

# EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL: AS HIPÓTESES DOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO E A AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA<sup>1</sup>

Edilton Meireles<sup>2</sup>

Resumo: O presente trabalho é fruto da pesquisa sobre as denominadas execuções extrajudiciais. Analisou-se as hipóteses elencadas no Decreto-Lei n. 70/66 e na Lei n. 9.514/97, assim como a medida cautelar extrajudicial prevista na Lei n. 10.522/02, de indisponibilidade dos bens do devedor tributário. Chegou-se à conclusão de que, quando decorrente de contrato, a faculdade conferida ao contratante para satisfação de suas pretensões, sem necessidade de se socorrer ao Judiciário, não é hipótese de exercício de poder jurisdicional. Já na hipótese em que, numa relação extrajudicial, o Estado confere poderes ao particular para satisfazer suas pretensões, estar-se-á diante de uma situação na qual o particular exerce poderes jurisdicionais, em autotutela do seu direito. Na pesquisa foi utilizado o método dedutivo, com análise da jurisprudência e interpretação e textos normativos.

Palavras-Chave: Execução extrajudicial. Averbação pré-executória. Autotutela.

---

<sup>1</sup> Este artigo é resultado de pesquisa desenvolvida no âmbito do grupo de pesquisa “Relações de Trabalho na Contemporaneidade”, liderado pelo Prof. Edilton Meireles, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia (UFBA), cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq ([dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2745276903507261](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2745276903507261)), e que compõe “Rede de Grupos de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho – RETRABALHO”.

<sup>2</sup> Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Desembargador do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, professor adjunto da Universidade Católica do Salvador (UCSal) e professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBa).

## EXTRAJUDICIAL EXECUTION: THE HYPOTHESES OF THE FINANCING CONTRACTS AND THE PRE-ENFORCEABLE REGISTRATION

**Abstract:** The present work is the result of research on so-called extrajudicial executions. The hypotheses listed in Decree-Law no. 70/66 and in Law no. 9,514 / 97, as well as the extrajudicial precautionary measure provided for in Law no. 10,522 / 02, of unavailability of the tax debtor's assets. It was concluded that, as a result of a contract, the power conferred on the contractor to satisfy his / her claims, without the need to go to the Judiciary, is not a chance to exercise jurisdictional power. In the event that, in an extrajudicial relationship, the State confers powers on the individual to satisfy his claims, he will be faced with a situation in which the individual exercises jurisdictional powers, in self-protection of his right. In the research, the deductive method was used, with analysis of jurisprudence and interpretation and normative texts.

**Keywords:** Extrajudicial execution. Pre-execution registration. Self-care.

**Sumário.** 1. Introdução. 2. Das hipóteses apontadas como de execução extrajudicial. 3. Do caráter contratual da “execução extrajudicial”. 4. Da averbação pré-executória. 5. Conclusão. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO



Um dos temas pouco debatido na doutrina, apesar de questionamento judicial, cuida-se da possibilidade de se conferir ao próprio interessado a possibilidade de realizar os atos necessários à satisfação de sua

pretensão, em regime de autotutela executiva, dispensando-se a atuação do Judiciário, assegurado, porém, o controle judicial.

A doutrina brasileira aponta, ao menos, duas hipóteses em que o credor pode realizar esses atos executivos. Uma terceira hipótese traria da prática de atos cautelares antecedentes à execução judicial.

Neste trabalho procura-se abordar esse tema, apresentando opinião sobre a matéria.

Nesta pesquisa foi utilizado o método dedutivo, com revisão da literatura, análise da jurisprudência e interpretação de texto jurídico.

## 2. DAS HIPÓTESES APONTADAS COMO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

A doutrina aponta duas hipóteses de execução extrajudicial. Elas, inclusive, são debatidas judicialmente.

Antes, porém, deve-se definir que quando se fala em execução extrajudicial se quer se referir às situações nas quais a parte interessada satisfaz sua pretensão, de modo a obter o bem da vida, sem necessidade de intervenção do Judiciário, quando diante em litígio com outra pessoa. Essas seriam, em verdade, as situações denominadas de autotutela, ou seja, aquelas nas quais a parte, em litígio com outrem (lide), tem satisfeita sua pretensão sem intervenção de um terceiro.

Neste caminho, a doutrina aponta como primeira das hipóteses de execução extrajudicial aquela prevista no art. 32 do Decreto-lei n. 70/66.

Esse dispositivo legal regula os contratos de empréstimo com garantia hipotecária, “com exceção das que consubstanciam operações de crédito rural”, dispondo, ainda, sobre a cédula hipotecária, a qual poderá ser emitida pelo credor hipotecário nos casos de operações compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação, por credores instituições financeiras em geral e

companhias de seguro e por outras pessoas desde que a cártula seja originariamente emitida em favor das entidades financeiras e seguradoras (arts. 9º e 10 do Decreto-lei n. 70/66).

Conforme, ainda, esse referido diploma legal, o credor hipotecário pode executar a hipoteca mediante ajuizamento da execução judicial, na forma do CPC, ou seguindo o procedimento privado previsto em seus arts. 31 a 38.

No caso, “vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei formalizará ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida” (art. 31), iniciando-se o procedimento de cobrança.

Basicamente esse procedimento se compõe de intimação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, para que ele, no prazo de vinte dias, purgue a mora (§ 1º do art. 31).

Não efetuada a quitação, o credor fiduciário estará autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro leilão público e extrajudicial do imóvel hipotecado (art. 32). Se neste primeiro leilão o maior lance oferecido for inferior ao saldo devedor (incluindo todas as demais despesas), deve ser realizado um segundo público leilão, nos 15 (quinze) dias seguintes (art. 32, § 1º). Neste segundo, por sua vez, poderá ser “aceito o maior lance apurado, ainda que inferior à soma das aludidas quantias” (art. 32, § 2º).

No caso, admite-se que o devedor, a qualquer momento, “até a assinatura do auto de arrematação”, possa purgar o débito” (art. 34). Já agente fiduciário está autorizado a receber as quantias que resultarem da purgação do débito ou do primeiro ou segundo leilões, cabendo-lhe entregar o produto ao credor ou ao devedor, conforme o caso, deduzida sua remuneração (art. 35).

Dispõe, ainda, o Decreto-lei n. 70/66, que, uma vez efetivada a alienação, será emitida a respectiva “carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário,

e por cinco pessoas físicas idôneas” (art. 37), documento este que servirá como título para a transcrição no registro imobiliário.

Registrada a alienação, o adquirente, caso não se imita de imediato no imóvel, poderá requerer, judicialmente, essa medida, “que lhe será concedida liminarmente, após decorridas as 48 horas” da citação do devedor, que, neste prazo, deve comprovar “que resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito, antes da realização do primeiro ou do segundo público leilão” (§ 2º e 3º do art. 37).

O adquirente, por sua vez, pode requerer que no “período que medear entre a transcrição da carta de arrematação no Registro Geral de Imóveis e a efetiva imissão do adquirente na posse do imóvel alienado em público leilão”, que o juiz arbitre “uma taxa mensal de ocupação compatível com o rendimento que deveria proporcionar o investimento realizado na aquisição, cobrável por ação executiva” (art. 38).

Já a segunda hipótese mencionada pela doutrina e debatida pela jurisprudência como de execução extrajudicial está regulada na Lei n. 9.514/97. Esta lei regulamenta o contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel, inclusive as operações de financiamento habitacional, pelo Programa Minha Casa, Minha Vida (Art. 26-A).

À semelhança do Decreto-Lei n. 70/66, este outro diploma legal dispõe que “vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário” (art. 26).

Para tanto, o devedor-fiduciante deve ser intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, para satisfazer a dívida e todos seus acessórios (§ 1º, art. 26).

Decorrido esse prazo, caberá ao oficial do registro de imóveis certificar o fato, promovendo a averbação respectiva na matrícula do imóvel, para consolidação da propriedade em nome

do fiduciário (§ 7º, art. 26).

Já consolidada a propriedade, o agente fiduciário, no prazo de trinta dias, promoverá público leilão para a alienação do imóvel (art. 27). E, caso no primeiro leilão o maior lance for inferior ao valor do imóvel, será realizado um segundo leilão nos quinze dias seguintes (§ 1º do art. 27), podendo ser aceito, neste, o maior lance oferecido, “desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais” (§ 2º, art. 27).

A lei, ainda, assegura ao devedor, “após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão”, o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas” (§ 2º-B do art. 27).

Por fim, a Lei n. 9.514/96, dispõe que é assegurada ao fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente do imóvel em leilão, “a reintegração na posse do imóvel, que será concedida liminarmente, para desocupação em sessenta dias, desde que comprovada, ..., a consolidação da propriedade em seu nome” (art. 30).

Ficou disposto, ainda, que “nas operações de financiamento imobiliário, inclusive nas operações do Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, com recursos advindos da integralização de cotas no Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), uma vez averbada a consolidação da propriedade fiduciária, as ações judiciais que tenham por objeto controvérsias sobre as estipulações contratuais ou os requisitos procedimentais de cobrança e leilão, excetuada a exigência de notificação do devedor fiduciante, serão resolvidas em perdas e danos e não obstarão a reintegração de posse de que trata este artigo” (parágrafo único do art. 30).

Esses dois diplomas legais, nos pontos que tratam desse

procedimento de satisfação da dívida mediante a adoção de procedimento extrajudicial são objetos de questionamentos quanto as suas constitucionalidades perante o STF. No âmbito do STJ a matéria já está pacificada, tendo reconhecida a constitucionalidade ao apreciar demanda em recurso especial conforme a técnica dos repetitivos<sup>3</sup>.

O Decreto-lei n. 70/66 está sendo objeto de apreciação, pelo STF, no recurso extraordinário n. 627.106, na relatoria do Min. Dias Toffoli. Iniciado seu julgamento, até a presente data, foram lançados cinco votos, sendo que dois deles admitindo a constitucionalidade (Mins. Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski) e três em sentido contrário (Mins. Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Brito)<sup>4</sup>.

Em seu voto, o Min. Dias Toffoli limita-se a apontar os precedentes que reconhecem a constitucionalidade dos referidos dispositivos legais<sup>5</sup>, que, em geral, concluem que “o Decreto-Lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição, não se chocando, inclusive, com o disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º desta, razão por que foi por ela recebido”<sup>6</sup>.

Já a Lei n. 9.514/97, no ponto que trata do procedimento extrajudicial, está sendo objeto de análise no recurso extraordinário n. 860.631, na relatoria do Min. Luiz Fux, até hoje sem apreciação<sup>7</sup>.

### 3. DO CARÁTER CONTRATUAL DA “EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL”

Ao abordar esses dispositivos legais, doutrina e

---

<sup>3</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.067.237.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. Plenário analisa constitucionalidade de execução extrajudicial de dívida hipotecária.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 627.106.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso extraordinário n. 287.453.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 860.631.

jurisprudência buscam apreciar a constitucionalidade dos procedimentos privados de satisfação do crédito.

Partem do pressuposto de que os diplomas legais teriam delegados aos credores o direito de invadir o patrimônio do devedor, expropriando seu imóvel dado em garantia hipotecária ou alienado fiduciariamente, o que afastaria a atuação judicial, ferindo o disposto no inciso XXXV, do art. 5º da CF (“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Ou estaria ferindo a garantia do inciso LIV deste mesmo dispositivo, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou, ainda, violando a regra do seu inciso LV, que assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral” “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Tais dispositivos, no entanto, não são violados<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Sustentando a inconstitucionalidade, cf. FLEURY, Daniel de Souza. A Inconstitucionalidade da Execução Extrajudicial do Decreto-Lei nº 70/1966. Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2011/trabalhos\\_12011/DanieldeSouzaFleury.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/DanieldeSouzaFleury.pdf). Acesso em: 13 jul. 2020; GRINOVER, Ada Pelegrini. Novas tendências do direito processual. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 199-200; MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 155-156; MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela cautelar do direito ao devido processo legal. Jurisprudência Brasileira, v. 173, 1994, Curitiba, p. 61-63; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre. ano XII, n. 33, p. 79-85, mar. 1985; RIZZARDO Arnaldo. Contratos de Crédito Bancário. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 185-186; ROCHA, Glézio. Da execução extrajudiciária do crédito hipotecário. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971; TREVISAN, Marco Antonio. A "constitucionalidade" da execução hipotecária extrajudicial. Revista de Direito Privado, vol. 5/2001, p. 271 – 280, Jan - Mar / 2001. Revista dos Tribunais. São Paulo. ISSN 1517-6290.

Em sentido contrário, cf. 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. Revista dos Tribunais, vol. 819/2004, p. 65-76. Jan/2004. Revista dos



Primeiro é preciso deixar claro que, por óbvio, em momento algum, não se excluiu o direito de o devedor ir ao Judiciário proteger seu direito. Ele pode comparecer a juízo até para paralisar o procedimento extrajudicial.

Aliás, neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco, mudando de opinião, foi preciso em indicar que “Pessoalmente, no passado sustentei a inconstitucionalidade dessa construção, mas os tribunais caminharam decididamente em sentido oposto, apoiados na oferta de oportunidades para discutir o preço e na legitimidade socioeconômica da socialização do crédito mediante a prática de financiamentos com alienação fiduciária em garantia. Os mesmos raciocínios transpõem-se agora à alienação fiduciária de bens imóveis, seja porque é sempre garantido o recurso ao Poder Judiciário, seja pela utilização do instituto.

O recurso ao controle jurisdicional é admissível em dois momentos e com duas finalidades fundamentais. Logo ao início, quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim (lei n. 9.514, de 20.11.97, art. 26, §§), é lícito ao devedor-fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor (p. ex., negando a mora) ou mesmo a regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária (lei cit., art. 26, § 7º), poderá ele

---

Tribunais. São Paulo. ISSN 0034-9275; BRESOLIN, Umberto Bara. Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. 2012. São Paulo. Disponível em: [file:///D:/Downloads/Execucao\\_Extrajudicial\\_Final\\_Umberto\\_Bara\\_Bresolin.pdf](file:///D:/Downloads/Execucao_Extrajudicial_Final_Umberto_Bara_Bresolin.pdf). Acesso em: 15 jul. 2020; CE-TRARO, José Antonio. A execução extrajudicial no SFH: do Decreto-Lei 70/66 à Lei 9.514/97. Revista de Direito Imobiliário, vol. 84/2018, p. 427-439. Jan-Jun/2018. Revista dos Tribunais. São Paulo. ISSN 1413-4543; GOMES, Orlando. Direitos Reais. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 370-371; PEDROSO, Luís Renato. Constitucionalidade das execuções extrajudiciais no Sistema Financeiro de Habitação. Revista dos Tribunais, n. 457, nov. 1973, p. 19-27. Revista dos Tribunais. São Paulo; SANTOS, Paulo Cesar Batista dos. Aspectos pontuais da execução extrajudicial na alienação fiduciária de bens imóveis. Revista de Direito Imobiliário, vol. 84/2018, p. 479-494. Jan-Jun/2018. Revista dos Tribunais. São Paulo. ISSN 1413-4543.

discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão (art. 27). Tudo com apoio na promessa constitucional de acesso à justiça, que a lei não arreda nem poderia arredar (Const., art. 5º, inc. XXXV)”<sup>9</sup>.

É certo, ainda, que, mesmo no procedimento extrajudicial, em momento algum se afastou o direito de o devedor exercitar o contraditório, dirigindo-se ao credor para alegar fatos a seu favor. E, como dito, ele pode se valer, a qualquer momento, do direito de defesa comparecendo a juízo.

Poder-se-ia, porém, pensar que se estaria violando o disposto no inciso LIV do art. 5º do art. 5º da CF, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. No caso, pode-se afirmar que o devido processo legal é o judicial ou aquele objeto de arbitragem.

Aqui, porém, data máxima vênia, doutrina e jurisprudência incorrem em um grande equívoco. Isto porque, nestes casos, não se está diante de qualquer atividade jurisdicional deferida ao particular, na prática de atos de execução extrajudicial.

Na realidade, aqui se cuida de atos de execução do contrato. Na realidade, as partes pactuam que o bem dado em garantia pode ser alienado pelo credor. Simples assim. Ou seja, por disposição contratual, o devedor confere ao credor fiduciário a faculdade de alienar o bem dado em garantia.

Ora, nada impede de o contratante, ao pactuar qualquer contrato, conferir ao seu credor o direito de alienar o bem dado em garantia. Na realidade, neste ponto, o devedor, desde logo, confere mandato, com seus respectivos poderes, para o credor vender o imóvel dado em garantia, sob determinadas condições.

Pode-se argumentar que, no caso, não se tratam de regras contratuais, mas, sim, um poder conferido por lei. Este argumento, porém, é equivocado, pois, mesmos as regras estatais de

---

<sup>9</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, 5. ed., p. 311-313. A opinião contrária de Dinamarca pode ser encontrada in DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, p. 194

natureza imperativa, inserem-se no contrato assumindo natureza contratual. Como já decidido pelo próprio STF, “apesar de impostas pela lei certas cláusulas como obrigatórias num contrato, uma vez apostas a ele passam a integrá-lo como fruto de ato de vontade inclusive da parte que a ele adere, em conseqüente-mente, daí resulta que esse contrato, como ato jurídico perfeito, tem os seus efeitos futuros postos a salvo de modificações que lei nova faça com relação a tais cláusulas, as quais somente são imperativas para os contratos que vierem a celebrar-se depois de sua entrada em vigor”<sup>10</sup>.

Nessas situações aplica-se o princípio da consunção, segundo o qual o regime contratual consome o da extracontratual<sup>11</sup>.

E vejam que, nos casos em comento, essas regras estatais, postas no Decreto-Lei n. 70/66 e na Lei n. 9.514/97, sequer são imperativas. Elas são meramente supletivas, ou seja, apenas se inserem nos contratos se as partes não dispõem de forma contrária ou são omissos. O Decreto-lei n. 70/66, por sua vez, é expresso em afirmar que cobrança da dívida extrajudicialmente é facultativa (art. 29), o que bem revela a natureza supletiva da regra que permite a “execução extrajudicial”. E em relação à Lei n. 9.514/97, ainda que não haja essa disposição alternativa expressa, entende-se nada obsta a escolha pela via judicial<sup>12</sup>.

Logo, nas duas hipóteses mencionadas, o que se tem são regras contratuais, nas quais o devedor confere a outra parte contratante, o direito desta alienar o bem dado em garantia, observando-se as condições impostas.

Basta imaginar com um exemplo simples. É possível

---

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 493, página 315 do acórdão.

<sup>11</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 9 ed., p. 504.

<sup>12</sup> MARTINS, Samir José Caetano. A execução extrajudicial de créditos do sistema de financiamento imobiliário, p. 305. Sustentando que, uma vez feita a opção judicial, o credor estará renunciando à cobrança extrajudicial, cf. SAAD. Renan Miguel. A alienação fiduciária sobre bens imóveis, p. 243.

alguém, num contrato de mútuo, não submetido aos ditames do Decreto-Lei n. 70/66 ou da Lei n. 9.514/97, ao dar um imóvel em garantia da dívida, ao mesmo tempo, conferir poderes ao credor para este poder alienar o bem garantidor caso, no prazo, a prestação não seja satisfeita?

Claro que a resposta é positiva, pois não vedado pelo direito alguém conferir poderes a outrem para que este possa alienar, em mandato legitimamente conferido, imóvel pertencente ao mandante.

No caso, o contrato funciona como instrumento de mandato (art. 653 do CC). Logo, nas hipóteses do Decreto-Lei n. 70/66 e da Lei n. 9.514/97, o que se tem é um contrato misto, de empréstimo com garantia hipotecária e mandato para alienação do imóvel, e de alienação fiduciária de coisa imóvel e mandato para alienação do imóvel, respectivamente.

E a esta conclusão se pode alcançar a partir da análise do contrato de abertura de crédito rotativo em conta-corrente, mais conhecido como contrato de “cheque especial”.

Por este contrato, a entidade bancária contrata com seu cliente a concessão de empréstimo a este, até determinado valor, com a simples emissão da ordem de saque em sua conta-corrente. Uma vez emitida a ordem (cheque, transferência on line, pagamento automático, etc), o banco a honra, até o valor contratado, ainda que o correntista não tenha dinheiro depositado na conta.

Ao mesmo tempo, o correntista autoriza ao banco, independentemente de aviso, a sacar, para cobertura do saldo devedor, qualquer importância que for creditada na conta de depósitos bancários.

Vejam que, por este contrato, o correntista-contratante também confere poderes “executivos” ao credor. Ou seja, se estiver em débito, o correntista autoriza ao banco a sacar de sua conta o dinheiro que lhe pertence, sem nova ordem específica, em pagamento de sua dívida (saldo devedor do cheque especial).

E caso nenhuma importância for creditada na conta, ao banco apenas restará cobrar judicialmente a dívida do correntista.

Essa hipótese, portanto, é semelhante ao disposto no Decreto-Lei n. 70/66 e na Lei n. 9.514/97. Isto porque, em todas essas hipóteses o devedor confere, por contrato, poderes para o credor agir em seu nome, seja alienando o bem dado em garantia do financiamento, seja sacando, sem prévio aviso, de sua conta-corrente o valor de sua dívida.

Assim, no caso, descabe todo o debate derredor da constitucionalidade ou não deste procedimento. O que se pode debater, na realidade, é a abusividade da cláusula inserida no contrato, mediante a qual, ainda que por adesão ou aderência supletiva da lei, o devedor confere poderes para o credor satisfazer sua pretensão sem necessitar socorrer ao Judiciário.

Em nenhuma dessas hipóteses, portanto, estar-se-á, a rigor, diante de uma execução extrajudicial, entendendo-se esta como o procedimento executado pelo particular para satisfação de sua pretensão em exercício dos poderes delegados pelo Poder Público, que confere ao particular a possibilidade deste se valer da potestade estatal.

Vale destacar, ainda, que, apesar de acima apenas ter se referido ao disposto no Decreto-Lei n. 71/66 e à Lei 9.514/97, tudo que foi posto também se aplica ao preceituado no art. 2º do Decreto-Lei n. 911/69, com redação dada pela Lei n. 13.043/14 (contratos com alienação fiduciária), que permite ao credor, em caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, vender a coisa a terceiros, “independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato...”.

E vejam que este dispositivo legal contido no Decreto-Lei n. 911/69 deixa bem claro que a venda extrajudicial somente será possível se não houver “disposição expressa em contrário prevista no contrato”. O que bem revela que esse poder

conferido ao credor decorre de acerto de vontade e não de delegação de poderes jurisdicionais conferidos pelo Estado.

Essas situações contratuais, portanto, diferem daquelas nas quais o legislador confere ao particular, em relações extracontratuais, poderes para autotutelar suas pretensões. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese prevista no art. 1.283 do Código Civil. Por esse dispositivo o proprietário do imóvel está autorizado a cortar as raízes e a podar os ramos de árvore que ultrapassarem a estrema do prédio, até o plano vertical divisório do terreno invadido.

Observe-se que, neste caso, o proprietário não exerce poderes conferidos pelo vizinho. Mas o Estado lhe delegou poderes para satisfazer sua pretensão (corta as raízes e ramos que invadem sua propriedade), independentemente de autorização do vizinho. Sem esse dispositivo, o proprietário somente poderia obter a satisfação do seu direito mediante a tutela judicial.

Desse modo, pode-se concluir que, quando a pessoa detém poderes para satisfação de sua pretensão em decorrência de um pacto contratual, ele não está no exercício de qualquer potestade estatal. Não se cuida, portanto, de hipótese de execução extrajudicial.

Já quando a parte age, satisfazendo sua pretensão, no exercício de poderes conferidos pela lei, numa relação extracontratual, estar-se-á diante de uma situação na qual o particular exerce poderes delegados de jurisdição.

Todo o debate derredor da constitucionalidade do Decreto-Lei n. 70/66 e da Lei n. 9.514/97, nos pontos que tratam da “execução extrajudicial”, portanto, está eivado de equívoco, por confundir uma mera faculdade contratual com os poderes delegados pelo Estado.

E essa conclusão chama ao debate uma das hipóteses de delegação de poderes jurisdicionais, como se verá adiante, e que também é objeto de discussão junto ao STF.

#### 4. DA AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA

O art. 20-B, § 3º, inciso II, da Lei n. 10.522/02, com a redação dada pela Lei n. 13.606/18, em seu art. 25.

No caso, a lei conferiu poderes para a Fazenda Pública averbar certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora, tornando-os indisponíveis. Essa medida ficou conhecida como “averbação pré-executória”<sup>13</sup>.

No caso, a lei permite que, uma vez inscrito o crédito em dívida ativa da União e não tendo o devedor purgado a dívida, a Fazenda Pública Nacional possa “I - comunicar a inscrição em dívida ativa aos órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito e congêneres; e II - averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis” (incisos I e II do § 3º do art. 20-B).

Observa-se que, na segunda hipótese acima, mencionada, é conferido poderes à Fazenda Pública para, em procedimento administrativo (extrajudicial, portanto), tornar indisponível os bens do devedor tributário. Cuida-se, portanto, de uma hipótese de medida cautelar antecedente, concretizada com o intuito de assegurar o resultado útil de futura ação de execução fiscal que vier a ser ajuizada.

Tais poderes são conferidos por mandamento legal, numa relação de natureza extrajudicial tributária. Logo, não há pacto contratado conferindo poderes ao credor para averbar a dívida com intuito de tornar os bens do devedor indisponível.

A atividade da Fazenda Pública, neste caso, é substitutiva jurisdicional, ainda que de caráter cautelar.

Esse dispositivo, por sua vez, também é objeto de

---

<sup>13</sup> Por todos, cf. CASTRO, Robson Junior de. Averbação pré-executória - Impacto na vida do contribuinte.

questionamento no Supremo Tribunal Federal, nas ações direta de inconstitucionalidade de números 5.881, 5.886, 5.890, 5.925, 5.931 e 5.932, todas na relatoria do Min. Marco Aurélio.

Essas ações constitucionais foram incluídas na pauta de julgamento da sessão virtual iniciada em 05 de junho de 2020, mas retirada por pedido de destaque no Min. Alexandre de Moraes<sup>14</sup>. Na oportunidade, porém, foi disponibilizado o voto do relator<sup>15</sup>.

O Min. Marco Aurélio lançou voto pela inconstitucionalidade do dispositivo acima mencionada por diversas razões<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.881. Andamentos.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.881. Voto do relator Min. Marco Aurélio. 05/06/2020.

<sup>16</sup> Advogando a constitucionalidade, cf. ANDRADE, Karina Gomes; e CARNEIRO, Júlia Silva de Araújo. Averbação pré-executória: caminhando para um modelo objetivo. JOTA INFO, São Paulo, 24/05/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/averbacao-pre-executoria-objetivo-24052018>. Acesso em: 14 jul. 2020; ANDRADE, Karina Gomes; e CARNEIRO, Júlia Silva de Araújo. É possível pensar em um conteúdo próprio para a averbação pré-executória? Ausência de critérios objetivos para sua aplicação dá margem a dúvidas indesejáveis. JOTA INFO. São Paulo, 16/05/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/e-possivel-pensar-em-um-conteudo-proprio-para-a-averbacao-pre-executoria-16052018>. Acesso em: 14 jul. 2020; CAMPOS, Rogério; NOLASCO, Rita Dias. Averbação pré-executória prevista na Lei 13.606/2018 é legítima. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 05/02/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-05/opiniao-averbacao-pre-executoria-prevista-lei-13606-legitima>. Acesso em: 14 jul. 2020; CAMPOS, Rogério; XAVIER, Daniel de Saboia. Averbação pré executória serve de espaço para diálogo entre PGFN e contribuinte. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 09/02/18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/opiniao-averbacao-pre-executoria-serve-dialogo-contribuinte>. Acesso em: 14 jul. 2020; CONRADO, Paulo César. Indisponibilidade administrativa. JOTA INFO, São Paulo, 07/02/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/indisponibilidade-administrativa-07022018>. Acesso em: 14 jul. 2020; FREITAS, Vladimir Passos de. A Lei 13.306 e a averbação da certidão de dívida ativa nos registros. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 11/02/18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-11/segunda-leitura-lei-13306-averbacao-certidaodivida-ativa-registros>. Acesso em: 14 jul. 2020; TITONELLI, Allan. Averbação pré-executória traz efetividade e segurança jurídica. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 15/01/18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-15/allan-titonelli-averbacao-pre-executoria-trazseguranca-juridica>. Acesso em: 14 jul. 2020.



Já defendendo a inconstitucionalidade, cf. ANJOS, Matheus Silva dos. PORTELLA, André Alves. Análise da constitucionalidade e legalidade da averbação pré-executória no âmbito administrativo fiscal. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Católica do Salvador. Faculdade de Direito. 2019. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/544/1/TCCMATHEUSANJOS.pdf>. Acesso em 14 jul. 2020; BARATA, Danilo Jorge Soares. Averbação pré-executória de bens pela Fazenda e a inobservância de direitos. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 27/04/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/danilo-barata-averbacao-pre-executoria-inoobservancia-direitos>. Acesso em: 14 jul. 2020; BARROS, Natália Coutinho. Análise da (in) constitucionalidade da averbação pré-executória à luz do ordenamento jurídico constitucional tributário. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Centro de Ciências Jurídicas – CCJ. João Pessoa. 2019. <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/14301/1/NCB07052019.pdf>. Acesso em 14 jul. 2020; BERNARDES, Flávio Couto; QUARESMA, Graciele de Aguiar. A construção administrativa de bens instituída pela Lei nº 13.606/2018 e o princípio constitucional do devido processo legal. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XXVII, Porto Alegre, 2017. Direito financeiro e Tributário I. Florianópolis, CONPEDI, 2018, p. 126/142. Disponível em: <http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/34q12098/01m40f64/p3PR2I5DU97Kfjq.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020; BRIGAGÃO, Gustavo. Averbação pré-executória é ilegal e inconstitucional. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 21/03/18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-21/consultor-tributario-averbacao-pre-executoria-ilegal-in-constitucional>. Acesso em: 14 jul. 2020; GUERZONI, Aurélio Longo; FROTA, Felipe Moreira Souza. A indisponibilidade patrimonial ocasionada pela averbação pré-executória: Retrocesso jurídico em nome da eficiência? JOTA INFO, São Paulo, 25/04/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pautafiscal/a-indisponibilidadepatrimonial-ocasionada-pela-averbacao-pre-executoria-25042018>. Acesso em: 14 jul. 2020; ISFER, Edson; ISFER, Henrique Roth. O novo bloqueio unilateral de bens pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: Breve análise. Revista Direito Tributário Atual, São Paulo, n.39, p. 98-110, 2018. Disponível em: <https://www.afi.adv.br/files/04410897-o-novo-bloqueio-unilateral-de-bens-pela-pgfn-breve-analise-rev-e.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020; NASCIMENTO, Luiz Felipe Sangi do. Análise da constitucionalidade da averbação pré-executória. Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/10983/1/LFSNascimento.pdf>. Acesso em 14 jul. 2020; NUNES, Cleucio Santos. Bloqueio administrativo de bens pela PGFN implicitamente revoga artigo 185 do CTN. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 11/01/18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/cleucio-nunes-bloqueio-bensfazenda-revoga-artigo-ctn>. Acesso em: 14 jul. 2020.

Inicialmente, sustentou a inconstitucional formal do dispositivo de lei ordinária ao fundamento de que ele regula matéria relativa ao crédito tributário e suas respectivas garantias. Logo, em sendo assim, neste caso, na forma do art. 146, inciso III, alínea b, da CF, a matéria somente poderia ser objeto de lei complementar.

O Min. Marco Aurélio, no entanto, também conclui pela inconstitucional material do dispositivo. Apontou, neste sentido, que “Constitui passo demasiadamente largo, incompatível com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa – artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal –, franquear-se à Administração, na busca da satisfação de interesse público secundário – o qual, na realidade, sequer merece o epíteto de público –, o poder de bloquear unilateralmente os bens de contribuintes inscritos em dívida ativa, ausente intervenção do Estado-Juiz, levando-se em conta a necessidade de a Fazenda Pública buscar o Judiciário visando à cobrança, mediante o adequado processo executivo fiscal, do que devido”.

Indica que o dispositivo legal confrontaria o preceito do inciso LIV do art. 5º da CF, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Aponta que a lei cria ônus excessivo ao devedor, que teria de ingressar em juízo para cancelar a averbação e aduz que a indisponibilidade se trata de uma verdadeira sanção<sup>17</sup> a ser imputada ao contribuinte, o que estaria vedado, na linha dos entendimentos já sufragados pelos enunciados das súmulas números 70, 323 e 547 do STF.

Neste sentido, argumenta que “O meio empregado, ainda que potencialmente adequado à obtenção do fim pretendido – a satisfação do crédito tributário –, revela-se ilegítimo por compelir coercitivamente, sob o ângulo político, o devedor ao adimplemento do débito existente, ao arrepio de princípios basilares da

---

<sup>17</sup> O mesmo sentido, cf. ISFER, Edson; ISFER, Henrique Roth. O novo bloqueio unilateral de bens pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: Breve análise.

Lei Maior, tais quais o devido processo legal substantivo, o livre exercício de atividades profissionais e econômicas lícitas e o direito à propriedade”.

Já a partir daí, sustenta a desproporcionalidade do instrumento de indisponibilidade, por ser ele “potencialmente inviabilizador da própria atividade econômica – a indisponibilidade de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora”, em afronta ao “livre exercício de atividades profissionais e econômicas lícitas, assegurado nos artigos 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único, da Carta de 1988”, já que não se pode imputar “restrições desarrazoadas por parte do legislador, mesmo para o fim de satisfazer tributos, admitida a cobrança tão somente por meio consentâneo com o devido processo legal”.

Alguns desses argumentos são fortes, mas refutáveis. Cabe se ater, porém, apenas aos argumentos contrários à constitucional em seu aspectos materiais.

Primeiro, na linha do sustentado anteriormente, o art. 20-B da Lei n. 10.522/02, não afronta o dispositivo insculpido no inciso LIV do art. 5º da CF, já que, em momento algum, ficou vedado o acesso à justiça por parte do devedor tributário. Esta garantia resta assegurada, podendo, portanto, o contribuinte até ajuizar até mandado de segurança preventivo de modo a tentar evitar a averbação pré-executória.

Da mesma forma, não viola o disposto no inciso LV do art. 5º da CF, já que, não são no procedimento administrativo fiscal é assegurado o contraditório e a ampla defesa, como todos os meios e recursos a ele inerentes, inclusive o ajuizamento de ações judiciais para tentar barra eventual ilegalidade da Administração Pública.

Outrossim, não a burla à cobrança judicial do título executivo fiscal, já que somente foi autorizada uma medida cautelar antecedente (preparatória).

Também essa medida cautelar não cria ônus excessivo ao devedor, já que este teria que ingressar em juízo para tentar

cancelar a averbação. Isto porque não se pode afirmar que o ingresso de uma ação judicial seja algo excessivo.

Não fosse isso, é preciso lembrar que, na própria execução por título extrajudicial, é do executado o ônus de ingressar em juízo, mediante embargos, para se opor à ação judicial. E vejam que, neste caso, muito mais excessivo é exigir a garantia do juízo para oposição dos embargos à execução fiscal (art. 16, § 1º, da Lei n. 6.830/80). E nem o STF considera esse dispositivo inconstitucional<sup>18</sup>. Logo, não convence o argumento de ser excessivo para o devedor impor o ajuizamento de demanda judicial para cancelar o ato de indisponibilidade de seus bens.

A medida prevista na Lei n. 10.522/02 não se constitui, por outro lado, em medida sancionatória. Na realidade, cuida-se de medida cautelar, já que visa garantir o resultado útil da futura ação de execução fiscal.

Neste ponto, não cabe confundir essa medida cautelar de medida de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadoria ou a vedação do contribuinte despachar mercadorias na alfândega ou exercer suas atividades profissionais como meio coercitivo Súmulas 7<sup>19</sup>, 323<sup>20</sup> e 547<sup>21</sup> do STF).

E aqui cabe destacar que o próprio STF, quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 5.135, “somente pode ser considerada “sanção política” vedada pelo STF (cf. Súmulas n° 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs”<sup>22</sup>.

Ora, no caso da indisponibilidade de bens do devedor, enquanto instrumento cautelar, não se está adotando nenhuma

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Reclamação constitucional n. 20.617.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 7.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 323.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 547.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.135.

medida desproporcional ou irrazoável, pois ele pode ser alcançado por medida judicial. Admitir a desproporção ou irrazoabilidade conduziria que ao juiz também estaria vedado adotar essa mesma medida.

Por fim, pode-se afastar o argumento de que é desproporcional o instrumento de indisponibilidade, por ser ele “potencialmente inviabilizador da própria atividade econômica – a indisponibilidade de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora”, em afronta ao “livre exercício de atividades profissionais e econômicas lícitas”.

Isso porque, no caso, a indisponibilidade dos bens, obviamente limitada ao valor da dívida, não inviabiliza, por si só, a atividade econômica a prioristicamente. A hipótese seria, se fosse o caso, de apuração no caso concreto.

Assim, o que se tem com a indisponibilidade de bens do devedor é uma mera medida cautelar que também pode ser concedida pelo Judiciário. Logo, não é porque ela é adotada de forma extrajudicial que se pode afirmar que ela inviabiliza a atividade profissional ou econômica.

Ademais, como decidido pelo STF, quando da apreciação da ADI n. 5.135, ao tratar do protesto da certidão da dívida ativa, mas que se encaixa perfeitamente na hipótese aqui tratada, “3.1. Em primeiro lugar, não há efetiva restrição a direitos fundamentais dos contribuintes. De um lado, inexistente afronta ao devido processo legal, uma vez que (i) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos extrajudiciais, como o protesto de CDA, e (ii) o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito. De outro lado, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete diretamente a organização e a condução das atividades societárias (diferentemente das hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, etc).

Eventual restrição à linha de crédito comercial da empresa seria, quando muito, uma decorrência indireta do instrumento, que, porém, não pode ser imputada ao Fisco, mas aos próprios atores do mercado creditício.

3.2. Em segundo lugar, o dispositivo legal impugnado não viola o princípio da proporcionalidade. A medida é adequada, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A medida é necessária, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários, etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo”.

Na realidade, essa medida que possibilita tornar indisponível os bens do devedor tributário se insere na mesma categoria do protesto judicial da certidão da dívida ativa (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.492/1997), da inclusão dos dados do devedor no Cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal (art. 2º da Lei n. 10.522/2002) ou, ainda, da “inscrição em dívida ativa aos órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito e congêneres” (inciso I do § 3º do art. 20-B da Lei n. 10.522/2002). Isto porque, em todas estas hipóteses, o que se

concretiza são medidas cautelares à execução fiscal.

Vejam que o protesto levado a registro e as inscrições (negativação) do devedor no Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin), nos órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e nos serviços de proteção ao crédito são medidas acauteladoras à fraude. Com estas medidas de protesto e inscrição em órgãos de proteção ao crédito, o que se quer é dar conhecimento a terceiros da dívida do contribuinte, de modo a acautelar a Fazenda Pública contra eventuais atos que possam configurar a fraude contra credores ou contra a execução.

Igualmente, pode-se lembrar do arrolamento fiscal de bens e direitos previsto no art. 64 da Lei n. 9.532/97. Por este dispositivo o particular também sofre restrição ao seu direito por força de medida extrajudicial.

No caso, a Fazenda Pública pode proceder no arrolamento de bens e direitos do devedor tributário “sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido”. E a partir de sua notificação, o “proprietário dos bens e direitos arrolados, ao transferi-los, aliená-los ou onerá-los, deve comunicar o fato à unidade do órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo” (§ 3º).

Mas não só. A partir desse arrolamento, o termo respectivo pode ser levado a registro, de modo a acautelar o direito da Fazenda Pública contra eventual fraude. Logo, o que se tem, com esse arrolamento, é outra medida cautelar extrajudicial, antecedente a eventual ação de execução fiscal<sup>23</sup>. E ela não se diferencia em nada, quanto a sua natureza jurídica, com a norma da indisponibilidade de bens. Na realidade, a bem da verdade, apenas diferenciam-se em grau de restrição ao direito do devedor. Isto

---

<sup>23</sup> Cf. BENNINI, Antonio Augusto. Arrolamento Fiscal de Bens e Direitos: Política Pública Eficaz de Combate À Sonegação Fiscal – Estudo Comparativo da Legislação à Luz da Jurisprudência.

porque, em todas essas hipóteses, desde a inscrição da dívida em entidades de proteção de crédito, passando pelo arrolamento de bens, até as indisponibilidades destes (bens), o que se busca é acautelar o credor contra eventuais fraude. E todas essas medidas são adotadas pelo próprio credor, no exercício de poderes jurisdicionais de cautela, conferidas pela lei.

Assim, a hipótese prevista na Lei n. 10.522/02 cuida-se de mais uma medida de política legislativa. Isto porque nada impede do legislador, sem afastar o controle judicial, ampliar as hipóteses de autotutela dos direitos, conforme ensina Calmon de Passos<sup>24</sup>. Tudo depende do legislador, desde que observada a proporcionalidade e razoabilidade da medida nas relações extrajudiciais.

E aqui cabe lembrar que, regra mais draconiana seria aquela que consta no art. 53 da Lei 9.784/99, que dispõe que a “Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, ..., respeitados os direitos adquiridos”.

Veja-se que, neste caso, a Administração, ainda que em processo administrativo, pode sustentar a ilegalidade e apontar a inexistência de direito adquirido para anular seu ato, ainda que essas afirmações (de ilegalidade e ausência de direito adquirido) sejam contestadas pelo administrado interessado na sua manutenção (do ato). Ou seja, ainda que instalada a lide, a Administração satisfaz sua pretensão sem necessitar recorrer ao Judiciário. E ninguém aponta a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, sendo este preceito, inclusive, consagrado em enunciado de Súmula do STF (n. 473).

Dessa forma, não se revela desproporcional ou desarrazoado a medida cautelar de indisponibilidade de bens por simples agir da Fazenda Pública, sem intervenção do Judiciário, em procedimento administrativo no qual se assegura o contraditório e o direito de defesa.

---

<sup>24</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil, p. 32.



## 5. CONCLUSÃO

Diante do exposto acima, em síntese apertada, pode-se concluir que as hipóteses tratadas no Decreto-Lei n. 70/66 e na Lei n. 9.514/97 não são procedimento de execução extrajudicial, pois nos casos regulados por estes dispositivos a faculdade conferida ao credor par satisfação de seu crédito decorre de acerto contratual, no qual o devedor outorga poderes (mandato) para que o interessado possa alienar o bem dado em garantia. Cuidasse, pois, de mera faculdade contratual.

As hipóteses de autotutela, com exercício de verdadeiros exercícios dos poderes jurisdicionais, somente ocorre nas relações jurídicas extrajudiciais, nas quais o Poder Público delega ao particular o direito de satisfação de sua pretensão sem necessidade de pedir ao Estado-juiz sua intervenção (atividade substitutiva).

Por fim, não se revela inconstitucional a hipótese tratada no art. 20-B, § 3º, inciso II, da Lei n. 10.522/02, com a redação dada pela Lei n. 13.606/18, em seu art. 25.



## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Karina Gomes; e CARNEIRO, Júlia Silva de Araújo. Averbação pré-executória: caminhando para um modelo objetivo. JOTA INFO, São Paulo, 24/05/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/averbacao-pre-executoria-objetivo-24052018>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- ANDRADE, Karina Gomes; e CARNEIRO, Júlia Silva de Araújo. É possível pensar em um conteúdo próprio para a

averbação pré-executória? Ausência de critérios objetivos para sua aplicação dá margem a dúvidas indesejáveis. JOTA INFO. São Paulo, 16/05/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pautafiscal/e-possivel-pensar-em-um-conteudo-proprio-para-a-averbacao-pre-executoria-16052018+++>. Acesso em: 14 jul. 2020.

ANJOS, Matheus Silva dos. PORTELLA, André Alves. Análise da constitucionalidade e legalidade da averbação pré-executória no âmbito administrativo fiscal. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Católica do Salvador. Faculdade de Direito. 2019. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/544/1/TCCMA-THEUSANJOS.pdf>. Acesso em 14 jul. 2020.

BARATA, Danilo Jorge Soares. Averbação pré-executória de bens pela Fazenda e a inobservância de direitos. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 27/04/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/danilo-barata-averbacao-preexecutoria-inobservancia-direitos>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BARROS, Natália Coutinho. Análise da (in) constitucionalidade da averbação pré-executória à luz do ordenamento jurídico constitucional tributário. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Centro de Ciências Jurídicas – CCJ. João Pessoa. 2019. <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/14301/1/NCB07052019.pdf>. Acesso em 14 jul. 2020.

BENNINI, Antonio Augusto. Arrolamento Fiscal de Bens e Direitos: Política Pública Eficaz de Combate À Sonegação

- Fiscal – Estudo Comparativo da Legislação à Luz da Jurisprudência. In: XLI CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DOS ESTADOS E DO DF. Campinas, São Paulo. Disponível em: [https://www.apesp.org.br/comunicados/imagens/tese\\_bennini051015.pdf](https://www.apesp.org.br/comunicados/imagens/tese_bennini051015.pdf). Acesso em: 14 jul. 2020.
- BERNARDES, Flávio Couto; QUARESMA, Graciele de Aguiar. A constrição administrativa de bens instituída pela Lei nº 13.606/2018 e o princípio constitucional do devido processo legal. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XXVII, Porto Alegre, 2017. Direito financeiro e Tributário I. Florianópolis, CONPEDI, 2018, p. 126/142. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/01m40f64/p3PR2I5DU97Kfjfq.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- 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. Revista dos Tribunais, vol. 819/2004, p. 65-76. Jan/2004. Revista dos Tribunais. São Paulo. ISSN 0034-9275.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.067.237. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em 24 de junho de 2006. Diário Oficial Eletrônico de 23 de setembro de 2009. Brasília. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=897656&num\\_registro=200801159861&data=20090923&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=897656&num_registro=200801159861&data=20090923&formato=PDF). Acesso em: 14 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 493. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em 25 de junho de 1992. Diário Oficial de 01º de julho de 1992. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266383>.

- Acesso em: 13 jul. 2020, página 315 do acórdão.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.881. Andamentos. 2020. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5341622>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.881. Voto do relator Min. Marco Aurélio. 05/06/2020. Brasília. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-stf-averbacao-tributaria.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.135. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 09 de novembro de 2016. Diário Oficial Eletrônico de 11 de novembro de 2016. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. Plenário analisa constitucionalidade de execução extrajudicial de dívida hipotecária. 18 de agosto de 2011. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=186899&caixaBusca=N>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Reclamação constitucional n. 20.617. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 02 de fevereiro de 2016. Diário de Justiça Eletrônico de 24 de fevereiro de 2016. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329095>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso extraordinário n. 287.453. Min. Relator Moreira Alves. Julgado em 18 de setembro de 2001. Diário Oficial 26/10/2001. Brasília. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260065>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 627.106. Voto do Min. Relator Dias Toffoli. 18 de agosto de 2011. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re627106.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 860.631. Andamentos. Min. Relator Luiz Fux. Julgado em 18 de setembro de 2001. Diário Oficial 26/10/2001. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4694303>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 323. “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.”. Sessão Plenária de 13/12/1963. DJ de 13/04/1961. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=70.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 7. “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”. Sessão Plenária de 13/12/1963. DJ de 05/11/1962. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=70.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 7. “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”. Sessão Plenária de

03/12/1969. DJ de 10/12/1969, p. 5.935. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=70.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRESOLIN, Umberto Bara. Execução extrajudicial para satisfação de crédito pecuniário com garantia imobiliária. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. 2012. São Paulo. Disponível em: [file:///D:/Downloads/Execucao\\_Extrajudicial\\_Final\\_Umberto\\_Bara\\_Bresolin.pdf](file:///D:/Downloads/Execucao_Extrajudicial_Final_Umberto_Bara_Bresolin.pdf). Acesso em: 15 jul. 2020.

BRIGAGÃO, Gustavo. Averbação pré-executória é ilegal e inconstitucional. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 21/03/18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-21/consultor-tributario-averbacao-pre-executoriailegal-inconstitucional>. Acesso em: 14 jul. 2020.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. X, Tomo I, Arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. ISBN 85-203-0407-9.

CAMPOS, Rogério; NOLASCO, Rita Dias. Averbação pré-executória prevista na Lei 13.606/2018 é legítima. Revista Consultor Jurídico, São Paulo. 05/02/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-05/opiniaoverbacao-preexecutoria-prevista-lei-13606legitima>. Acesso em: 14 jul. 2020.

CAMPOS, Rogério; XAVIER, Daniel de Saboia. Averbação pré-executória serve de espaço para diálogo entre PGFN e contribuinte. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 09/02/18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/opiniaoverbacao-pre-executoria-serve-dialogo-contribuinte>. Acesso em: 14 jul. 2020.

- CASTRO, Robson Junior de. Averbação pré-executória - Impacto na vida do contribuinte. Migalhas. 25 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/296881/averbacao-pre-executoria-impacto-na-vida-do-contribuinte>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- CETRARO, José Antonio. A execução extrajudicial no SFH: do Decreto-Lei 70/66 à Lei 9.514/97. Revista de Direito Imobiliário, vol. 84/2018, p. 427-439. Jan-Jun/2018. Revista dos Tribunais. São Paulo. ISSN 1413-4543.
- CONRADO, Paulo César. Indisponibilidade administrativa. JOTA INFO, São Paulo, 07/02/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/indisponibilidade-administrativa-07022018>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 9 ed., reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FLEURY, Daniel de Souza. A Inconstitucionalidade da Execução Extrajudicial do Decreto-Lei nº 70/1966. Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2011/trabalhos\\_12011/DanieldeSouzaFleury.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/DanieldeSouzaFleury.pdf). Acesso em: 13 jul. 2020.
- FREITAS, Vladimir Passos de. A Lei 13.306 e a averbação da certidão de dívida ativa nos registros. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 11/02/18. Disponível em:

- leitura-lei-13306-averbacao-certidaodivida-ativa-registros. Acesso em: 14 jul. 2020.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GUERZONI, Aurélio Longo; FROTA, Phelipe Moreira Souza. A indisponibilidade patrimonial ocasionada pela averbação pré-executória: Retrocesso jurídico em nome da eficiência? JOTA INFO, São Paulo, 25/04/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/a-indisponibilidadepatrimonial-ocasionada-pela-averbacao-pre-executoria-25042018>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- ISFER, Edson; ISFER, Henrique Roth. O novo bloqueio unilateral de bens pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: Breve análise. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n.39, p. 98-110, 2018. Disponível em: <https://www.afi.adv.br/files/04410897-o-novo-bloqueio-unilateral-de-bens-pela-pgfn-breve-analise-rev-e.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela cautelar do direito ao devido processo legal. *Jurisprudência Brasileira*, v. 173, 1994, Curitiba, p. 61-63.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MARTINS, Samir José Caetano. A execução extrajudicial de créditos do sistema de financiamento imobiliário. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 2, n. 2 (2008). Janeiro a outubro de 2008. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23740>. Acesso: 13 jul. 2020. ISSN 1982-7636.



- NASCIMENTO, Luiz Felipe Sangi do. Análise da constitucionalidade da averbação pré-executória. Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/10983/1/LFSNascimento.pdf>. Acesso em 14 jul. 2020.
- NUNES, Cleucio Santos. Bloqueio administrativo de bens pela PGFN implicitamente revoga artigo 185 do CTN. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 11/01/18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/cleucio-nunes-bloqueio-bensfazenda-revoga-artigo-ctn>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre. ano XII, n. 33, p. 79-85, mar. 1985.
- PEDROSO, Luís Renato. Constitucionalidade das execuções extrajudiciais no Sistema Financeiro de Habitação. Revista dos Tribunais, n. 457, nov. 1973, p. 19-27. Revista dos Tribunais. São Paulo.
- RIZZARDO Arnaldo. Contratos de Crédito Bancário. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 185-186.
- ROCHA, Glézio. Da execução extrajudiciária do crédito hipotecário. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971.
- SAAD. Renan Miguel. A alienação fiduciária sobre bens imóveis. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SANTOS, Paulo Cesar Batista dos. Aspectos pontuais da execução extrajudicial na alienação fiduciária de bens imóveis. Revista de Direito Imobiliário, vol. 84/2018, p. 479-494. Jan-Jun/2018. Revista dos Tribunais. São Paulo.

ISSN 1413-4543.

TITONELLI, Allan. Averbação pré-executória traz efetividade e segurança jurídica. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 15/01/18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-15/allan-titonelli-averbacao-pre-executoria-trazseguranca-juridica>. Acesso em: 14 jul. 2020.

TREVISAN, Marco Antonio. A "constitucionalidade" da execução hipotecária extrajudicial. *Revista de Direito Privado*, vol. 5/2001, p. 271 – 280, Jan - Mar / 2001. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. ISSN 1517-6290.