

Umberto Bara Bresolin

Execução extrajudicial para satisfação de crédito
pecuniário com garantia imobiliária

Tese de doutorado

Área de concentração: Direito Processual

Orientador: Prof. Associado Ricardo de Barros Leonel

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2012

Resumo

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

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

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

Résumé

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

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

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

1 Introdução

1.1 Tema a ser desenvolvido e suas limitações

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2 Justificativa da escolha e da importância do tema

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Gracias por visitar este Libro Electrónico

Puedes leer la versión completa de este libro electrónico en diferentes formatos:

- HTML(Gratis / Disponible a todos los usuarios)
- PDF / TXT(Disponible a miembros V.I.P. Los miembros con una membresía básica pueden acceder hasta 5 libros electrónicos en formato PDF/TXT durante el mes.)
- Epub y Mobipocket (Exclusivos para miembros V.I.P.)

Para descargar este libro completo, tan solo seleccione el formato deseado, abajo:

