro Relator Dias Toffoli:

*“Tal decorre da constatação de que esse procedimento não é realizado de forma aleatória e se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, sendo certo que o devedor é intimado a acompanhá-lo, podendo impugnar, inclusive no âmbito judicial, o desenrolar do procedimento se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite”*

O próprio Ministro Relator ressalta a consolidação do entendimento, não apenas no STF, mas também nos tribunais Estaduais, ressaltando a ausência de fenômenos que ensejassem a alteração no mesmo. Destaca-se ainda, entre os votos favoráveis à manutenção do entendimento, o quanto consignado no voto do Ministro Alexandre de Moraes, já em sessão plenária de 08/04/2021, que diz:

*“Além disso, não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório pelo procedimento de execução extrajudicial previsto nos artigos 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66, ora impugnados, uma vez que, como já dito anteriormente, a qualquer tempo a parte que se sentir lesada pode recorrer ao poder judiciário na defesa de seus direitos, como ocorreu na presente hipótese, em que o juízo de origem inicialmente concedeu, em parte, a antecipação da tutela pleiteada pela ora recorrente e, apenas após exaustiva análise das alegações e provas constantes dos autos, inclusive prova pericial, proferiu julgamento de*

*mérito afastando as irregularidades apontadas pela parte autora e reconhecendo a regularidade do procedimento impugnado.”*

Em sentido contrário, os Ministros que defendem a não recepção do Decreto-Lei 70/66 pela Constituição federal citam a ausência do devido processo legal no procedimento executivo extrajudicial. Dentre os argumentos utilizados, está o princípio da inafastabilidade da jurisdição que é constitucionalmente previsto sob a seguinte rubrica *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*<sup>111</sup>.

Em seu voto, a Ministra Carmem Lucia ainda pontua também a questão temporal do acesso à justiça e do devido processo legal, na medida em que o tempo certo para acesso ao judiciário está diretamente ligado com a efetividade do controle judicial empregado. Em seus próprios termos:

*“Faço isso porque considerei que, efetivamente, a análise do que se tem no Decreto -Lei nº 70/66 desobedece, a meu ver, os princípios básicos do devido processo legal, uma vez que o devedor se vê colhido nos seus bens sem que haja a possibilidade imediata de acesso ao Poder Judiciário. A parte contrária vem alegando que tanto pode que, neste caso, a recorrente chegou até o Supremo. Mas isso não significa o respeito integral a que haja um devido processo devidamente observado - que significa no tempo certo, e não apenas nessa possibilidade remota ou reflexa de se ter acesso ao Poder Judiciário -, que se cumpra o devido processo legal.”*

O Ministro Luiz Fux ainda soma ao voto da divergência pontuando a posição do Magistrado como figura imparcial para proteção dos direitos fundamentais, veja-se:

*“Eu entendo que, sob o ângulo axiológico, a Constituição Federal protege a cidadania, protege a propriedade, protege a dignidade da pessoa humana; enfim, esse conjunto de proteções induzem - no meu modo de ver,*

---

<sup>111</sup> Art. 5º, XXXV, Da Constituição Federal de 1988

*com a devida vênia - que esse procedimento de expropriação da propriedade do devedor, sem a intervenção de um sujeito imparcial, como sói ser o magistrado, afronta o princípio do devido processo legal”*

Inobstante as divergências apresentadas em sessão plenária, como já mencionado, o Tribunal julgou constitucional o procedimento executivo extrajudicial previsto no Decreto-Lei 70/66, com divergência em 5 dos 11 votos acerca do tema.

## 4.2. DA POSIÇÃO DA DOUTRINA

O debate acerca da constitucionalidade nos parece estar mais concentrado na doutrina. De fato, ambas as fontes do direito se inter-relacionam, porém nessa as posições, além de abordarem com maior profundidade o tema, está mais balanceada entre defensores da constitucionalidade e da inconstitucionalidade das execuções extrajudiciais. Passemos a análise dos defensores da inconstitucionalidade e, posteriormente, aos defensores da constitucionalidade.

Incipiente é a posição de GLÉZIO ROCHA, tratando, à época, apenas do procedimento executivo do Decreto-Lei 70/66, observava a violação dos princípios do (i) monopólio do juiz natural, (ii) ao princípio do juiz natural, (iii) ao devido processo legal e (iv) ao princípio da isonomia<sup>112</sup>.

Com fundamentação levemente distinta, Ada Pellegrini Grinover também segue esse entendimento, mencionando que o Decreto-Lei 70/66 consagra no ordenamento a autotutela, repudiada pelo Estado de Direito. Além disso ainda especifica a violação do devido processo legal pela carência de direito de defesa, contraditório e produção das próprias razões<sup>113</sup>.

Botelho de Mesquita, ao tratar das deficiências da Justiça de primeira instância, menciona que os procedimentos executivos extrajudiciais ampliam a área que lhes é dada para fazer justiça

---

<sup>112</sup> Cf. ROCHA, Glézio. **Da Execução Extrajudicial do Crédito Hipotecário**. São Paulo: Sugestões Literárias 1971.

<sup>113</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 169

de mão própria, tolhendo às partes executadas a defesa por meio da prestação jurisdicional. A consequência disso, na visão do jurista, é a restrição à liberdade em sentido positivo, e que as restrições são estabelecidas em favor do mais forte, econômica ou politicamente<sup>114</sup>.

Às mesmas conclusões chegaram, com sutis diferenças argumentativas, C. A. OLIVEIRA L. G. MARINONI, F. B. FRANCO, A. RIZZARDO e L. A. BECKER. E, com relação ao regime da Lei 9.514/97, podemos citar E.F. SANTOS e A. F. FABRÍCIO<sup>115</sup>.

Cumpre ainda ressaltar o posicionamento de Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, que, defendendo a tese da inconstitucionalidade, reitera o caráter necessariamente jurisdicional da atividade executiva e a proibição do uso das próprias razões que priva a parte contrária da possibilidade de um tratamento justo<sup>116</sup>.

Posição peculiar e digna de menção é a de Cândido Rangel Dinamarco, que inicialmente duvidava da constitucionalidade das execuções extrajudiciais por entender que a execução forçada é um privilégio estatal<sup>117</sup>. Posteriormente, porém, ao analisar o procedimento executivo da Lei 9.514/97, o autor reviu seu entendimento, passando a defender a constitucionalidade desse em razão da ampla gama de atos praticados que podem ser controlados pelo Poder Judiciário<sup>118</sup>.

Ato contínuo, Orlando Gomes, suspeitando da constitucionalidade da execução extrajudicial do Decreto-Lei 70/66, sintetiza em seis proposições os argumentos favoráveis à constitucionalidade do regime:

1º) não se impede, nem se proíbe, o acesso à via judicial;

---

<sup>114</sup> Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **O princípio da Liberdade na Prestação Jurisdicional.** In: Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 41-42.

<sup>115</sup> Referências retiradas diretamente de BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária.** 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.p.167.

<sup>116</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira; KOMATSU, Roque. **Execução extrajudicial e devido processo legal.** 2008.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

<sup>117</sup> Ibidem. p. 94.

<sup>118</sup> BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária.** 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.p.169

- 2º) se há lesão de direito no caso, quem a sofre é o credor por efeito de inadimplemento do devedor; e é a ele, credor, que a lei faculta a escolha da via extrajudicial;
- 3º) ao devedor não é defeso buscar a via judicial em qualquer fase da execução extrajudicial, não estando excluída, por conseguinte, a cognição pelo Poder Judiciário;
- 4º) há exemplos na legislação nacional de execução ou cobrança por via extrajudicial (no penhor, na alienação fiduciária em garantia, na falência), sem que jamais houvesse arguido a constitucionalidade das disposições que as autorizam;
- 5º) a própria lei (Dec.-Lei n. 70) prevê o controle jurisdicional (art. 37), ainda que, a posteriori, exigindo carta de arrematação na venda por leiloeiro, que, transcrita no Registro de Imóveis, possibilita ao adquirente imitir-se, através de concessão liminar, na posse do bem;
- 6º) por último, responsabiliza o agente fiduciário que, mediante comprovada má-fé, alienar imóvel hipotecado pela via extrajudicial.<sup>119</sup>

E ampla é a gama de juristas defensores da constitucionalidade dos regimes executivos extrajudiciais, podemos citar J. C. MOREIRA ALVES, C. M. PEREIRA e J. M. ARRUDA ALVIM. Além desses pode-se citar M. TERRA, U. CUSTÓDIO FILHO, S. GARSON e S. J. MARTINS<sup>120</sup>.

É de se mencionar que os defensores da constitucionalidade, tal qual os da constitucionalidade, possuem uma linha de raciocínio geral, pautada principalmente na possibilidade de controle judicial a posteriori, bem como a responsabilização daqueles que ensejarem dano. Ressalta-se ainda o posicionamento de Melhim Namem Chalhub, que diz:

No caso específico da venda extrajudicial do bem objeto da garantia, as normas não são, em si mesmas, incompatíveis com os princípios constitucionais do art. 5º, XXXV, LIV e LV, podendo ser exercido o direito de ação pelo devedor sempre que ocorrer lesão ou ameaça de lesão a direito, inclusive se verificada por inobservância dos requisitos legais consubstanciados nos princípios de aplicação geral e nas normas específicas, que delineiam o regime legal peculiar de cada modalidade de venda privada, sejam as normas do Código Civil, relativas ao penhor, ou aquelas contidas na legislação especial.

---

<sup>119</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 396-397

<sup>120</sup> BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.p.168

A inobservância dessas normas, causando lesão ou ameaça de lesão a direito, enseja a atuação judicial não só para reprimir ou impedir a prática de ato lesivo, como, também, para impor a reparação de danos causados por fraude de qualquer natureza, a exemplo do que preveem os arts. 40 e 41 do Decreto-lei 70/1966<sup>121</sup>

### **4.3. DO DEBATE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE**

#### **4.3.1. TRATATIVA DIFERENCIADA ENTRE OS INSTITUTOS?**

A primeira questão que se apresenta ao falar da constitucionalidade dos regimes executivos extrajudiciais previstos no Decreto-Lei 70/66 e na Lei 9.514/97 é se ambos devem ser tratados igualmente inobstante suas diferenças. A resposta parece ser afirmativa.

Sob a perspectiva material, a garantia hipotecária e a fiduciária que recai sobre bens imóveis são institutos substancialmente distintos. No registro da primeira cria-se um ônus real que recai sobre coisa alheia<sup>122</sup>, enquanto no registro da alienação fiduciária o credor e o devedor passam a ser titulares da propriedade resolúvel sobre o imóvel<sup>123</sup>.

Tal fato, por si só, já acarreta distintas formas de tratamento pelo ordenamento. A título de exemplo, os regimes da recuperação judicial e da falência, consignado principalmente na Lei 11.101/05, tratam o credor fiduciário de maneira distinta ao hipotecário, dado que o primeiro não está sujeito ao concurso de credores<sup>124</sup>, enquanto o segundo sim.

Porém, sob uma perspectiva processual, os regimes executivos extrajudiciais são essencialmente os mesmos, veja-se.

---

<sup>121</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: negócio fiduciário.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P 296.

<sup>122</sup> Vide supra 4.1.1

<sup>123</sup> Vide supra 4.2.1

<sup>124</sup> Arts. 49, §3º e 119, IX da Lei 11.101/05, cumulado com art. 32 da Lei 9.514/97.

	<b>Lei 9.514/97</b>	<b>Decreto-Lei 70/66</b>
<b>Pré-leilão</b>	O CRI notifica o devedor para pagar a dívida incluindo juros vencidos, encargos, tributos e custas, no prazo de 15 (quinze) dias. Persistindo inadimplemento, o credor fiduciário pagará o ITBI e consolidará a propriedade plena sobre o imóvel em seu nome	Recebida a notificação do inadimplemento pelo credor, o agente fiduciário notificará o devedor para que pague a dívida no prazo de 20 (vinte) dias, sendo admitida inclusive a notificação por edital.
<b>Primeira praça</b>	Consolidada a propriedade, no prazo de 30 (trinta) dias, o CRI deve realizar o primeiro leilão público para a venda do imóvel	Não paga a dívida, no prazo de 15 (quinze) dias, o agente fiduciário deve realizar o primeiro leilão público para a venda do imóvel
<b>Segunda praça</b>	Infrutífero o primeiro leilão, o CRI realizará um segundo leilão público, no prazo de 15 (quinze) dias, em que o imóvel será vendido ao interessado que apresentar o maior lance, desde que esse cubra o valor da dívida e encargos	Infrutífero o primeiro leilão, o agente fiduciário realizará um segundo leilão, no prazo de 15 (quinze) dias, no qual será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior ao valor da dívida
<b>Pós-leilão</b>	Caso infrutíferas ambas as praças, o procedimento executivo será finalizado e a propriedade se manterá plena na titularidade do antigo credor fiduciário, independente do valor do bem e da dívida.	Caso infrutíferas ambas as praças em satisfazer o débito, o devedor permanece pessoalmente obrigado pelo excedente. Se o valor obtido nos leilões for superior ao montante devido, o excedente deverá ser devolvido ao devedor.

Denota-se que processualmente os regimes são extremamente similares. E não poderia ser diferente, a existência dos procedimentos executivos extrajudiciais pressupõe a necessidade um procedimento simples, no intuito de garantir a satisfação do crédito com o menor esforço, dentro da razoabilidade. Ainda, a gama de atos delegados aos agentes de execução são extremamente limitados, o que justificaria ainda mais a semelhança entre os institutos.

Dessa forma, não nos parece ser necessária uma tratativa processual distinta entre os regimes. Cabe ressaltar, porém, que não se ignora o fato de ambos os regimes possuírem suas diferenças de direito material e de ordem concreta, ainda que as diferenças fujam ao escopo da constitucionalidade desses.

#### **4.3.2. DA AUTOTUTELA**

Os debates acerca da constitucionalidade dos regimes executivos extrajudiciais em muito giram em torno da suposta vedação da autotutela pelo ordenamento jurídico como um todo.

Tal vedação decorreria da própria lógica do sistema, dado que seria uma forma primitiva de solução de conflitos, sendo “precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido”<sup>125</sup>. Diz Botelho de Mesquita:

Este princípio da proibição da justiça de mão própria tem duplo alcance: um alcance negativo e um alcance positivo. Do seu lado negativo, sanciona como crime o exercício arbitrário das próprias razões; e do seu lado positivo garante a todos a liberdade consistente, do ponto-de-vista do direito penal, no direito de ir e vir, e do ponto-de-vista do direito civil, no direito de ser mantido na situação de fato em que se encontre, até ser convencido pelos meios regulares. Quer dizer, mediante processo regular, perante um juiz imparcial e neutro, assegurado plenamente o direito de defesa<sup>126</sup>.

Ainda, Yoshikawa defende que:

“As execuções extrajudiciais são inconstitucionais, por ofensa ao devido processo legal, ao modelo processual brasileiro, pois:[...] (b) configuram modalidade de autotutela, que

---

<sup>125</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

<sup>126</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Límites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias** In: Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil. V.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 210.

permite ao credor ser juiz em causa própria, privando a parte contrária da possibilidade de tratamento justo”<sup>127</sup>

Porém, parece-nos que o argumento da vedação da autotutela, para justificar a constitucionalidade dos regimes analisados, não subsiste sob a perspectiva do terceiro imparcial, consistente no agente de execuções.

Nos dizeres de Umberto Bara Brezolin, a autotutela se configuraria caso houvesse “uma reação direta e pessoal de quem faz justiça de mão própria”<sup>128</sup>. Não é o que ocorre nos regimes executivos extrajudiciais ora analisados, dado que, no caso do Decreto-Lei 70/66, os atos são praticados pelo agente fiduciário, e, no caso da Lei 9.514/97, os atos são praticados pelo competente Cartório de Registro de Imóveis.

Há quem diga ainda que esses agentes de execução apenas chancelam os interesses do credor. Porém esse também não parece ser o caso.

Além do fato de ser vedado, aos agentes de execução, relação societária com as partes da execução extrajudicial<sup>129</sup>, ambos os regimes preveem a responsabilização por danos ocasionados no exercício da função do agente de execução<sup>130</sup>.

E mais, no caso do regime da Lei 9.514/97, o Cartório de Registro de Imóveis competente que pratica os atos extrajudiciais, sendo figura que, embora não seja considerada auxiliar da justiça propriamente dita, é dotada de fé-pública e está administrativamente subordinada aos juízes estaduais<sup>131</sup>. Já no caso do regime do Decreto-Lei 70/66, o Agente Fiduciário é escolhido por ambas

---

<sup>127</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira; KOMATSU, Roque. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. 2008. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.p. 138.

<sup>128</sup> BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.p.171

<sup>129</sup> Art. 30 § 3º do Decreto-Lei 70/66

<sup>130</sup> Art. 40 do Decreto-Lei 70/66 e Art. 28 da Lei 6.015/73.

<sup>131</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 221.

as partes e é credenciada pelo Banco Central da República do Brasil “nas condições que o Conselho Monetário Nacional, venha a autorizar”<sup>132</sup>.

Nesse sentido, ao analisar a constitucionalidade dos regimes, não nos parece adequado transitar entre questões de ordem jurídica e fática, sendo a constitucionalidade submetida a uma análise estritamente da legalidade e não da eficácia concreta do instituto.

Se não bastasse, novamente, Umberto Bara Bresolin explica “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. Sé deve atuar se for provocado de acordo com a forma prevista em Lei”<sup>133</sup>.

Dessa forma, não nos parece adequado defender que há, nos regimes executivos analisados, a incidência de autotutela, mas apenas delegação da função executiva a um terceiro imparcial.

#### **4.3.3. DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Conforme supracitado, o princípio do devido processo legal, embora insculpido no art. 5º, LIV, é princípio fundante do ordenamento processual e se manifesta de diversas formas. No que toca à discussão da constitucionalidade dos regimes executivos extrajudiciais, o princípio entra em voga para discutir o direito de defesa do devedor e a razoabilidade dos regimes.

Nesse sentido, nos parece que a constitucionalidade também se sustenta.

O processo executivo judicial, embora não desprovido de cognição, possui como escopo a satisfação do crédito exequendo. Nos termos postos por Araken de Assis:

---

<sup>132</sup> Art. 30, II e § 2º do Decreto-Lei 70/66.

<sup>133</sup> BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.p.172

Seja lá como for, a necessidade de transformação do mundo físico é a matriz da função jurisdicional executiva. Por meio da execução forçada, o órgão judiciário privará o executado imediata ou progressivamente da garantia constitucional de gozar do que é seu (e do que se encontra na sua esfera jurídica), imputando bens à satisfação do crédito do exequente. Tal tutela pode ser alcançada através de processo único, em que preponderem as eficácia executiva e mandamental, e quando cognição e execução se combinam, para vantagem desta última.<sup>134</sup>

Dessa forma há, no processo executivo, um embate entre o direito de propriedade do credor e do devedor, que será solucionado através de atos executivos que transformam o mundo físico para dar eficácia ao direito das partes.

Ato contínuo, os regimes executivos extrajudiciais aqui tratados não retiram do devedor o seu direito de defesa, mas apenas alteram a forma como deve ser exercido, não através de ação incidental, mas de processo autônomo.

Isso porque o devedor deve ser intimado de todos os atos realizados pelo agente de execução, e, inclusive, possui ciência da potencial utilização do procedimento, e, caso entenda que há lesão ou potencial lesão, deve, ele mesmo, recorrer ao Judiciário<sup>135</sup>.

Cumpre ressaltar que tal modalidade não é nem exclusiva dos próprios regimes executivos extrajudiciais. A título de exemplo, as tutelas sumárias são institutos que não apenas visam resguardar um direito mas também redistribuir o ônus do tempo no processo<sup>136</sup>. E, vale ressaltar, que tal redistribuição legislativa do ônus, advém da segurança do título executivo pertencente ao credor.

#### **4.3.4. DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO**

---

<sup>134</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 18 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 35.

<sup>135</sup> BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.p.183

<sup>136</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. v.2. Cap. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

Além dos pontos supracitados, o debate acerca da constitucionalidade dos regimes executivos extrajudiciais atinge o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nos dizeres de Yoshikawa, as execuções extrajudiciais “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)”<sup>137</sup>. O autor ainda menciona que “Somente o poder estatal é dotado da imperatividade necessária para permitir a execução forçada e, sendo ela jurisdicional, como já demonstrado, somente o poder judiciário pode autorizar a prática de atos de agressão patrimonial”<sup>138</sup>.

Novamente, não nos parece ser o caso. Como já dito anteriormente, o agente de execuções é terceiro imparcial, que possui legalmente poderes para exercer funções de caráter administrativo. Nesse sentido, no julgamento do RE 223.075, restou consignado, pelo voto do Ministro Ilmar Galvão, que o agente fiduciário apenas exerce função administrativa, sem usurpar parcela alguma do poder jurisdicional<sup>139</sup>.

Nos dizeres de Marcelo Barbi Gonçalves:

A desjudicialização parte da premissa de que a tutela executiva, embora de natureza jurisdicional, não exige que o juiz detenha a direção formal do processo, isto é, os atos executivos rotineiros (penhora, avaliação, expropriação, pagamento etc.) podem ser praticados por terceiros estranhos ao Poder Judiciário.

Note-se que não há que se falar em violação ao direito de acesso à justiça, pois, no caso de insurgência contra decisões do agente de execução, bem como quando surgir qualquer litígio a dirimir, pode-se pleitear a tutela do Estado-juiz, o qual remanesce com um “poder geral de controle”. Dessa forma, o Judiciário sempre dirá a última palavra sobre os conflitos decorrentes da atuação do particular responsável pela prática dos atos executivos.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira; KOMATSU, Roque. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. 2008. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.p. 138.

<sup>138</sup> Ibidem. p. 114.

<sup>139</sup> RE 223075, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 23/06/1998.

<sup>140</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodim, 2020. p. 138-139.

Nesse sentido que diversos autores, favoráveis à constitucionalidade do regime, costumam comparar os poderes delegados ao árbitro e ao agente de execução<sup>141</sup>. Digno de nota é o fato de que, tanto a arbitragem, como a execução extrajudicial, tratam-se de procedimentos que se fundamentam na autonomia das partes que voluntariamente optam por celebrar um negócio jurídico específico<sup>142</sup>.

Ainda, comparando a execução extrajudicial com a arbitragem, Flávia Pereira Ribeiro discorre:

Se a lei reconheceu a arbitragem como uma atividade jurisdicional, na qual ao árbitro é conferido o poder de dirimir controvérsias que seriam objeto de uma ação de conhecimento, por que, por meio de lei, a um agente de execução também não poderia ser reconhecido o desempenho de uma função (jurisdicional) executiva?

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 pelo 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.<sup>143</sup>.

Dessa forma, parece-nos que a tese da constitucionalidade, no tocante ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, se mostra mais razoável e adequada ao ordenamento jurídico.

---

<sup>141</sup> GARSON, Samy. **A Viabilidade da Desjudicialização do Processo de Execução**, in M. P. CARVALHO (coord.) Direito Processual Civil, 2007.

<sup>142</sup> BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.p.176

<sup>143</sup> RIBEIRO, Flavia Pereira. **Desjudicialização da Execução Civil**. Tese (Doutorado), 2012. p. 43.

## **5. CONCLUSÃO**

Pelo presente estudo buscou-se, em um primeiro momento, analisar a relação entre o fenômeno jurisdicional e as execuções extrajudiciais. Adiante, na tentativa de esclarecer os conceitos envolvidos no debate da constitucionalidade desses regimes executivos extrajudiciais, buscou pontuar a referência teórica dos princípios envolvidos, bem como os aspectos materiais e processuais atinentes ao regime das execuções extrajudiciais.

Além disso, com o escopo de analisar o debate constitucional em si, passou a tecer breves comentários sobre os julgados pertinentes e os processos que ainda estão para serem julgados e que podem impactar o debate da matéria. Em específico, a análise do RE 223.075, do RE 627.106 e o RE 860.631. Concluiu-se que, embora os recursos mencionados (RE 223.075 e RE 627.106) tenham tratado do ponto crucial dos regimes do controle judicial a posteriori, não foram suficientes no sentido de abordar todas as nuances do debate, o que causou ainda mais controvérsia acerca do tema.

Posteriormente, passou a analisar o debate doutrinário envolvendo a matéria da constitucionalidade dos regimes, chegando à conclusão de que: (i) não há, nos regimes, a presença de autotutela da forma como é repudiada pelo Estado de Direito, (ii) não há violação ao devido processo legal em razão do controle judicial à posteriori e que a inversão do ônus do processo não configura violação ao princípio mencionado e (iii) não há que se falar em violação à inafastabilidade da jurisdição, dado que a delegação de alguns atos executivos ao agente de execução não usurpa qualquer parcela da jurisdição.

## **6. BIBLIOGRAFIA**

- ABDAL, Alexandre; ALONSO, A. ; Lima, Márcia ; ALMEIDA, R. . **Métodos e técnicas de pesquisa em Ciências Sociais: bloco qualitativo.** 2017
- ASSIS, Araken de. **Manual da Execução.** 18 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BECKER, Howard. **Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais.** 4. ed. São Paulo, Hucitec, 1999.
- BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária.** 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- CERVO, Amado L., BERVIAN, Pedro A. **Metodologia Científica.** 5. Ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: negócio fiduciário.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 25 Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV.** 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil.** 2 Ed. São Paulo: Malheiros, 2017
- E. COUTURE. **Fundamentos del derecho procesal civil.** 3 Ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.
- GARSON, Samy. **A Viabilidade da Desjudicialização do Processo de Execução,** in M. P. CARVALHO (coord.) Direito Processual Civil, 2007.
- GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 21 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas.** 13. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição.** Salvador: Juspodium, 2020.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do Direito de Ação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo e sua evolução.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil.** v.2. Cap. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Limites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias** In: Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil. V.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. **O princípio da Liberdade na Prestação Jurisdicional.** In: Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NEGRATO, Gustavo Scudeler. **Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise comparada.** 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** 2009.
- \_\_\_\_\_. **Princípios do Processo na Constituição.** 12 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- P. S. RESTIFFE - P. RESTIFFE NETO, **Propriedade fiduciária imóvel,** 2009.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil,** 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- RIBEIRO, Flavia Pereira. **Desjudicialização da Execução Civil.** Tese (Doutorado), 2012.
- ROCHA, Glézio. **Da Execução Extrajudicial do Crédito Hipotecário.** São Paulo: Sugestões Literárias 1971.
- SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental.** 1 Ed. São Paulo: RT, 1998.
- SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais.** 2011. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2011.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição do Juiz na Execução Civil.** Coleção Liebman. 1<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017
- SILVA, Fábio Rocha Pinto e. **Garantias hipotecárias e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo.** 2013.

Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** 5 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução Extrajudicial e o Devido Processo Legal.** São Paulo: Atlas, 2010.