



CONSTITUCIONALIDADE DOS MEIOS DE EXPROPRIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA PROPRIEDADE DE BENS IMÓVEIS. POSSÍVEL ARBITRABILIDADE DO TEMA

Lorruane Matuszewski¹

Ricardo Henrique Alvarenga Cunha²

Rodrigo Rodrigues Correia³

Resumo: O objetivo deste trabalho é investigar a possibilidade de ampliação das opções de execução extrajudicial de bens imóveis no direito brasileiro, especialmente com o uso da arbitragem. O trabalho apresenta como resultado uma reflexão sobre a constitucionalidade da incorporação da expropriação extrajudicial de imóveis pelo juízo arbitral, tendo por objetivo contribuir para a desjudicialização de processos executórios em nosso ordenamento. Quanto ao método de investigação, o trabalho adotará os métodos dedutivo e hipotético dedutivo, cujo estudo será constituído a partir de pesquisa bibliográfica, de levantamento legislativo e jurisprudencial. A investigação bibliográfica se processará em livros e revistas sobre o tema.

Palavras-chave: Processo de execução; Técnicas de execução; Execução extrajudicial; Arbitragem; Expropriação extrajudicial de imóveis.

CONSTITUTIONALITY OF EXTRAJUDICIAL EXPROPRIATION MEANS OF REAL ESTATE. POSSIBLE ARBITRABILITY OF THE TOPIC

Abstract: The aim of this paper is to investigate a possibility of expanding the options for extrajudicial execution of real estate under Brazilian law, especially with the use of arbitration. The work presents as a result a reflection on the constitutionality of the incorporation of extrajudicial expropriation of properties by arbitral judges, aiming to contribute to the dejudicialization of enforcement proceedings. As for the investigation method, the work will adopt the deductive and hypothetical deductive methods, whose study

***LORRUANE MATUSZEWSKI** - Doutoranda em Direito na FADISP. Mestre em Direito na UNIMAR. Pós-graduada em Direito Notarial e Registral. Registradora de Imóveis no Estado de São Paulo. Endereço: Rua Dr. Geraldo Coelho, 148, Palmital/SP. E-mail: lorruane@gmail.com

***RICARDO HENRIQUE ALVARENGA CUNHA** - Doutorando em Direito na FADISP. Mestre em Direito na FADISP. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral na PUC/SP. Registrador de Imóveis no Paraná. Endereço: Avenida Prefeito Daniel Jorge, 420, Sengés/PR. E-mail: ricardohac@gmail.com

***RODRIGO RODRIGUES CORREIA** – Doutorando em Direito na FADISP. Mestre em Direito na FADISP. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral pela EPM. Registrador de Imóveis em São Paulo. Endereço: Avenida Newton Prado, 2796, Pirassununga/SP. E-mail: rodrigo.r.correia@gmail.com



will be constituted from bibliographic research, legislative and jurisprudential survey. Bibliographic research will be carried out in books and magazines on the subject.

Keywords: Execution process; Execution techniques; Extrajudicial execution; Arbitration; Extrajudicial expropriation of real estate.

1. INTRODUÇÃO

A vedação à autotutela conduziu o Estado a tomar para si todas as possibilidades de solução de controvérsias, mas a ampliação da complexidade das relações jurídico-sociais levou, pouco a pouco, à aceitação de métodos alternativos de solução de litígios. Tais métodos ganharam tamanho destaque no ordenamento que passaram a ser preferíveis à solução litigiosa jurisdicional. Dentre eles, a arbitragem é o único que se insere no âmbito da heterocomposição.

A arbitragem, que pode ser instituída diante de convenção das partes, permite a solução litigiosa do conflito fora do Poder Judiciário, intermediada por um terceiro imparcial, o árbitro. Entretanto, a arbitragem possui limitações que decorrem do sistema processual civil e uma das principais está no obstáculo para a prática de atos executivos.

O escopo deste trabalho é analisar hipóteses de atos executivos extrajudiciais no ordenamento brasileiro e no direito comparado para determinar se seria constitucional a permissão da prática de atos executivos pelo juízo ou tribunal arbitral, especialmente no que se refere à expropriação de bens imóveis. Não obstante, também pretende identificar elementos nestas normas que possam ser incorporados em caso de eventual alteração legislativa que amplie os poderes do juízo ou tribunal arbitral para certos atos executivos.

A escolha do tema justifica-se pela necessidade de se buscar formas de desjudicialização no processo civil. Hodiernamente, tem-se discutido sobre a desjudicialização do processo de conhecimento, mas pouco se tem pesquisado sobre a desjudicialização da execução. Tendo em vista que nosso ordenamento processual civil garante não apenas a atividade cognitiva, mas também a satisfativa, é imperioso que se discuta o tema da execução extrajudicial e seus desdobramentos, para que possamos falar de maneira efetiva sobre desjudicialização no Brasil.

Para cumprir com este propósito, utiliza-se o método analítico-dedutivo, com auxílio de procedimentos técnicos bibliográfico e documental. Trata-se de pesquisa qualitativa e exploratória que permitirá ao operador do direito que ela acesse conhecer mais sobre um



importante tema na seara dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, pensando-os além do juízo de conhecimento e com foco na tutela satisfativa.

Com o objetivo geral de delimitar as possibilidades da arbitragem como via para a prática de atos extrajudiciais de expropriação de bens imóveis, este trabalho se divide em quatro pontos: inicia-se com o estudo da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, com foco em seus avanços sob a égide do Código de Processo Civil de 2015; segue-se com a exposição sobre o monopólio estatal da execução no contexto do sistema brasileiro, continuando com uma análise das hipóteses de expropriação extrajudicial de bens imóveis no atual ordenamento; finalizando-se com uma reflexão sobre a constitucionalidade de uma eventual incorporação da expropriação extrajudicial de imóveis no âmbito da competência do juízo arbitral.

Quanto ao método de investigação, o trabalho adotará os métodos dedutivo e hipotético dedutivo, cujo estudo será constituído a partir de pesquisa bibliográfica, de levantamento legislativo e jurisprudencial. A investigação bibliográfica se processará em livros e revistas sobre o tema.

2. ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DA LEI Nº 9.307/1996 AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A insuficiência da exclusividade da tutela estatal impulsionou a discussão sobre os “métodos alternativos de solução de litígio”. Tais métodos, a princípio, seriam uma opção em relação ao litígio, mas com o passar dos tempos foi se percebendo que deveriam ser mais que uma alternativa, assumindo o posto de prioridade. Esta mudança, que torna inclusive impróprio o uso da expressão “método alternativo”, pode ser percebida no Código de Processo Civil de 2015, que assim disciplina em seu artigo 3º:

Art. 3º, CPC. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial⁴.



O dispositivo elencado menciona os três principais métodos substitutivos da jurisdição litigiosa – conciliação, mediação e arbitragem. Destes métodos, os dois primeiros são voltados à autocomposição, fazendo com que as próprias partes encontrem solução à pretensão levada a juízo, ao passo que o último se volta à heterocomposição, porque um terceiro imparcial irá solucionar a pretensão. Pode-se dizer que dentre os métodos substitutivos o mais peculiar e o que tem despertado maiores receios por parte dos operadores do direito é a arbitragem.

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida (JÚNIOR, 2018).

Neste sentido, embora seja consensual a escolha pela submissão à arbitragem, o árbitro irá decidir o litígio se não for alcançado consenso entre as partes, eis que a arbitragem assume a competência do Poder Judiciário para apreciação da demanda. Na mediação e na conciliação, a competência permanece no Poder Judiciário e, não se alcançando a solução consensual, haverá julgamento por parte do órgão jurisdicional.

Basicamente, é apenas na arbitragem que, de fato, é afastado o exercício da jurisdição pelo Estado. Quando do emprego das técnicas de mediação e conciliação numa lide, a ausência de resultados positivos conduzirá à apreciação da matéria pelo Estado-juiz. Já na arbitragem a matéria não será apreciada pelo Estado e sim por outro terceiro imparcial, o qual não está impedido de buscar uma solução conciliatória (associando a arbitragem com outros métodos substitutivos, conforme artigo 21, § 4º, Lei nº 9.307/1996), mas que invariavelmente decidirá a matéria se esta não for alcançada e tal decisão não poderá ser alterada pelas vias judiciais.

Embora não se tenha exercício jurisdicional na arbitragem, não se pode reportar como via de autotutela, pois sempre se fará obrigatória a presença de um terceiro imparcial e idôneo. Tal percepção não é suficiente para afastar todas as reservas com a via arbitral, em especial quando as partes que concordaram em submeterem-se a esta via passam a desejar a intervenção judicial quando surge uma divergência concreta na relação jurídica.

Hoje já perdeu forças a discussão sobre a incompatibilidade da arbitragem com o direito fundamental à inafastabilidade do Poder Judiciário, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV, CF). O artigo 3º



do CPC, anteriormente mencionado, conduz à interpretação justamente de que a existência de métodos substitutivos à jurisdição não viola a inafastabilidade do Poder Judiciário. Atualmente, esta interpretação persiste mesmo nos casos em que uma das partes mude de ideia quanto à arbitragem; embora também tenha forma o entendimento de que o juiz não pode recusar-se a apreciar uma matéria que poderia ser submetida ao juízo arbitral se ambas partes envolvidas no litígio concordarem em abandoná-lo – neste sentido, o CPC fixa que cabe ao réu alegar a convenção de arbitragem como preliminar de contestação (artigo 337, X, CPC), matéria que não pode ser reconhecida de ofício pelo juízo (artigo 337, §5º, CPC).

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei nº 9.307/1996. É que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades, e o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça a direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei 9.307/1996 (JÚNIOR, 2018).

Neste contexto que surgiu a primeira regulamentação específica sobre a arbitragem no Brasil, situada na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Nos moldes do artigo 1º da lei, a arbitragem apenas pode ter lugar no caso de direitos patrimoniais disponíveis, o que limita bastante seu escopo. Tal limitação se justifica pela necessidade de conciliar a arbitragem com o exercício jurisdicional para o controle de direitos individuais indisponíveis, com atuação do *custos legis* neste sentido. Ainda assim, não há como negar que as demandas sobre direitos individuais indisponíveis ocupam boa parte dos espaços litigiosos, dentro e fora do juízo.

Entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade. [...] Todavia, para que possa ser adotada como meio de solução dos conflitos, além de se limitar aos direitos patrimoniais, a arbitragem ainda exige a existência de direitos disponíveis. A disponibilidade dos direitos se liga, conforme pensamos, à possibilidade de alienação e, demais disso e principalmente, àqueles direitos que são passíveis de transação (JÚNIOR, 2018).



Sendo assim, o âmbito de atuação do árbitro está adstrito a conflitos patrimoniais disponíveis que as partes decidam não submeter ao crivo do Poder Judiciário, optando pela solução arbitral. A origem da escolha das partes pela arbitragem é contratual, seja por termo próprio (compromisso arbitral), seja por cláusula contratual (cláusula compromissória), conforme prevê o artigo 3º da lei de arbitragem: “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. Contudo, uma vez designado, o árbitro desempenhará as mesmas funções de um juiz e sua decisão não poderá ser questionada diante do Poder Judiciário, até porque é juiz de fato e de direito quanto está desempenhando sua função (artigo 18, Lei nº 9.307/1996).

A arbitragem não é obrigatória se tomarmos como base que ninguém pode ser obrigado a se submeter a esta forma de solução de conflitos que, por definição, é alternativa (lei nesse sentido seria inconstitucional). Todavia, manifestada a vontade pelas partes (que não são obrigadas a manifestá-la), em razão do princípio da autonomia da vontade, surge uma obrigação, de tal sorte que, a partir dela, a arbitragem é obrigatória (*pacta sunt servanda*) (JÚNIOR, 2018).

A cláusula arbitral ou cláusula compromissória, regulada no artigo 4º da lei de arbitragem, é uma cláusula contratual inserida no compromisso firmado entre as partes na qual estas concordam em submeter eventual litígio que surja à arbitragem. Já a convenção de arbitragem ou termo de compromisso arbitral são firmados com relação a conflito já existente, nos termos do artigo 9º da lei de arbitragem. Nas duas modalidades, o efeito é o mesmo – afastamento da jurisdição estatal e submissão da demanda ao juízo arbitral.

Instituído o juízo arbitral, a Lei nº 9.307/1996 preconiza procedimentos que serão adotados até a solução do litígio. Embora se trate de uma normativa de 1996, a lei de arbitragem ganha novo escopo com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que faz inúmeras referências à arbitragem como uma forma alternativa à jurisdição e institui procedimentos voltados a aparatar a arbitragem com recursos que ampliem sua eficiência.

Anteriormente, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a legislação processual se limitava a considerar a existência de cláusula arbitral ou convenção de arbitragem como matéria de defesa que obstaría o exercício jurisdicional, conduzindo à extinção do processo sem resolução do mérito. Já o Código de Processo Civil de 2015 repete esta regulamentação, mas avança ao criar vias cooperativas entre o Estado e o juízo arbitral,



em especial para que o processo de conhecimento em trâmite no juízo arbitral não sofra com o risco de perecimento do direito postulado, instituindo para tanto a carta arbitral:

Art. 22-A, Lei nº 9.307/1996. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Art. 22-B, Lei nº 9.307/1996. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Art. 22-C, Lei nº 9.307/1996. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.

Art. 237, IV, CPC. Será expedida carta: [...] IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

Na disciplina da carta arbitral fica claro que o Poder Judiciário deve cooperar com o juízo arbitral, para que ele seja bem sucedido em seu intento de oferecer uma resposta adequada fora do Judiciário. A cooperação judiciária no âmbito do juízo arbitral é uma inovação que busca tirar a arbitragem do quadro de institutos jurídicos esquecidos e conferir a devida importância no cenário jurídico nacional.

O árbitro, a quem se defere jurisdição, conta com amplos poderes decisórios, mas não conta com o poder de executar as decisões que toma. Portanto, sempre que qualquer medida coercitiva no curso da arbitragem for necessária, expedirá a carta arbitral para execução pelos órgãos do Poder Judiciário, da mesma maneira que estes cumprem cartas precatórias, mediante requerimento do interessado. Muitas vezes, embora não seja o caso de medida coercitiva, a arbitragem precisa da estrutura do Poder Judiciário simplesmente para a eficácia de decisão arbitral, como, por exemplo, para oitiva de testemunha fora da comarca que não pode ser ouvida de outra forma (JÚNIOR, 2018).

Entretanto, a carta arbitral se presta a solucionar insuficiências do juízo arbitral quando da fase de conhecimento do processo, permitindo o diálogo para efetivação de medidas de urgência, cautelares ou antecipatórias, mas não confere atenção ao uso do juízo arbitral para condução da fase executiva. O Código de Processo Civil não viabiliza a execução extrajudicial, nem mesmo com relação a direitos patrimoniais disponíveis. O árbitro não pode praticar atos executivos tendentes à satisfação do crédito. Disto se extrai que, apesar dos avanços do sistema processual clássico no diálogo com o sistema arbitral, permanecem traços



de conservadorismo que reduzem o potencial do juízo arbitral para alcançar uma maior eficiência de suas decisões.

3. EXPROPRIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS IMÓVEIS COMO UMA ALTERNATIVA À TÉCNICAS CLÁSSICAS DE EXECUÇÃO

O debate sobre a ineficácia das técnicas executivas vem de longa data e, mesmo com as reformas feitas no sistema processual de execução desde a Lei nº 11.232/05 e a Lei nº 11.382/06, que alteraram o então vigente Código de Processo Civil de 1973 para instituir o modelo de processo sincrético, permaneceram os altos índices de insucesso da execução. O clássico jargão – “ganhou, mas não levou” – parece perdurar, em grande parte, como aplicável aos processos em fase executiva que tramitam no Poder Judiciário. A respeito, parece acurado afirmar que modificações legislativas pontuais são insuficientes para se lidar com a crise da execução, mostrando-se determinante uma mudança na mentalidade do operador do direito (BRESOLIN, 2012).

Greco (GRECO, 1999) frisa que “é desanimador verificar que justamente na tutela jurisdicional satisfativa o processo civil brasileiro apresenta o mais alto índice de ineficácia”. No mais, a falta de eficácia da tutela executiva acaba por conduzir à crença de que a tutela jurisdicional em si é ineficaz, desestimulando as pessoas a levarem pretensões legítimas ao Poder Judiciário.

A crise de falta de efetividade da execução, vale registrar, não é problema exclusivamente brasileiro. [...] No ano de 2003, o Conselho da Europa, organização internacional de cooperação na área jurídica, editou recomendação na qual, por considerar a execução das decisões judiciais corolário do direito humano fundamental a um julgamento justo num tempo razoável (este assegurado pelo art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos), exigiu dos Estados-Membros o dever de assegurar às pessoas que receberam uma decisão final e vinculante o direito à execução, ponderou que a não-execução ou o atraso em realizá-la torna esse direito inoperante e ilusório e estabeleceu um rol de critérios a serem observados para assegurar que a execução seja a mais efetiva e eficiente possível⁵.

Idealmente, a execução deve propiciar que o bem de direito seja entregue ou a obrigação seja cumprida num prazo razoável, sob pena de um esvaziamento da função jurisdicional em si. Existem desdobramentos socioeconômicos da ineficácia da tutela



executiva que vão além da insatisfação do credor, conforme ressalta Bresolin (BRESOLIN, 2012):

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

Tomando isto em mente, o sistema processual civil elenca o monopólio da jurisdição executiva. Neste sentido, para que se transforme o conteúdo do título executivo, coativamente, em bem, valor ou obrigação é preciso buscar o Poder Judiciário. Precisamente sobre a decisão proferida pelo juízo arbitral, o Código de Processo Civil de 2015 preconiza que a sentença arbitral forma título executivo judicial (artigo 515, VII, CPC), devendo ser proposto o cumprimento de sentença diante do juízo cível competente (artigo 516, III, CPC).

Uma vez proposta a execução, seja em cumprimento de sentença ou em processo de execução, o que depende da natureza do título executivo, serão empregadas as técnicas executivas. Sendo assim, a execução do processo é responsável por transformar a pretensão material reconhecida em sentença e não cumprida voluntariamente no bem de direito ou na obrigação adimplida e se utiliza, para tanto, de técnicas de execução, que se dividem em técnicas de sub-rogação e técnicas de coerção.

Na sub-rogação o Estado substitui o devedor no cumprimento da obrigação, sem a sua participação, tomando a força o bem ou valor necessário para o adimplemento, sendo a técnica usualmente empregada na execução por quantia certa; na coerção o Estado impõe multas ou utiliza outros instrumentos para compelir o cumprimento da obrigação, uma vez que não consegue ele mesmo dar cumprimento forçado à decisão. Em uma mesma execução, as duas formas podem ser utilizadas conforme a circunstância.

A expropriação de bens imóveis é uma técnica sub-rogatória onde o valor ou os rendimentos do bem imóvel será utilizado para pagamento da dívida, assim prevendo o artigo 825, CPC: “A expropriação consiste em: I - adjudicação; II - alienação; III - apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens”. Em resumo, na adjudicação o bem em si é transferido, sendo utilizado como forma de pagamento; na alienação o bem é vendido e o valor obtido é revertido ao pagamento da dívida; na apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens são



as rendas que o bem imóvel gera, como aluguel e remuneração por arrendamento, que se prestam à quitação do débito. Nenhuma destas formas de expropriação pode ser imposta fora das vias do Poder Judiciário, diante do monopólio jurisdicional da execução. Mesmo a alienação por iniciativa particular (artigo 879, § 1º, CPC), que substitui a hasta pública, deve ser reduzida em termos nos autos (artigo 880, § 2º, CPC), efetuando o juízo o controle quanto aos requisitos e aos princípios da execução, como a preservação do valor real do bem.

A expropriação de imóvel é uma técnica sub-rogatória que se emprega nas execuções por quantia certa ou execuções de obrigações que se revertam em execução por quantia, mas:

[...] parece razoável afirmar que dentro do amplo gênero das obrigações de pagamento de quantia, devam existir, para além do procedimento da execução por quantia certa contra devedor solvente [...], aplicável à generalidade das situações, outros instrumentos voltados à satisfação coercitiva de prestações pecuniárias que sejam adequados às particularidades de certas espécies de relações jurídicas de direito material (BRESOLIN, 2012).

Adiante serão estudadas hipóteses presentes no ordenamento jurídico brasileiro na atualidade, mas há que se ressaltar que muitos sistemas de execução no direito estrangeiro permitem que os mais diversos agentes, públicos ou privados, integrantes ou não do Poder Judiciário, subordinados ou não a juízes, pratiquem atos de execução.

O direito português, inclusive, permite que tais atos sejam praticados por Tribunais arbitrais, não os considerando como atos jurisdicionais propriamente ditos e, portanto, liberando-os do direto envolvimento de funcionários judiciais na prática dos mesmos. Ainda, coloca-se a permissão dos atos de execução extrajudiciais como regra, considerando-os privativos apenas nos casos expressos em lei em que sejam indispensáveis diligências propriamente jurisdicionais. Em toda esta seara, cabe ao juiz efetuar o controle do processo (BRESOLIN, 2012).

4. EXPROPRIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS IMÓVEIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Há instrumentos esparsos na legislação pátria que cumprem um papel similar a este, permitindo que extrajudicialmente se realizem atos de expropriação em situações específicas: leilão extrajudicial de quota de terreno do condômino inadimplente diante da falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção



(artigo 63, Lei nº 4.591/64), medida extensível a outros contratos de construção em que se realizem vendas de habitações a prazo (artigo 1º, VI e VII, Lei nº 4.864/65); execução extrajudicial na alienação fiduciária de bem imóvel (artigos 26 e seguintes da Lei nº 9.514/97); e execução extrajudicial hipotecária, muito utilizada no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (artigos 29 e seguintes do Decreto-lei nº 70/66).

À salubridade do sistema de financiamento não basta a segurança representada pela solidez da garantia, sendo necessário que o instrumento para satisfação coercitiva do crédito, na hipótese de inadimplemento, seja eficiente. Imbuído desta preocupação, sabedor da relevância de assegurar o fluxo de retorno dos valores mutuados, com o objetivo de sanar adequadamente as crises de adimplemento que viessem a surgir no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – como, de fato, surgiram, e em elevado percentual –, o legislador, por meio do Decreto-lei nº 70/66, para além de criar a cédula hipotecária, facultou ao credor que não quisesse optar pela execução judicial então regida pelo Código de Processo Civil de 1939 um mecanismo extrajudicial para excutir o imóvel hipotecado e assim obter os recursos para satisfazer-se do montante inadimplido. Com efeito, a partir de seu artigo 29, o Decreto-lei 70/66 disciplinou o mecanismo da execução extrajudicial hipotecária, na qual incumbe ao agente fiduciário, ente que não integra o Poder Judiciário, o desempenho dos atos do procedimento que culminará na alienação do imóvel objeto da hipoteca e subsequente pagamento ao credor (BRESOLIN, 2012).

Neste sentido, há na legislação pátria uma hipótese utilizada ostensivamente que permite a expropriação de bem imóvel sem uso das vias judiciais, mas se trata de uma hipótese restrita aos casos em que o bem imóvel é dado em garantia ao pagamento da dívida. No caso da execução extrajudicial hipotecária, o agente de execução ou agente fiduciário será a instituição financeira credenciada, devendo ser escolhida de comum acordo entre credor e devedor, conforme previsto em contrato. O agente fiduciário será devidamente remunerado e deverá agir com imparcialidade (BRESOLIN, 2012).

Havendo inadimplência de três ou mais prestações e emitidos avisos de cobrança onde o credor reclama o pagamento da dívida, o credor fará a solicitação de execução da dívida ao agente fiduciário, que no prazo de 10 (dez) dias promoverá a notificação pessoal do devedor, conferindo o prazo de 20 (vinte) dias para pagamento da dívida. Por meio do Cartório de Registro de Títulos e Documentos é possível tanto enviar a notificação pessoal quanto, se necessário, promover a notificação por edital.

O primeiro leilão, que se realizará nos 15 (quinze) dias subsequentes ao fim do prazo de pagamento da dívida, terá como lance inicial o valor da dívida acrescido de despesas. O segundo leilão, realizado nos 15 (quinze) dias subsequentes, poderá aceitar o maior lance



apurado. Até que seja lavrado auto de arrematação, o devedor poderá quitar sua dívida e obstar a expropriação do bem. Por seu turno, o Decreto-lei nº 70/66 fixa que o valor mínimo da alienação é o valor da dívida, não exigindo avaliação do bem para fixação do valor mínimo baseado em valor real do patrimônio – tal contexto pode gerar um déficit para o devedor caso ocorra depreciação do bem e isso o leve a não reaver parte do que já pagou de seu valor.

Bresolin (BRESOLIN, 2012) discorda do posicionamento de juristas que defendem que a avaliação do bem deve ser realizada nestes casos:

Pensamos que a justa preocupação com o equilíbrio da execução extrajudicial não deve passar pela impossível exigência de avaliação não prevista em lei e incompatível com o procedimento; mas, isto sim, pela possibilidade de o executado que foi injustamente desfalcado em seu patrimônio como decorrência de expropriação por preço vil tê-lo recomposto por meio de demanda indenizatória.

Além disso, embora não se exija que a alienação ocorra por um valor justo, ocorre alguma proteção do devedor e evita-se o *deficiency judgment* porque no final do procedimento se garantirá que o devedor fique liberado de sua obrigação, seja por se atingir o propósito da venda pelo valor da dívida, seja por realização de adjudicação da integralidade do bem ao credor. Aliás, Bresolin (BRESOLIN, 2012) sustenta que em todas as hipóteses de expropriação extrajudicial de bens imóveis de se impedir o *deficiency judgment*, ou seja, se assegurar que o devedor não correrá o risco de perder o bem e continuar em débito.

Embora seja verdadeiro que a alienação fiduciária de imóveis tenha tomado parte do espaço ocupado pelas hipotecas imobiliárias, ainda há discussões sobre a constitucionalidade desta modalidade de execução extrajudicial prevista no Decreto-lei nº 70/66. A respeito, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha afirmado a constitucionalidade do Decreto-lei em alguns casos julgados, ainda tramita o *leading case* do tema, contando com a Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e poupança – ABECIP como *amicus curiae*. Até o momento, nos autos do Recurso Extraordinário nº 627106 desenha-se a manutenção do posicionamento de que a execução extrajudicial de imóveis é fundamental para manter o fluxo circulatório dos recursos destinados a programas sociais, especialmente voltados ao direito à moradia.

Com efeito, a execução extrajudicial na alienação fiduciária de imóveis tem escopo na Lei nº 9.514/97, onde se atribui ao Oficial do Cartório de Registro de Imóveis o papel de agente de execução, pautando-se pelo princípio da legalidade. Vale destacar que o



procedimento de execução extrajudicial apenas pode ter início depois de ultrapassado o prazo de carência previsto em contrato, dentro do qual o inadimplemento não levará à expropriação. Findo o prazo, o credor dirigirá ao Oficial um requerimento escrito, com detalhamento da dívida. Caberá ao Oficial promover a intimação do devedor, de preferência pessoalmente, mas possivelmente pela via de edital.

A purga da mora se dá pelo pagamento do montante da dívida com os seus encargos, mas não gera antecipação das parcelas que venceriam futuramente. O pagamento será feito ao Cartório de Registro de Imóveis, que repassará o valor ao credor no prazo de 3 (três) dias. Já se a purga da mora não ocorrer, o credor deverá promover leilão extrajudicial público do bem, precedido de editais que deem publicidade do ato. Neste leilão, deve se perseguir o preço mínimo do valor do imóvel, fixado no contrato. Infrutífera a primeira tentativa de alienação, poderá se aceitar preço inferior ao valor do imóvel na segunda tentativa, desde que este seja superior ao valor dos débitos, não apenas das parcelas vencidas e vincendas, mas de todos outros valores devidos, como tributos, encargos condominiais e seguros. Se alienado o imóvel e pagas todas despesas houver saldo remanescente, deverá ser restituído ao devedor.

Importante notar que, no regime da alienação fiduciária, se o valor do lance não for suficiente para cobrir a totalidade da dívida acrescida das despesas e encargos, ou mesmo se não houver licitantes, a solução imposta pelo legislador é a de que o credor receba definitivamente o bem em seu patrimônio, sem restituição de valores ao devedor e, de outro lado, que a dívida resulte extinta, obrigando-se o credor a dar quitação ao devedor, em termo próprio e no prazo de cinco dias contados da data do segundo leilão. Também neste caso, a despeito do silêncio da lei, entende a doutrina que deverá ser lavrado e averbado na matrícula do imóvel o correspondente auto de leilões negativos (BRESOLIN, 140-141).

Nota-se que também na expropriação extrajudicial decorrente da alienação fiduciária em garantia inadimplida se preserva o intuito de evitar o *deficiency judgment*. Importante, ainda, pontuar que também a Lei nº 9.514/97 está sendo arguida em relação à sua constitucionalidade. Em 2015, foi autuado e distribuído o Recurso Extraordinário nº 860631 no Supremo Tribunal Federal, cuja repercussão geral foi reconhecida, justamente discutindo se esta modalidade de execução é constitucional. O julgamento está marcado para março de 2021 e conta com a participação da Associação Brasileira dos Mutuários da Habitação – ABMH e da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP como *amicus curiae*.



É importante observar os procedimentos destas legislações para considerar os possíveis parâmetros que venham a instrumentalizar uma proposta de execução extrajudicial de bens imóveis pela via arbitral, sobre o que se assuntará adiante.

5. CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM COMO VIA EXECUTIVA E POSSIBILIDADES DE SUA INSTRUMENTALIZAÇÃO PARA A EXPROPRIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS IMÓVEIS

Se restaram ultrapassados os questionamentos sobre a constitucionalidade da arbitragem como um método diverso de solução de conflitos, o mesmo não pode se dizer das discussões sobre a ampliação de competências de suas vias, permitindo a realização de atos de execução, tipicamente estatais – reservados os casos anteriormente estudados.

Se a resolução de conflitos por meio de técnicas distintas da jurisdição estatal já não mais causa estranheza, a ponto de se cogitar do exercício de atividade jurisdicional por órgãos não integrantes do Estado, o mesmo não se pode dizer do exercício da atividade executiva. Abstraindo-se de técnicas primitivas cabíveis em sociedades desprovidas de um Estado suficientemente consolidado, pelas quais cabia ao particular empregar sua própria força para satisfazer os próprios interesses, o desenvolvimento da civilização conduziu ao fortalecimento do Estado e a evolução da execução caminhou no sentido de sua estatalização. [...] A consolidação do Estado e atribuição, a este, do desempenho dos atos de execução, permitiu que as atividades de satisfação coercitiva dos interesses do credor pudessem se realizar de maneira humanizada e equilibrada. Modernamente, difícil desvincular, do Estado, a execução, sendo praticamente consenso afirmar-se a existência de monopólio estatal da execução, corolário do monopólio estatal da força (*imperium*) (BRESOLIN, 2012).

Quando o Estado toma para si a autotutela, também o faz para assegurar que exista o mínimo de humanidade na solução de controvérsias. Um dos principais atos de autotutela que hoje se considera como justiça pelas próprias mãos é a tomada forçada de patrimônio do devedor com uso da força. Compreende-se o fundamento histórico por trás da reserva em se utilizar vias extrajudiciais para a realização de atos executivos, mas é preciso atentar-se para o fato de que existem diferentes tipos de atos executivos e nem todos eles necessitam do emprego da força física. Sendo assim, sob a visão clássica da vedação à autotutela, não parece se sustentar a argumentação de que todos atos executivos devem ser monopolizados pelo Estado.



Mister não confundir, pois, o *imperium* de que é investido o Estado – e que legitima a transformação característica da execução, para satisfazer o interesse do credor independentemente e até mesmo contra a vontade do devedor – com o efetivo emprego de força física, um dos possíveis desdobramentos do *imperium* para remover certas resistências concretas que obstaculizem a transformação, que normalmente se reserva ao Poder Judiciário. A distinção parece óbvia, mas será preciso tê-la presente para constatar que a execução extrajudicial [...], em última análise, no *imperium* estatal, de cuja parcela – nos limites suficientes para a expropriação, mas sem alcançar o emprego da força física – é investido, por força de lei, o agente que a conduz, ainda que estranho aos quadros do Poder Judiciário. [...] É o Estado, pois, quem autoriza um agente não-juiz a operar, na execução extrajudicial, a transformação sensível que satisfaz o credor independentemente do recurso à força física: este, se necessário, haverá de ser prestado diretamente pelo Estado, por meio do Poder Judiciário (BRESOLIN, 2012).

Ainda assim, a doutrina brasileira tem divergido sobre a constitucionalidade da execução extrajudicial, posicionando-se contrários ao instrumento Ada Grinover (GRINOVER, 1990), Marinoni (MARINONI, 1994) e Arnaldo Rizzardo, (RIZZARDO, 2011), estes analisando o teor do Decreto-lei nº 70/66. Também contrário, inclusive quanto à Lei nº 9.154/97, está o posicionamento de Fidélis dos Santos (SANTOS, 1999). De outro lado, destacados juristas, como Orlando Gomes (GOMES, 2009), Caio Mário Pereira (PEREIRA, 2002), Arruda Alvim (ALVIM, 1996) e Cândido Dinamarco (DINAMARCO, 1994) defendem a constitucionalidade da execução extrajudicial. Bresolin (BRESOLIN, 2012) posiciona-se juntamente com o segundo grupo, apontando:

Esse modelo de execução extrajudicial [...] enquadra-se nos moldes de execução forçada e opera por meio executivo sub-rogatório, promovendo, independentemente e até mesmo contra a vontade do executado, a expropriação de bem imóvel sobre o qual recai a responsabilidade executiva, de modo a eliminar a crise de adimplemento e proporcionar a plena satisfação do exequente. Dito modelo de execução extrajudicial, por certo, afasta-se diametralmente do monopólio judicial da execução característico do modelo executivo brasileiro do Código de Processo Civil, na medida em que, na execução extrajudicial, os atos executivos são praticados por agentes de execução não integrantes do Poder Judiciário. [...] A despeito da perplexidade que pode causar por romper com o monopólio judicial da execução consagrado pelo Código de Processo Civil, o modelo de execução extrajudicial é altamente adequado às peculiaridades da situação desfavorável a debelar e às especificidades do regramento do direito material, guarda paralelo com mecanismos similares existentes no direito estrangeiro [...] e se justifica, a nosso ver, no âmbito da variabilidade dos instrumentos em função das particularidades do direito material que deve haver inclusive no âmbito da execução por quantia certa contra devedor solvente.



Acredita-se, juntamente com estes autores, que por mais que o Código de Processo Civil brasileiro não contemple a execução extrajudicial de bens imóveis esta não é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. De outro lado, também não se questiona a constitucionalidade da arbitragem como forma de solução de controvérsias e percebe-se a intenção do legislador pátrio em criar instrumentos que tornem a via arbitral mais eficiente. Neste contexto, pensa-se que não se sustentaria o argumento da inconstitucionalidade da execução extrajudicial de bens imóveis nos litígios submetidos a juízo arbitral.

Dois argumentos parecem ser particularmente favoráveis a esta afirmação. O primeiro deles repousa no fato de que o árbitro, enquanto juiz de fato e de direito, nutre todos os compromissos com a imparcialidade que o magistrado tem e, deste modo, poderia zelar para que a expropriação se desse em obediência aos princípios executivos basilares, como a menor onerosidade do devedor. Num segundo argumento, não se pode desprezar o elemento da autonomia de vontade que se encontra imbuído nas causas submetidas à arbitragem.

Em última análise, arbitragem e execução extrajudicial guardam fundamento na autonomia da vontade: não no sentido de que a execução extrajudicial decorreria de cláusula executiva – o que não ocorre –, e nem de que a execução extrajudicial teria natureza consensual – não tem –, mas sim no sentido de que só haverá execução extrajudicial, no modelo examinado, se as partes, livre e conscientemente, celebrarem, antes, negócio jurídico específico, no qual o devedor, voluntariamente, se obrigue a pagar quantia certa e ofereça determinado bem imóvel em garantia, negócio jurídico este instrumentalizado de acordo com a forma prescrita em lei, ao qual a própria lei reconhece como adequado para desencadear a execução extrajudicial. (BRESOLIN, 2012)

Não parece se justificar um impedimento para que os juízos e tribunais arbitrais sejam aparatados com a possibilidade de expropriação extrajudicial de bens imóveis para garantir o pagamento dos credores, assim reconhecidos na via arbitral. Se as partes acordaram em submeter a controvérsia perante o órgão arbitral e, sendo possível, acordem que o cumprimento da decisão também tramitará na via arbitral, não se justifica qualquer impedimento.

Há que se pensar, portanto, em possibilidades de instrumentalização, a título de *legis ferenda*, para que eventual reforma legislativa na lei arbitral e no Código de Processo Civil contemple os requisitos para respeito às normas constitucionais, não apenas no que tange à inafastabilidade da jurisdição, mas também no que concerne o devido processo legal e a



ampla defesa. Neste campo, a vedação ao *deficiency judgment* que já se faz presente nas normas brasileiras de execução extrajudicial de imóveis do Sistema Financeiro de Habitação parece ser obrigatória, fixando claro limite ao juízo arbitral.

6. CONCLUSÃO

A primeira constatação a que se chega neste trabalho é que, apesar dos avanços do sistema processual brasileiro no que concerne os métodos diversos de solução de litígios, a arbitragem ainda permanece marginalizada e pouco aproveitada. Os avanços colaborativos entre juízo arbitral e Poder Judiciário por meio da carta arbitral voltam-se apenas para medidas de urgência e não afetam a manutenção do monopólio do Estado sobre atos executivos.

É inusitado tamanho receio com a ruptura do monopólio estatal da execução, considerando que há décadas existem no ordenamento brasileiro hipóteses de expropriação extrajudicial de bens imóveis – precisamente, as criadas pelo Decreto-lei nº 66/70 e Lei nº 9.514/97, ambas julgadas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em precedentes, apesar da pendência de repercussão geral sobre ambas em *leading cases* que ainda tramitam no Poder Judiciário brasileiro. Não obstante, há no direito comparado possibilidades mais amplas de expropriação extrajudicial de imóveis, como se vê no direito português.

Pelo entendimento que foi desenvolvido neste trabalho, a execução extrajudicial para satisfação de créditos pecuniários com garantia imobiliária é adequada às peculiaridades da relação jurídica material que possa ser submetida ao juízo ou tribunal arbitral, envolvendo puramente direitos patrimoniais disponíveis. Além disso, apresenta-se como uma solução para enfrentar de forma célere e efetiva a crise do adimplemento nos litígios patrimoniais. Pensa-se que a incorporação da execução extrajudicial de imóveis como instrumento no juízo arbitral tende a influenciar positivamente o cenário econômico e diminuir o acúmulo de processos de execução no Poder Judiciário – notadamente, os cumprimentos de sentença arbitral.

É preciso mensurar que a ausência de inconstitucionalidades, a priori, da criação deste sistema apenas pode se sustentar se preservados requisitos que protejam o devido processo legal o patrimônio do devedor inadimplente. Neste sentido, eventual proposta a título de *legis ferenda* deve contemplar necessariamente a vedação ao *deficiency judgment*, único meio instituído de forma padronizada nas normas brasileiras de expropriação extrajudicial de imóveis que tem o condão de proteger o patrimônio do devedor, impedindo-o de permanecer em débito depois que seja expropriado do bem imóvel.



REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Contestação – ação civil pública – pretensão e obtenção de declaração de inconstitucionalidade em tese – inadmissibilidade**. RePro, nº 82, 1996, p. 256-275.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de10070-66.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 627106**. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919340>. Acesso em: 22 dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 860631**. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4694303>. Acesso em: 22 dez. 2020.
- BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária**. 2012. 244 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GRECO, Leonardo. **A execução e a efetividade do processo**. RePro, nº 94, ano 1999, p. 34-66.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela cautelar do direito ao devido processo legal (o caso da execução privada do Decreto-lei nº 70/66)**. Jurisprudência brasileira cível e comércio, nº 173, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínios e incorporações**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Alienação fiduciária de coisa imóvel**. Revista Jurídica, nº 261, 1999.
- SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem, mediação e conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.