

Também confirma tal entendimento o fato de que apesar de o Estado reconhecer aos indivíduos a possibilidade de solucionarem controvérsias por meio da arbitragem, tendo equiparado a decisão proferida pelo árbitro àquela emanada de um juiz ou Tribunal (artigo 475-N, IV, do CPC), não lhe concedeu poder de *imperium*,<sup>77</sup> como se infere da necessidade de execução judicial das decisões arbitrais e também do § 4º do artigo 22 da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem).

Ou seja, se a atividade jurisdicional envolve *jurisdição* e *jurissatisfação*,<sup>78</sup> apenas a primeira foi conferida ao árbitro.<sup>79</sup>

Não é diverso o entendimento da jurisprudência:

“COMPETÊNCIA – Execução por título extrajudicial – Contrato – Cláusula de eleição de arbitragem para solução dos litígios – Processamento pelo juízo comum – Admissibilidade – Juízo arbitral – Sujeição, apenas, das ações de conhecimento – Preliminar rejeitada – Recurso improvido.”<sup>80</sup>

**“Execução de título extrajudicial.** Alegação de emissão de duplicata relativa a serviços de fornecimento, instalação e manutenção de andaimes em navio. Foi apresentada objeção de pré-executividade, sob o fundamento de que: (a) há cláusula compromissória de arbitragem; (b) mera locação de bem móvel não autoriza emissão de cambial. Na exceção podem ser suscitadas as questões de ordem pública e os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de produção de provas. No caso vertente, diante dos documentos acostados aos autos, é de se concluir que a análise da sequência de contratos

---

fiscal e a desapropriação se fazem por procedimento administrativo). Entre nós, além de a autotutela configurar exceção, dependente de previsão legal, não pode ir a ponto de usurpar competências exclusivas da Jurisdição, quais sejam: a de dizer o Direito, em última instância (CF, art. 5º, XXXV) e a de privar os indivíduos de sua liberdade física ou de sua propriedade (CF, art. 5º, LIV)” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 107).

<sup>77</sup> Em certo sentido, porém, o árbitro é dotado de *imperium*, vez que a sentença arbitral também é dotada de um grau mínimo de imperatividade, pois diz qual o direito aplicável ao caso concreto de forma vinculante. Cf. PINA, Pedro. *Arbitragem e Jurisdição*. Coimbra, *Julgar*, nº 6, set./dez. 2008, p. 144-150.

<sup>78</sup> Cf. NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 33.

<sup>79</sup> Cf. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 156; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Sentença Arbitral e Juízo de Execuções*. São Paulo, *Revista do Advogado*, nº 87, set. 2006, p. 36-37. Pelo que nega GIAN ANTONIO MICHELI que a arbitragem represente exceção ao monopólio estatal da jurisdição. Cf. *Derecho Procesal Civil*. t. I. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1970, p. 10.

<sup>80</sup> TJSP – 12ª Câmara de Direito Privado – Agravo de Instrumento nº 7.042.107-1 – Rel. Des. Carlos Bondioli – j. 1º.2.2006 – v.u.

firmados e seus conteúdos, demanda dilação probatória, de modo a se apurar preços, extensão do serviço contratado e efetuado, além de condições quanto ao efetivo cumprimento do pacto, caracterizando ou não a mera locação. A matéria suscitada, portanto, afasta-se do âmbito da objeção de pré-executividade, em razão de circunstâncias fáticas do caso. Por outro lado, sendo matéria de ordem pública, a despeito de não apreciada pelo juízo *a quo*, o fato é que a cláusula compromissória avençada não se aplica ao processo de execução, diante da inexistência de coercitividade da tutela arbitral. Precedentes da Corte. Equívoco da sentença que acolhe objeção de pré-executividade. Recurso provido para anular a sentença e determinar o prosseguimento da execução.”<sup>81</sup>

Ora, se o Estado não concedeu ao árbitro, pessoa distinta das partes (= *terzietà*) e não interessada no conflito de interesses (= *alienità*), poder de *imperium*, de modo a utilizar a força, se necessário, para alterar a realidade tornando-a conforme ao direito por ele reconhecido, seria um contrassenso, uma irracionalidade, enfim, desarrazoado (em infração ao devido processo legal),<sup>82</sup> admitir-se a possibilidade de que semelhante poder possa ser delegado a uma das partes (ou a um terceiro por ela escolhido, sem qualquer preocupação com o respeito aos direitos da outra, o que é praticamente o mesmo), para que ela, unilateralmente, solucione o conflito de interesses. Se o concurso de vontade dos interessados (na arbitragem) não é suficiente para legitimar uma tal delegação,<sup>83</sup> evidente que ela não pode se sustentar apenas na vontade do credor.

<sup>81</sup> TJRJ – 6ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 2006.001.26956 – Rel. Des. Luis Felipe Salomão – j. 13.12.2006.

<sup>82</sup> O *due process of law* serve para assegurar a coerência do ordenamento (= direito positivo) como um todo (das normas constitucionais entre si, das normas infraconstitucionais com as constitucionais e daquelas entre si), razão pela qual concordamos com UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO quando defende que a expressão devido processo legal deve ser lida como “processo devido segundo a ordem jurídica vigente”, superando, pois, uma visão legalista-positivista do direito. Cf. A Execução Extrajudicial do Decreto-lei 70/66 em Face do Princípio do Devido Processo Legal. São Paulo, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 37, out./dez. 2001, p. 169-170.

<sup>83</sup> É oportuno transcrever a seguinte lição de UGO ROCCO: “As partes contratantes não conferem aos árbitros um poder jurisdicional que elas mesmas *não possuem*, e que, por conseguinte, não poderiam em nenhum caso transmitir aos árbitros; as partes atuam, dentro dos limites da sua autonomia privada, colocando em existência uma convenção privada, a qual, em si mesma, não produz entre as partes mais do que efeitos jurídicos privados. Os efeitos de direito público, a saber, a atribuição de poderes jurídicos aos árbitros, fica *fora* da vontade das partes, as quais fornecem o meio para que se produzam tais efeitos jurídicos, mas não os produzem elas próprias, mediante as suas próprias declarações de vontade” – tradução livre (*Tratado de Derecho Procesal Civil*. v. I. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma, 1969, p. 138-139). A jurisdição, como ressaltou CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, é inalienável: “Não se negocia a jurisdição. Não se aliena, não se transige, não se alheia, a qualquer título, o direito constitucional à

O devido processo legal, ao menos no Brasil, é incompatível com qualquer espécie de execução extrajudicial.

Logo, tampouco se admite, em face do caráter jurisdicional da execução, a prática de atos executivos, como a penhora,<sup>84</sup> antes de devidamente instaurado um processo executivo, por ato de particular. “Penhora” que não foi autorizada por juiz não é penhora, mas esbulho, exercício arbitrário das próprias razões ou outro ilícito qualquer.

O cerne da questão, como observou CALAMANDREI, é que “a relação jurídica entre os particulares não é nunca um poder de sujeição de um homem sobre outro homem; é apenas, num primeiro momento, uma expectativa do titular do direito que, para a satisfação do próprio interesse, conta com a voluntária colaboração do obrigado. Para passar do momento da obrigação ou da sujeição, é necessário que o titular do direito se dirija ao Estado, a fim de que seja posta em prática, a respeito do obrigado, aquela relação de direito público no qual o Estado é soberano e o cidadão é um *subiectus*, a fim de que, em outras palavras, a obrigação se transforme em sujeição”.<sup>85</sup>

É bem verdade, como ressalta a doutrina,<sup>86</sup> que existem exceções ao princípio da exclusividade do exercício da atividade executiva pelo Estado (e mais especificamente pelo Poder Judiciário).

---

jurisdição. Como todo direito fundamental é ele intransferível e inegociável” (O Direito Constitucional à Jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 45). Não medra, assim, o argumento de a execução extrajudicial seria legitimada por sua origem consensual ou pela natureza disponível do direito envolvido (MARTINS, Samir José Caetano. *Execuções Extrajudiciais de Créditos Imobiliários*. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2007, p. 51 e 87), posto que o que está em jogo é a jurisdição.

<sup>84</sup> “A penhora é ato de *imperium* do juízo da execução, com que se vinculam bens ao processo executivo” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 183). “A penhora, o arresto, o sequestro, a extensão executiva do concurso de credores (art. 613), a constrição concursal da arrecadação e quaisquer outras medidas constritivas são elementos executivos, porque invadem a esfera jurídica de alguém” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IX. 2. ed. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 22).

<sup>85</sup> Cf. *Direito Processual Civil*. v. I. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 186. “[...] só a autoridade, representando o Estado, tem a possibilidade de invadir, sem ir ao Judiciário, a esfera jurídica do particular. Um outro particular não pode fazer isso jamais” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Do Mandado de Segurança. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 65).

<sup>86</sup> Lembra TESHEINER (Jurisdição, Execução e Autotutela. In: TESHEINER, José Maria Rosa et al. (Coord.). *Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil: Estudos em Homenagem aos 25 Anos de Docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 380) que a lei autoriza a liquidação extrajudicial de instituições financeiras (Lei nº 6.024/74), mas a hipótese é substancialmente diversa da que é objeto da presente dissertação, por se tratar de

Tal fato, no entanto, apenas reforça a excepcionalidade de tais hipóteses, aparecidas em sua maior parte antes do surgimento do Estado Democrático de Direito (ou pelo menos da consagração da ideia de devido processo legal) e mantidas, possivelmente, apenas por conta da tradição, e que precisamente por isso devem ser restringidas<sup>87</sup> ao invés de ampliadas. A “marcha histórica” da autotutela deve ser rumo ao desaparecimento.<sup>88</sup>

A este respeito, porém, um esclarecimento merece ser feito.

O entendimento, ora defendido, de que a atividade executiva tem caráter jurisdicional e que, via de consequência, não admite o devido processo legal que a execução se desenvolva sem a supervisão de um órgão jurisdicional, isto é, fora de um processo judicial (= reserva de jurisdição), não significa que todos os atos a serem praticados na execução devam ser determinados única ou exclusivamente pelo juiz ou que todas as questões surgidas na execução devam, necessariamente, desde logo por ele ser resolvidas:

---

procedimento concursal (= execução coletiva), em que, entre outros fenômenos, o executado perde o poder de disposição e administração de seus bens, envolvendo pessoas jurídicas cuja atividade depende de autorização estatal e se encontram permanentemente sob sua supervisão. Mais do que isso, o próprio propósito da liquidação extrajudicial não é tutelar o direito subjetivo dos credores ou o direito objetivo (não é jurisdicional), como ressaltou GIAN ANTONIO MICHELI: “Em consideração ao predominante interesse público na preservação de determinadas empresas, juntamente com a falência, como processo judicial, têm sido introduzidos na Itália, antes mesmo do fascismo, procedimentos concursais especiais sujeitos predominantemente às autoridades administrativas e que costumam ser chamados de ‘liquidações coativas administrativas’. É evidente que em tais casos o procedimento administrativo vem a ser um instrumento da política econômica governamental, já que o propósito que se quer alcançar através dessas liquidações é o de obter determinados resultados econômicos. O modelo abstrato da falência é utilizado, por conseguinte, na medida em que contribui para tais propósitos, dentre os quais a satisfação dos credores não ocupa lugar exclusivo ou mesmo predominante. Somente sob este perfil, pois, pode-se justificar a atribuição à autoridade administrativa de funções que devem se reservar à autoridade judicial” – tradução livre (*Derecho Procesal Civil*. t. III. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1970, p. 392-393). As únicas verdadeiras hipóteses de execução extrajudicial anteriores à década de 60 do século XX parecem ser as previstas: (a) no art. 10, § 1º (leilão extrajudicial de mercadorias depositadas em armazéns gerais e tidas por abandonadas, descontando-se do valor apurado as quantias devidas ao armazém) e 23, § 1º (leilão extrajudicial das mercadorias especificadas em *warrant* não pago no vencimento) do Decreto nº 1.102/1903, diploma vetusto e de pouca relevância atual (tanto que quase não é mencionado pela doutrina); e (b) o artigo 107, II, da Lei nº 6.404/76, que autoriza a companhia a vender em bolsa as ações do acionista remisso, correspondente ao art. 76, “b”, do Decreto-lei nº 2.627/40, que já reconhecia PONTES DE MIRANDA ser espécie de *execução coativa* (*Tratado de Direito Privado*. t. L. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 224). Tais dispositivos, pelas razões já expostas, devem ser reputados revogados pela CF/88 (se não revogados pelas Constituições anteriores ou originariamente inconstitucionais).

<sup>87</sup> O Estado (pelo menos não o Estado de Direito) não pode proibir a legítima defesa. Já a autotutela pode ser licitamente limitada pelo Estado, como decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos: “O Estado age dentro dos limites de sua autoridade constitucional quando limita as hipóteses de autotutela” (*Grant Timber & MFG Co. v. Gray*, 236 U.S. 133 (1915)).

<sup>88</sup> Cf. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 68.

“[...] é possível distinguir no processo dimensões processuais materialmente jurisdicionais e dimensões processuais que não exigem intervenção do juiz, podendo estas ser dinamizadas por outros agentes ou operadores jurídicos [...]”.<sup>89</sup>

Ao magistrado cabe verificar se o sedizente credor tem direito à tutela executiva (há título executivo? O crédito é líquido, certo e exigível? As partes são legítimas?) e, eventualmente, se a sua pretensão é amparada pelo direito material (em sede de impugnação ou embargos à execução apresentados pelo suposto devedor).

A atividade executiva (em processo autônomo de execução ou fase de cumprimento de sentença), no entanto, a isto não se resume, existindo inúmeros atos a serem praticados e decisões a serem tomadas que podem perfeitamente ser delegados a outros agentes estatais ou inclusive a particulares (sujeitos, em ambos os casos, ao controle *a posteriori* do juiz) a fim de tornar mais ágil e/ou eficiente a tutela jurisdicional *in executivis*, sem ofensa à reserva de jurisdição ou ao devido processo legal.

Neste sentido, pois, é lícito não apenas falar em “desjudicialização”<sup>90</sup> ou até mesmo “privatização” da execução, como é possível mesmo vislumbrar a existência de um movimento neste sentido, como revelam algumas recentes alterações legislativas ocorridas em outros países, principalmente de tradição (*civil law*) semelhante à nossa, e no próprio processo civil brasileiro.

O primeiro exemplo, a que faz referência recente doutrina,<sup>91</sup> foi a introdução no processo civil português, pelo Decreto-lei nº 38/03, da figura do agente de execução,<sup>92</sup> auxiliar do juízo<sup>93</sup> (como o são entre nós o oficial de justiça e o escri-

<sup>89</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 673.

<sup>90</sup> Segundo a jurista portuguesa MARIA JOSÉ CAPELO, citada por SAMY GARSON, a expressão *desjudicialização* designa os casos em que determinados atos são retirados da esfera de atuação do juiz no contexto de um processo judicial, enquanto *desjurisdicionalização* refere-se aos casos em que a tutela de determinadas pretensões é retirada do Poder Judiciário. Cf. A Viabilidade da Desjudicialização do Processo de Execução”. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Coord.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária/Quartier Latin: 2007, p. 527.

<sup>91</sup> Cf. GARSON, Samy. A Viabilidade da Desjudicialização do Processo de Execução. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Coord.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária/Quartier Latin: 2007, p. 503-547.

<sup>92</sup> Segundo SAMY GARSON, figura semelhante (denominada *huissier*), originária do direito francês, existe na França, Bélgica, Holanda, Suíça, Grécia, Luxemburgo, Polônia, Eslováquia, Romênia e Hungria, e está para ser implementada na República Checa, Lituânia, Bulgária e Albânia. Cf. A Viabilidade da Desjudicialização do Processo de Execução. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Coord.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária/Quartier Latin: 2007, p. 514.

<sup>93</sup> Observa FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, porém, que “a missão do solicitador de execução apresenta-se com uma natureza híbrida, por reunir em si as características próprias de um *manda-*

vão), responsável pela realização de todas as diligências do processo de execução (incluindo os atos de penhora, alienação e pagamento), a quem foram transferidas atribuições que até então pertenciam ao juiz. Sob o novo regime, “enquanto o agente de execução executa mas não decide, o juiz de execução decide mas não executa”.<sup>94</sup>

A penhora, a apreensão e a venda de bens, embora continuem a ser atos jurisdicionais, passaram a ser praticados por órgão diverso do juiz.

Outro exemplo de *desjudicialização* foi recentemente introduzido pela Lei nº 11.382/2006 em nosso direito positivo: a alienação do bem penhorado por iniciativa particular (art. 685-C do CPC).

Embora a alienação continue a ser regida pelo direito público (é uma *expropriação* e não uma *venda*), cabe ao exequente ou a corretor credenciado a iniciativa de localizar terceiros interessados na aquisição do bem, de forma (espera-se) mais rápida e mais barata do que na alienação em hasta pública. Busca-se, assim, evitar “o custo e a burocracia da máquina estatal”.<sup>95</sup>

A alteração, outrossim, tem o propósito de combater um problema que tem afligido a atividade executiva, em prejuízo tanto do exequente como do executado: a alienação dos bens penhorados em hasta pública por montante consideravelmente inferior ao seu valor real ou de mercado.

A introdução deste tipo de medidas de *desjudicialização*, somadas a alterações legislativas como as recentemente implementadas pelas Leis nºs 11.232/2005 e 11.382/2006 (multa de 10%, fim do efeito suspensivo *ope legis* dos embargos à execução etc.) e outras que ainda precisam ser feitas,<sup>96</sup> pode aumentar a efetividade (para todos, e não apenas parcela dos credores) da atividade jurisdicional executiva, tornando desnecessário o perigoso recurso à *desjurisdicionalização*, que

---

tário do credor e de um oficial público” (*Curso de Processo de Execução*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 119).

<sup>94</sup> Cf. A Viabilidade da Desjudicialização do Processo de Execução. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Coord.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária/Quartier Latin: 2007, p. 518 (citando Miguel Teixeira de Sousa).

<sup>95</sup> Cf. HOFFMAN, Paulo. In: SACCO NETO, Fernando et al. *Nova Execução de Título Extrajudicial: Lei 11.382/2006 comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2007, p. 161.

<sup>96</sup> Como a alteração da taxa de juros de mora incidente na fase de cumprimento ou processo automático de execução, a criação de um banco de dados público sobre os bens dos executados, as penhoras realizadas e as execuções em andamento (nos moldes do que existe em Portugal) e a revisão dos casos de impenhorabilidade absoluta e relativa. Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. O Novo ‘Cumprimento de Sentença’ e a Busca da Efetividade do Processo: Considerações a Propósito da Lei nº 11.232/2005. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 47, fev. 2007, p. 53-60.

de forma crescente, tal qual o canto das sereias, tem procurado seduzir o legislador (e parcela da doutrina).

### 4.3 Execução extrajudicial e a proibição do julgamento<sup>97</sup> em causa própria

Todavia, ainda que se admita, em face do caráter mutável do direito (e também do devido processo legal), que no futuro se autorize a delegação, pelo Estado, do seu poder de império, de modo a permitir a prática de atos tipicamente executivos por particular, jamais poderia ser investido de tal *munus* o próprio interessado (o sedizente credor), sob pena de retorno à autotutela proibida pela Constituição,<sup>98</sup> grotescamente pintada com as cores do devido processo legal e do Estado de Direito, para camuflar<sup>99</sup> a sua verdadeira origem e natureza.

Semelhante mudança não apenas seria incompatível com o presente e o passado do Direito brasileiro (o nosso *law of the land* ou, mais especificamente, o *modelo processual brasileiro*),<sup>100</sup> ofensiva que é à nossa consciência jurídica.<sup>101</sup> Deve ser reputada inconciliável, igualmente, com o futuro que desejamos para a nossa sociedade,<sup>102</sup> a respeito do qual o devido processo nos “convida a pensar”: “A noção de devido processo convida a pensar no que temos feito, onde estamos e quais são nossos projetos a respeito do serviço da justiça” (tradução livre).<sup>103</sup>

<sup>97</sup> A palavra *julgamento* é utilizada em sentido amplo, pois em um processo ou procedimento de execução não há julgamento de mérito, mas há atividade cognitiva por parte do juiz ou de quem lhe faça as vezes (no caso o próprio credor).

<sup>98</sup> “[...] o princípio da proibição da Justiça de mão própria [...] não se acha expresso na Constituição mas decorre dos princípios que ela adota, e por isto se acha tão garantido quanto os demais que nela se acham expressos” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Limites 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).

<sup>99</sup> É o que ocorre, *data venia*, quando se procura chamar as execuções extrajudiciais de “forma contratual de realização de garantia”, expressão utilizada por CHALHUB (*Negócio Fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 311).

<sup>100</sup> A expressão é utilizada por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. Cf. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 73.

<sup>101</sup> Cf. CUNHA, Euripedes Brito. *Execução Extrajudicial. A Revogação Constitucional dos Arts. 30, 31 e 38 do Decreto-Lei 70/66*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, nº 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=890>>. Acesso em: 9 jun. 2006.

<sup>102</sup> Segundo lembra LOUIS ASSIER-ANDRIEU, o direito “é a um só tempo reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela” (*O Direito nas Sociedades Humanas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. xi).

<sup>103</sup> Cf. OTTEIZA, Edmundo de Faria.

“Como a humanidade não está livre de movimentos retrógrados, deve, para preveni-los, estar constantemente cônica da história de seus próprios problemas e das soluções que já lhes foram propostas. Tal como o navegante que, para aferir o curso da embarcação, refaz no mapa sua trajetória desde o ponto de partida, assim também o cientista, de tempos em tempos, para situar-se corretamente, tem que voltar sobre o passado para saber em que lugar da ciência se encontra hoje; se no rumo de novas e mais adequadas soluções para os problemas humanos, ou se num desvio da rota verdadeira, que só lhe trará infortúnios e de onde só a grande custo poderá retornar ao curso desejado.”<sup>104</sup>

Deveras, imaginar que a ideia de devido processo legal seja compatível com a ampliação das hipóteses de autotutela (considerados os casos tradicionalmente permitidos pelo direito luso-brasileiro) ou soluções a ela assemelhadas, dando ensejo à sua consagração como forma de composição dos litígios (ou de determinadas espécies de litígios) é ignorar a obrigação do intérprete constitucional de “sempre buscar a resposta moralmente mais correta para preencher o conteúdo aberto das normas constitucionais”.<sup>105</sup>

Se o devido processo legal, em seu aspecto processual, deve assegurar um procedimento justo e este, para ser justo, deve “proteger as pessoas contra o arbítrio”,<sup>106</sup> não se pode permitir que a execução de créditos pecuniários (ou de outras obrigações) seja feita pelo próprio credor. “O devido processo legal procedimental está intrinsecamente associado à proposição de que ninguém deve ser juiz em causa própria.”<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Apresentação (à *Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial* de Paula Batista). In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 314. A advertência é tanto mais prudente se considerarmos que o processo (e o próprio Direito, em sentido amplo) passa por um período de transição e incertezas, no qual “caminhamos praticamente no escuro” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 11).

<sup>105</sup> Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 203.

<sup>106</sup> Cf. KEMMERICH, Clóvis Juarez. O Princípio do Devido Processo Legal Procedimental. *Estudos de Direito Processual*. Porto Alegre: Edição do Autor, 2007, p. 10. “Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir” (CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. 1. ed. 4. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 69).

<sup>107</sup> Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 480.

Qual era o propósito da cláusula *law of the land* e do próprio artigo 39 da Magna Carta senão impedir que o Rei fizesse justiça com suas próprias mãos, segundo apontou MCILWAIN?<sup>108</sup>

Não foi pela mesma razão que a *Court of Common Pleas*, pelo voto de COKE, julgou nula, por contrária ao direito e à razão, lei que transformava o Colégio de Médicos de Londres em juiz em causa de seu interesse, no célebre caso *Bonham*, na origem do controle da razoabilidade das leis que seria consagrado pelo direito constitucional norte-americano?

Realmente, é unânime a doutrina ao afirmar que a parcialidade dá ensejo ao arbítrio, razão pela qual não se admite, desde tempos remotos, que alguém seja juiz em causa própria.<sup>109</sup>

Os procedimentos objeto do presente trabalho, precisamente por consubstanciarem formas de autotutela, não oferecem o mínimo de garantia de justa composição do litígio, pois “a tendência natural dos indivíduos é, quando entendem ter direito a algum bem devido por outrem, simplesmente invadir a esfera de direitos dessa pessoa e daí retirar o que pretendem”.<sup>110</sup>

No dia em que desaparecer tal tendência, não só será desnecessária a execução extrajudicial, como a execução forçada, o processo e o próprio direito material. Até lá, permanecem as razões para que seja proibida a autotutela, de modo a impedir retrocessos civilizatórios: “A história da substituição da autotutela pelo processo tem sido, em definitivo, a história da substituição da lei da selva pela civilização” (tradução livre).<sup>111</sup>

Qualquer procedimento que ofereça a um cidadão médio a tentação de, como “julgador”, agir parcialmente, não pode ser considerado conforme ao devido processo legal.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> Cf. *Constitutionalism Ancient and Modern*. Ithaca: Great Seal Books, 1958, p. 86.

<sup>109</sup> Segundo PASCAL nem ao homem mais justo do mundo se permite ser juiz em causa própria. Apud ORTH, John V. *Due Process of Law: a Brief History*. Lawrence: University Press of Kansas, 2003, p. 16.

<sup>110</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 187.

<sup>111</sup> Cf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 22. “Sociologicamente”, lembra PONTES DE MIRANDA, “a justiça de mão própria ou indolência do grupo social, ou regressão ocasional (guerras, revoluções, calamidades)” (*Comentários Código de Processo Civil*. t. V. 3. ed. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 176).

<sup>112</sup> Conforme decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos no supracitado caso *Tumey v. Ohio*: “Qualquer procedimento que ofereça uma possível tentação ao homem médio, enquanto juiz, de esquecer do ônus da prova necessário para condenar o acusado, ou que possa levá-lo a não manter

Se a “fuga” do sistema processual comum para um microsistema instituído em favor de determinados créditos ou credores<sup>113</sup> (como é o caso, por exemplo, da ação de busca e apreensão do Decreto-lei nº 911/69), normalmente com prejuízo para o direito de defesa do réu,<sup>114</sup> já é criticável, podendo ser considerada suspeita,<sup>115</sup> por ofensa à isonomia (no sentido de *equal protection of the laws*), a “fuga” do próprio processo (não se trata de “deformalização” mas de autotutela)<sup>116</sup> é inaceitável e manifestamente inconstitucional, até porque a afronta à isonomia, em tal situação, já se configura manifesta.<sup>117</sup>

“Péssimo, política e tecnicamente, será optarmos por deixar inadequadamente regulado o que deve servir para a quase totalidade dos lití-

um correto, claro e verdadeiro equilíbrio entre o Estado e o acusado priva este último do devido processo legal” (tradução livre).

<sup>113</sup> Cf. BECKER, L. A. *Contratos Bancários: Execuções Especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002 (especialmente os capítulos 2 e 3); OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. Porto Alegre, *AJURIS*, nº 33, 1985, p. 79-85. Situação diversa ocorre quando o legislador, movido por critérios de conveniência e oportunidade, concede a determinados créditos uma forma de tutela mais célere (e efetiva), através de um processo ou procedimento já existente (isto é, que já era aplicado a outros créditos), como é o caso da execução por quantia certa regulada pelo CPC. Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Tutela do Crédito e Limites à Criação de Títulos Executivos pelo Poder Legislativo: o Caso da Cédula de Crédito Bancário (Lei nº 10.931/04). São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 46, jan. 2007, p. 25 (nota 17). “Embora viciado na origem histórica, o processo de execução hoje atende a interesses não mais de apenas uma classe, de modo que universalizou-se sua utilidade – embora ainda se reserve o rótulo de ‘título executivo extrajudicial’ a determinadas situações privilegiadas” (BECKER, L. A. *Contratos Bancários: Execuções Especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 250).

<sup>114</sup> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do pedido de liminar da ADI(MC) nº 1.055, considerou inconstitucionais, por ofensa ao devido processo legal (processual), os §§ 2º e 3º do artigo 4º da Lei nº 8.866/94, que determinava, nas ações de cobrança movidas em face dos contribuintes considerados depositários de tributos, o decreto de prisão do réu e a aplicação da pena de revelia caso não recolhida ou depositada a importância (STF – Tribunal Pleno – ADI(MC) nº 1055 – Rel. Min. Sydney Sanches – j. 16.6.1994 – m.v.).

<sup>115</sup> Segundo a lição de SÉRGIO FERNANDO MORO, a lei pode ser considerada “suspeita” em quatro hipóteses: (a) tratamento desfavorável a minorias; (b) tratamento mais favorável a grupos de acentuada influência política; (c) restrições a direitos sociais; (d) restrições à liberdade de expressão e ao acesso à informação. Cf. *Legislação Suspeita? Afastamento da Presunção de Constitucionalidade da Lei*. Curitiba: Juruá, 1998. A situação ora examinada se enquadra na letra “b”, que a nosso ver engloba também o favorecimento das pessoas e grupos detentores de poder econômico.

<sup>116</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. *Novas Tendências do Direito Processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 199-200.

<sup>117</sup> Na medida em que o suposto devedor continua obrigado a recorrer ao Poder Judiciário a fim de ver satisfeita a sua pretensão (declaratória ou constitutiva), ao contrário do sedizente credor, sendo evidente a disparidade de armas.

gios e nos perdermos em elucubrações cerebrinas para institucionalizar excepcionalidades.”<sup>118</sup>

Se o processo, não se nega, não atende às expectativas dos jurisdicionados, problema que aliás não é novo, a solução é melhorá-lo, como vem tentando fazer o legislador desde a década passada,<sup>119</sup> e não permitir que determinadas categorias de credores pratiquem justiça de mão-própria, solução egoísta ao melhor estilo “cada um por si e Deus por todos”.

“Por pior que seja o Judiciário, por menos legitimidade política que ele tenha, não há, a nosso ver, justificativa suficiente para a criação e subsistência de meios alternativos de composição de conflitos desprovidos de qualquer cunho isonômico ou de quaisquer outras garantias processuais.”<sup>120</sup>

Não se pode “alijar partes inteiras da vida social do benefício da ordem legal”,<sup>121</sup> sob a alegação da ineficiência da Justiça, argumento frequentemente invocado em defesa das execuções extrajudiciais:

“Os meios especiais de realização de garantias visam dotar o ordenamento de mecanismos capazes de propiciar rápida recomposição de situações de mora, em prazos compatíveis com as necessidades de manutenção do fluxo de retorno dos empréstimos, com vistas ao interesse coletivo<sup>122</sup> de permanente oferta de crédito, pois os meios tradicionais *não mais satisfazem a uma sociedade industrializada, nem mesmo nas relações creditícias entre pessoas físicas, pois apresentam graves desvantagens pelo custo e morosidade em executá-las.*”<sup>123</sup>

Não é retornando à autotutela que se resolverá o problema da morosidade do processo, da mesma forma que não se resolve a falta de leitos em hospitais

<sup>118</sup> Cf. CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10.

<sup>119</sup> Nem sempre com sucesso, é verdade...

<sup>120</sup> Cf. BECKER, L. A. *Contratos Bancários: Execuções Especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 221.

<sup>121</sup> Cf. ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas Sociedades Humanas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 213. Como afirmou THOMAS COOLEY, permitir que alguém seja juiz em sua própria causa é “colocar a outra parte, no que diz respeito a esta controvérsia, fora da proteção do direito, sujeitando-o ao poder de alguém que terá interesse em decidir arbitrariamente e injustamente” – tradução livre (COOLEY, Thomas M. *Constitutional Limitations*. Boston: Little Brown, 1868, p. 413).

<sup>122</sup> É difícil conceber que o desrespeito a garantias constitucionais possa atender a qualquer interesse *verdadeiramente* coletivo.

<sup>123</sup> Cf. CHALHUB, Melhim Namen. *Negócio Fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 318.

devolvendo os doentes a seus lares ou “despejando-os” na via pública.<sup>124</sup> Matar o doente para eliminar a doença não pode ser considerado uma “solução”. É fugir do problema e não enfrentá-lo.

Pelo contrário, a ampliação de hipóteses de autotutela sob o argumento da ineficiência da atividade jurisdicional apenas agrava a capacidade do Estado de manter a ordem jurídica, contribuindo para o seu esfacelamento.

Como observou JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, “não há a menor dúvida de que o que realmente toma tempo ao processo é a defesa do réu, mas daí a achar que a supressão da defesa do réu possa representar solução para a melhoria do processo vai uma enorme distância e só faz sentido para quem não deseje, do processo, outra coisa senão que acabe logo”.<sup>125</sup>

Demais disso, a rápida e eficiente satisfação dos direitos (especialmente dos direitos violados) não é o único valor prestigiado por nosso texto constitucional, não servindo, portanto, para justificar toda e qualquer escolha do legislador. Há outros valores em jogo, de maior relevância, que necessitam ser preservados.<sup>126</sup> Os fins não justificam os meios.

“O grande dilema do processo contemporâneo, com que se deparam os estudiosos em quaisquer procedimentos, encontra-se na necessidade de conciliação da sua efetividade, como meio da concreta tutela dos direitos subjetivos conferidos pelo ordenamento jurídico, com as garantias fundamentais do processo, muitos deles erigidos em autênticos direitos fundamentais, como o devido processo legal, o juiz natural, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a imparcialidade e a independência do juiz,

<sup>124</sup> Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Execução Fiscal Administrativa?* Disponível em: <<http://www.hugosegundo.adv.br/conteudo.asp?idpublicacao=37>>. Acesso em: 8 jun. 2007.

<sup>125</sup> Cf. A Nova Execução da Sentença Civil. Mais Alterações. São Paulo, *Revista do Advogado*, nº 81, abr., 2005, p. 61. “[...] na raiz de todas as tentativas de restringir a liberdade jurídica do réu, encontra-se sempre uma profunda e indisfarçável ojeriza ao processo ou uma não menos indisfarçável desconfiança na capacidade do processo de possibilitar a descoberta da verdade” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Limites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 210-211).

<sup>126</sup> Cf. GORA, Joel M. *Due Process of Law*. Lincolnwood: National Textbook Company, 1985. p. xii. “Seria um erro crucial pensar na efetividade do processo como um bem supremo, que deva ser perseguido a qualquer preço e, inclusive, à custa das liberdades constitucionais” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Limites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 212).

a impessoalidade da jurisdição e a obrigatoriedade de fundamentação das decisões, entre outros.”<sup>127</sup>

É preocupante, aliás, que o respeito a direitos e garantias constitucionais seja visto de forma negativa, sob a alegação de que eles são um entrave à satisfação de direitos.<sup>128</sup> Um procedimento que não respeita o devido processo legal talvez seja mais eficiente, mas dificilmente será um procedimento melhor. Um certo grau de “ineficiência” é o preço (nunca muito caro) que se paga pelo Estado de Direito, como já perceberam há algum tempo os estudiosos do processo penal e apenas recentemente se dão conta os estudiosos do processo civil.

O gravame representado pelo inadimplemento há de ser eliminado, porém de acordo com o *due course of law*, como já preconizava COKE (com base na Magna Carta), pois é aos Tribunais que as pessoas devem recorrer na defesa de seus direitos:

“E, destarte, todo súdito deste reino, em caso de qualquer dano a ele causado, por qualquer outro súdito, seja ele religioso ou leigo, livre ou servo, homem ou mulher, velho ou novo, fora-da-lei ou excomungado, ou qualquer outro, sem exceção, deve valer-se deste remédio de acordo com o processo regular, e obter justiça, e reparação para o dano que lhe foi causado, sem a necessidade de qualquer pagamento, de forma ampla e rápida” (tradução livre).<sup>129</sup>

O que nos traz à questão das circunstâncias em que se exige o devido processo legal.

Segundo afirma T. M. SCANLON,<sup>130</sup> em lição claramente embasada no standard formulado no caso *Matthews v. Eldridge* já referido, quatro são as indagações a serem respondidas para decidir a respeito da necessidade (para privação da vida,

<sup>127</sup> Cf. GRECO, Leonardo. As Garantias Fundamentais do Processo na Execução Fiscal. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coord.). *Execução Civil (Aspectos Polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 249.

<sup>128</sup> Em sua tese de doutorado, alude MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO ao sentimento cultivado pelo meio financeiro “de que a decisão judicial é um estorvo para a atividade econômica”, em cuja visão o desenvolvimento econômico a qualquer custo é “o próprio bem comum que o direito persegue”. Cf. *Da Fidúcia à Securitização: As Garantias dos Negócios Empresariais e o Afastamento da Jurisdição*. Tese (Doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 26.

<sup>129</sup> Apud KURLAND, Philip B.; LERNER, Ralph (Ed.). *The Founders' Constitution*. v. 5. Indianapolis: Liberty Fund, 1987, p. 309-310.

<sup>130</sup> Cf. *Due Process*. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (Ed.). *Due Process*. New York: New York University Press, 1977, p. 98-99.

liberdade ou propriedade de alguém) da observância de garantias decorrentes do *due process*, bem como para determinar as garantias adequadas ao caso concreto:

1. Qual a probabilidade de que um determinado tipo de poder, caso não seja objeto de controle, venha a ser exercido fora dos limites que o justificam? Ou, em termos mais simples, qual a probabilidade de abuso do poder?
2. Qual a gravidade dos prejuízos causados por este abuso?
3. O devido processo legal seria uma forma efetiva de controle do exercício do poder?
4. Os custos da observância do devido processo nesses casos seriam excessivos? A maior efetividade do devido processo sobre outras formas de controle justifica o custo adicional?

Ora, consideradas tais variáveis, não podemos chegar a outras conclusões que não estas: a atividade executiva deve observar o devido processo legal e o devido processo legal não é compatível com a permissão da autotutela, sobretudo em matéria de obrigações pecuniárias, tradicionalmente proibida pelo direito lusobrasileiro.

A autotutela, de que as formas de execução extrajudicial são espécies, como já visto, é por definição fruto do arbítrio de uma das partes, não podendo ser considerada um meio seguro de composição do conflito de interesses. Os prejuízos que podem ser eventualmente causados aos executados, nos casos em apreço, são consideráveis, vez que frequentemente a alienação do bem provocará a privação da moradia do devedor<sup>131</sup> e sua família ou do fundo de comércio de pessoa ju-

<sup>131</sup> Não se trata de defender, em termos absolutos, a não sujeição do imóvel residencial à responsabilidade executiva, mas de reconhecer que a função do bem impõe a adoção de maiores cuidados para que haja a sua expropriação: “a propriedade imobiliária de natureza residencial é o bem material que mais de perto afeta a vida e a sensibilidade das pessoas” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A Execução Extrajudicial do Contrato de Alienação Fiduciária de Bem Imóvel: Exame Crítico da Lei 9.514, de 20.11.1997. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, nº 819, jan. 2004, p. 75). “Algumas privações, mesmo se temporárias e breves, podem causar terríveis sofrimentos” – tradução livre (WASSERMANN, Rhonda. *Procedural Due Process*. Westport: Praeger, 2004, p. 72). Maiores, porque a atividade executiva já exige, por si só, uma forma qualificada, por assim dizer, de devido processo legal: “É justamente em uma tutela executiva que o “devido processo legal” (fator legitimante da estatal e fator de liberdade do cidadão) ganha maior e mais importante relevo, justamente porque a situação jurídica requer [...] Quando a desigualdade das posições é clara e evidente, certamente deve ser maior o rigor e a proteção contadas as armas contra tais excessos” (ABELHA, Marcelo. *Exame Crítico da Lei 9.514/97*. Tese de Mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais, 2007, p. 8).

rídica (a questão tem uma dimensão social que não pode ser ignorada).<sup>132</sup> Para prevenir tais riscos, o devido processo legal, ou seja, a observância do procedimento normalmente estabelecido para a satisfação de obrigações pecuniárias seria indubitavelmente uma garantia eficiente, pois impõe, antes de tudo, o controle da pretensão por um terceiro imparcial. Por fim, o “custo” (tempo + dinheiro) da observância do devido processo legal não pode ser reputado excessivo, pois é suportado pela generalidade dos indivíduos que pleiteiam a tutela jurisdicional executiva, disciplinada pelo Código de Processo Civil. Ademais, recentes modificações do processo executivo (v.g., o fim do efeito suspensivo *ope legis* aos embargos à execução) tendem a diminuir o tempo de duração e conseqüentemente torná-lo mais efetivo, tornando desnecessária a adoção de procedimentos “heterodoxos” como a execução extrajudicial.

De qualquer modo, ainda que nem todas as justificativas se fizessem presentes, a primeira, por si só, já bastaria para decretar de forma peremptória e definitiva a inconstitucionalidade das execuções extrajudiciais e da prática de quaisquer atos executivos pelos próprios credores, porquanto maximiza a possibilidade de uma errônea ou injustificada privação de bens, que o *procedural due process* tem por propósito evitar.<sup>133,134</sup>

<sup>132</sup> Cf. MARTINS, Paulo Sergio da Costa. Princípio da Proteção Judiciária e a Inconstitucionalidade da Execução Extrajudicial dos Créditos Hipotecários. São Paulo, *Revista de Direito e Política*, nº 16, jan./abr. 2008, p. 119-121.

<sup>133</sup> Segundo DAVID RESNICK, uma justificativa moral fundamental para a exigência do devido processo (neste ponto o autor se refere ao *procedural due process*) reside no fato de que ele minimiza o número de resultados injustos. Assim, os procedimentos devem ser tais que forneçam um grau suficiente de confiabilidade quanto à justiça (considerado o direito material) do resultado. Caso contrário, o procedimento será *unfair*. RESNICK, porém, também ressalta que o procedimento será contrário ao devido processo se for *injust*, isto é, se moralmente injustificável ou inaceitável, ainda que favoreça um resultado mais justo (no primeiro sentido). Como exemplo de um procedimento que é ao mesmo tempo *unfair* e *unjust*, cita a tortura: não apenas é um meio não confiável de se obter a verdade, como é imoral. Cf. *Due Process and Procedural Justice*. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (Ed.). *Due Process*. New York: New York University Press, 1977, p. 217-220. Em *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952) a Suprema Corte anulou uma condenação criminal fundada em prova extraída à força do estômago do réu (que havia engolido duas cápsulas de substância entorpecente) por infração ao *due process of law*, ressaltando que tal procedimento “chocava a consciência”.

<sup>134</sup> Em termos semelhantes manifestou-se CARNELUTTI: “Se uma decisão obtida de determinado modo é nula, isto ocorre porque se imagina que não seja justa” – tradução livre (*Sistema de Derecho Procesal Civil*. t. I. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 327). E também BOTELHO DE MESQUITA: “O que a experiência mostra e qualquer um que milite no foro o sabe, é que não há sentença injusta que não revele, na sua gestação, a mácula da ofensa a alguma regra do processo, erigida muitas vezes a desapego aos formalismos e amor, fingido amor, à substância das coisas” (“Apresentação (à Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial de Paula Batista)”. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 311). O que demonstra...

Assim, com o devido respeito aos que sustentam o contrário,<sup>135</sup> não se pode tolerar que nem mesmo a penhora seja realizada fora (antes ou independentemente) de um processo judicial, pelo próprio credor.

A questão não é saber se a penhora realizada pelo próprio credor causa maior constrangimento do que a realizada sob a autoridade de um juiz, mas se o credor efetivamente tem direito à penhora (e destarte à eventual alienação do bem), por existir um título executivo e ser o crédito líquido, certo e exigível, pergunta cuja resposta fica irremediavelmente prejudicada caso não atribuída a um terceiro imparcial (juiz, árbitro ou figura equivalente).

O controle da admissibilidade da execução pelo juiz já é, em si mesmo, uma garantia para o executado.<sup>136</sup>

Defender o contrário, com todo o respeito, equivale a reduzir o juiz, na execução, a um mero autômato, cuja ausência ou substituição por outro sujeito qualquer não traria prejuízo a quem quer que seja, olvidando que lhe cabe zelar pela legalidade e legitimidade da agressão patrimonial que será praticada contra o credor.<sup>137</sup>

---

forma mais ampla, a ideia de que não se declara a existência de nulidade sem a demonstração de prejuízo, inclusive no caso de garantias constitucionais do processo (v.g., contraditório, motivação), na linha do que defendeu JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 482-492), não passam de uma consequência da regra do artigo 5º, LIV, da Constituição. Se a parte, ao final (evidente que semelhante análise é retrospectiva e enquanto ela não puder ser feita é melhor corrigir ou repetir o ato ou suprir-lhe a falta), não foi privada da sua liberdade ou de seus bens não tem sentido examinar eventual ofensa ao *procedural due process*. Imaginemos, por exemplo, uma sentença que julga improcedente o pedido formulado absolutamente desprovida de motivação. A nulidade existe (e, portanto, “existe” tanto para o autor como para o réu). O réu, porém, não foi privado de seus bens ou liberdade pela sentença e, portanto, não pode pleitear a declaração da nulidade. O autor, sim, o que torna relevante, no seu caso, a ofensa ao devido processo.

<sup>135</sup> Cf. HARADA, Kiyoshi. Exame do Anteprojeto de Lei que Dispõe sobre a Cobrança de Dívida Ativa Apresentado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e seu Substitutivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1430, 1 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9968>>. Acesso em: 5 jun. 2007.

<sup>136</sup> Garantia que fica prejudicada no Projeto de Lei que cria a execução administrativa-fiscal. A proposta libera os órgãos da Administração Pública “do controle que o Poder Judiciário preventivamente faz, como sói ocorrer com os requerimentos de redirecionamento de execuções, expedições de ofícios às instituições financeiras, bloqueio de ativos financeiros e de contas-correntes dos devedores e terceiros, v.g., sócios de pessoas jurídicas que já não a integram, etc.” (MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Considerações Críticas sobre o Anteprojeto da Lei de Execução Fiscal Administrativa. São Paulo, *Revista do Advogado*, nº 94, nov. 2007, p. 98).

<sup>137</sup> Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 651.

Apesar de destinada a produzir um resultado prático e não um julgamento, nem por isso a execução é “um conjunto de atividades cegas ou regidas por um automatismo irracional, sem qualquer controle de justiça ou de regularidade”.<sup>138</sup>

Outrossim, ainda que se argumente que parcela das pessoas atingidas pelos procedimentos de execução extrajudicial efetivamente é devedora, tal fato não altera a natureza do problema, posto que não é possível saber *a priori*, em cada caso concreto, quem tem razão (o exequente ou o executado), não se justificando sujeitar a parcela de supostos devedores que efetivamente têm (alguma) razão ao possível arbítrio de seus sedizentes credores.

É perfeitamente possível que exista título executivo e o crédito se apresente líquido, certo e exigível, mas este de fato não exista ou seja em montante inferior ao que foi declarado pelo credor.<sup>139</sup>

Não concordamos, destarte, com a afirmação de que “nos casos em que não paira qualquer dúvida, não há muito sentido em discutir aquilo que já está de sobremaneira resolvido, como a inadimplência”.<sup>140</sup>

Na realidade, somente é possível saber quem tem razão (se há ou não inadimplência e qual o montante da dívida) depois da apresentação de defesa (contestação, impugnação, embargos) pelo suposto devedor, a qual, como é intuitivo, para que possa atingir a finalidade a que se destina, deve ser apreciada por um terceiro imparcial:

“O direito a defender-se não equivale a ter razão. Inclusive àqueles a que finalmente não se dê razão devem ter tido, previamente, o direito de defender-se. Não é correto sustentar que não se deve dar o direito de defesa àqueles que não têm razão, imaginando que a única coisa que eles pretendem é retardar o julgamento. Esse modo de pensar equivale a colocar o carro na frente dos bois. Antes que alguém tenha tido chance suficiente de se defender (isto é, de ser ouvido e produzir provas), como *humanamente* se pode saber se ele tem ou não razão?” (tradução livre).<sup>141</sup>

<sup>138</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 711. Entre as matérias que devem ser conhecidas de ofício encontram-se a falta de título executivo, a iliquidez do crédito ou sua inexigibilidade, o excesso de execução e a ilegitimidade *ad causam*.

<sup>139</sup> A inadimplência pode ser indiscutível, o que não significa que também o seja o cálculo da dívida. Cf. BECKER, L. A. *Contratos Bancários: Execuções Especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 325.

<sup>140</sup> Cf. SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 302.

<sup>141</sup> Cf. SOSA, Toribio Enrique. *Reingeniería Procesal*. La Plata: Librería Editora Platense, 2005, p. 21-22.

É óbvio que se o devedor estiver inadimplente é justa a excussão do imóvel dado em garantia (ou de seus bens, de forma geral). Ocorre que não é esta a discussão aqui travada. Não se discute se a privação do bem é em tese cabível (*substantive due process*), mas se o procedimento adotado pelo legislador é justo, no sentido de resguardar o interessado contra uma injusta ou errônea privação (*procedural due process*), indagação a que respondemos negativamente.

É por isso que não se pode denominar de “processo” os procedimentos que autorizam a autotutela, vez que eles não fornecem, *a priori*, o mínimo de segurança jurídica exigida para assim serem qualificados:

“O processo deve ser idôneo para o exercício dos direitos: *o suficientemente ágil para não causar o desalento do autor e o suficientemente seguro para não angustiar o réu*” (tradução livre).<sup>142</sup>

Processo é o procedimento que se desenvolve (*rectius*, deve se desenvolver) com observância do devido processo legal.

Não causa espanto, pois, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apesar de reconhecer (com base na decisão do Supremo) a constitucionalidade da execução extrajudicial do Decreto-lei nº 70/66, não a admite se houver discussão judicial da existência e montante da dívida:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. A execução extrajudicial, tal como prevista no Decreto-lei nº 70, de 1966, pressupõe crédito hipotecário incontroverso, sendo imprestável para cobrar prestações cujo montante está sob discussão judicial. Recurso especial não conhecido.”<sup>143</sup>

Aliás, se não se permite a autotutela nem mesmo quando a existência, o montante e a exigibilidade do crédito foram reconhecidos por sentença condenatória

<sup>142</sup> Cf. MORELLO, Augusto M. *El Proceso Justo*. 2. ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2005, p. 174-175 (citando COUTURE).

<sup>143</sup> STJ – 2ª Turma – REsp nº 191.276-SC – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 17.12.1998 – v.u. Diante da existência de outro acórdão em sentido contrário, afirmando que “o ajuizamento de ação de embargos de divergência, em que por votação unânime a 2ª Seção adotou a primeira posição: “PROCESSO CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. A execução extrajudicial, tal como prevista no Decreto-lei nº 70, de 1966, pressupõe crédito hipotecário incontroverso, sendo imprestável para cobrar prestações cujo montante está sob discussão judicial. Embargos de divergência não conhecidos” (STJ – 2ª Seção – EREsp nº 462.629-RS – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 24.8.2005 – v.u.). O entendimento nos parece correto, não incidindo a norma do artigo do artigo 585, § 1º, do CPC (na qual deve ter se inspirado o precedente divergente), pois permanece intacto o direito de atender a satisfação do direito, vedando-se apenas o uso da autotutela.

transitada em julgado, como justificar, considerada a necessidade de coerência do ordenamento jurídico,<sup>144</sup> a sua permissão com base em título extrajudicial, em que por definição é substancialmente menor a probabilidade de existência do direito? A “certeza” da existência do direito não interfere na solução do problema, como revela o artigo 345 do CP, que pune o exercício arbitrário das próprias razões ainda que a pretensão seja legítima.

A posição ora defendida, pois, não resulta de mero respeito à tradição. No caso do abandono da penhora privada pelo direito luso-brasileiro, a partir do século XIII,<sup>145</sup> bem como do repúdio à autotutela em matéria de obrigação de pagar quantia, a tradição não é boa por ser antiga; é antiga por ser boa:

“As leis escritas não contêm sabedoria maior do que a de um homem ou uma geração, enquanto o costume, em sua infinita complexidade, contém a sabedoria de várias gerações, que o testaram por experiência própria, submetendo-o a uma variedade de testes, e que ao conservá-lo demonstraram que ele provou o seu valor” (tradução livre).<sup>146</sup>

Em nossa opinião, pois, merece integral acolhida a seguinte lição de THOMAS COOLEY:

“Vida, liberdade e propriedade são colocadas sob a proteção de princípios estabelecidos, que não podem ser afastados em casos gerais ou especiais; seja pelos tribunais ou pelos agentes administrativos, ou pelos próprios legisladores. Diferentes princípios são aplicáveis em diferentes casos, e exigem diferentes formas e procedimentos: em alguns, devem ser judiciais; em outros, o Estado pode intervir diretamente e de ofício; mas o devido processo em cada caso particular significa um exercício dos poderes estatais *em conformidade com o que as máximas estabelecidas permitem*, e mediante

<sup>144</sup> Coerência entre si das normas que fazem um ordenamento (= conjunto de normas), tornando-o um sistema (= totalidade ordenada). Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 71.

<sup>145</sup> Segundo LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, as leis gerais dos primeiros reis portugueses, inspiradas no direito romano-canônico, procuraram afastar ou atenuar os costumes de origem germânica, proibindo “o arbítrio conferido ao credor para que penhorasse por si, embora previamente autorizado para isto. A penhora receberá disciplina, de sorte que o representante judicial será o único a atuar, vedado o seu exercício pelo próprio demandante” (*Da Penhora*. Osasco: FIEO/Resenha Tributária, 1994, p. 70. A proibição da penhora privada foi determinada por uma lei de Afonso III do ano de 1211. Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O Direito de Ser Citado*. São Paulo: FIEO/Resenha Tributária, 1980, p. 225 (nota 38).

<sup>146</sup> Cf. POCOCK, J. G. A. *The Ancient Constitution and the Feudal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 34.

aquelas garantias para a proteção dos direitos individuais que aquelas máximas prescrevem para o tipo de caso a que aquele considerado pertence” (tradução livre)<sup>147</sup> (grifou-se).

Reforçando tal ponto de vista, demonstrou DAVID RESNICK (e revela a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos) que em grande parte o nosso senso de justiça procedimental é histórico, na medida em que revela a nossa familiaridade com determinados tipos de procedimentos e seus caracteres, da qual deflui a convicção de que por meio deles são menores as chances de alguém ser injustamente tratado.<sup>148</sup>

E é bom que assim seja, porquanto “se pretendemos despojar o Direito daquele liame que o une com a experiência, a tradição histórica e a natureza humana, de nada valerá a perfeição lógica de uma ciência, pois esta será apenas o capricho do governante, seja uma assembleia popular ou um tirano” (tradução livre).<sup>149</sup>

Sem embargo, caso algum dia seja o caso de se abandonar a tradição, admitindo o retorno à autotutela em matéria de obrigação de pagar quantia, deverá tal permissão ser restrita a hipóteses excepcionais, à vista da certeza (= maior probabilidade) da existência do crédito ou da sua função não patrimonial, critérios que não favorecem os casos atualmente previstos em lei.

Com o devido respeito, embora se reconheça a importância do Sistema Financeiro da Habitação e do Sistema de Financiamento Imobiliário, bem como a necessidade de assegurar a conclusão da obra sem oneração dos demais adquirentes no caso da incorporação imobiliária, não nos parece que essas hipóteses sejam tão “especiais” a ponto de merecer uma forma tão diferenciada de tutela do crédito. Escolas e hospitais prestam relevantes (relevantíssimos) serviços à coletividade, sendo, pois, de interesse de todos que a inadimplência de seus devedores não resulte na suspensão ou interrupção de suas atividades, mas nem por isso se lhes permite o recurso à autotutela para receberem seus créditos.

Antes de autorizar a execução extrajudicial de créditos imobiliários (i.e., derivados de operações de compra e venda de imóveis ou negócios afins), deveria a lei, por exemplo, permiti-la em matéria de alimentos (critério da relevância do bem jurídico envolvido) ou quando houver sentença condenatória transitada em

<sup>147</sup> Apud TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. v. 1. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 34.

<sup>148</sup> Cf. Due Process and Procedural Justice. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (Ed.). *Due Process*. New York: New York University Press, 1977, p. 221.

<sup>149</sup> Cf. VARAUT, Jean-Marc. *El Derecho ao Derecho*. Tradução de Silvia Kot. Buenos Aires: La Ley, 1989, p. 11.

julgado (critério da certeza do direito),<sup>150</sup> sob pena de subversão do próprio ordenamento jurídico, que deve ser um *lucidus ordo*, composto de normas que formem um todo harmônico.

## Conclusões

1. Os conflitos de interesses intersubjetivos decorrem da impossibilidade de satisfação, por uma quantidade limitada de bens (em sentido amplo), das ilimitadas necessidades humanas, ou, em outras palavras, da impossibilidade de satisfação simultânea de mais de um interesse de titulares distintos.

2. Embora esses conflitos sejam prévia e abstratamente resolvidos por normas jurídicas, que atribuem às pessoas os diferentes bens da vida, às vezes, por rebeldia ou ignorância, cria-se um estado de fato não correspondente ao estado de direito estabelecido pela ordem jurídica, isto é, o conflito de interesses continua a existir, o que torna necessária a sua resolução, sem o que se tornaria inviável a vida em sociedade.

3. As formas de composição dos conflitos de interesses dividem-se em: autotutela (imposição da solução por uma das partes à outra), autocomposição (solução por ato dos interessados, por meio de renúncia, submissão ou transação) e heterocomposição (imposição da solução por um terceiro, como ocorre na arbitragem e no processo judicial).

4. Dentre todos os meios de solução de controvérsias, o mais importante e o mais largamente utilizado é o processo, fenômeno de um longo processo histórico de concentração nas mãos do Estado da atividade de distribuir justiça (= jurisdição), declarando e tornando efetivo o direito, do qual é corolário o monopólio estatal do uso da força para obter a satisfação dos direitos, com a consequente proibição, como regra, da autotutela, e a atribuição aos indivíduos do direito público subjetivo de pleitear a tutela jurisdicional do Estado (= direito de ação).

5. Os casos de (verdadeira) autotutela admitida, em caráter excepcional, pelo direito brasileiro, restringem-se (excetuando-se as execuções extrajudiciais de créditos) às hipóteses dos artigos 251, parágrafo único, 1.210, § 1º, e 1.283 do Código Civil.

6. Execução, em sentido estrito, é a execução forçada (atividade por meio da qual o Estado-juiz invade o patrimônio do obrigado para por meio dele obter a satisfação do direito do credor), não se confundindo com a execução espontânea, a execução imprópria e a execução indireta (em que pese a crescente tendência de inclusão desta no conceito de execução forçada).

7. Há muito tempo encontra-se pacificado na doutrina processual que a atividade executiva tem caráter jurisdicional.

8. A execução extrajudicial constitui modalidade de execução forçada realizada, excepcionalmente, à margem do Poder Judiciário, ou seja, por quem não é juiz.

9. As principais espécies de execução extrajudicial admitidas pelo direito brasileiro encontram-se previstas no Decreto-lei nº 70/66 e na Lei nº 9.514/97. As duas configuram modalidades de autotutela, pois o suposto devedor não tem como submeter a um terceiro imparcial discussão a respeito da existência, certeza e exigibilidade do crédito, antes de ser privado de seus bens e/ou direitos, encontrando-se sujeito à solução imposta por aquele que se apresenta como credor caso não efetue o pagamento da quantia reclamada.

10. O devido processo legal (*due process of law*) tem origem na Inglaterra, no Capítulo 39 da Magna Carta (1215), que assegurava aos homens livres o direito de não serem privados da sua liberdade ou bens “senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei da país” (*law of the land*).

11. Originariamente concebida como uma limitação ao Poder Executivo (Rei), no século XVII a garantia passa a ser interpretada, pela primeira vez, como um obstáculo ao exercício arbitrário do poder de legislar (pelo Parlamento) com base na ideia de razoabilidade. É a origem do chamado devido processo legal substantivo.

12. Embora o devido processo legal não tenha prosperado na Inglaterra, a partir do século XVIII, em decorrência da Revolução Gloriosa (1688), tendo a própria expressão caído em desuso, prosperou nas colônias inglesas da América do Norte, sendo adotada, já durante o período colonial em documentos como o *Maryland Act for the Liberties of the People* (1639).

13. Após a Declaração da Independência (1776), garantia passa a ser adotada pelas Constituições de vários Estados, até ser consagrada pela 5ª (1791) e posteriormente pela 14ª Emenda (1868) à Constituição dos Estados Unidos, em que aparece com a sua redação atual: “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

14. A partir da promulgação da 14ª Emenda, o devido processo legal torna-se um efetivo fator de limitação do Poder Legislativo, como resultado da interpretação, tanto processual quanto substantiva (esta já presente em decisões dos Tribunais Estaduais desde o século XVIII), que lhe é conferida pelas decisões da Suprema Corte.

15. Com base na experiência norte-americana, o devido processo legal é introduzido no direito brasileiro com a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LIV).

16. No direito brasileiro, o devido processo legal controla se e em que medida alguém pode ser privado da sua vida, liberdade ou propriedade (aspecto substantivo) e, se puder, determina que um processo seja empregado para que ocorra tal privação (aspecto processual), vedando, em qualquer das hipóteses, escolhas arbitrárias e desarrazoadas por parte do legislador (quanto à privação e quanto ao processo). Sob o aspecto processual, o devido processo legal compreende todas as garantias constitucionais do processo, que asseguram um processo justo, como a ampla defesa e o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a igualdade dos sujeitos processuais, a imparcialidade do julgador, a inafastabilidade da jurisdição, o juiz natural, a motivação das decisões, a publicidade e a proibição da utilização de provas ilícitas.

17. A doutrina, antes mesmo da Constituição de 1988, já se manifestava desfavoravelmente à validade constitucional das execuções extrajudiciais (notadamente à do Decreto-lei nº 70/66), entendimento que foi reforçado após a promulgação do texto constitucional vigente, sendo adotado por parcela expressiva dos Tribunais de segunda instância.

18. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, adotando a jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, houve por bem considerar a execução extrajudicial compatível com a Constituição Federal, em precedente que merece ser criticado por confundir a inafastabilidade do controle jurisdicional com o devido processo legal, garantia de maior amplitude, e por adotar uma visão incompleta também do direito de ação (a necessidade do processo como meio de composição do conflito de interesses é uma garantia para o autor e para o réu).

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