



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Inconstitucionalidade da Execução Extrajudicial do Decreto-Lei nº 70/1966

Daniel de Souza Fleury

Rio de Janeiro  
2011

DANIEL DE SOUZA FLEURY

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.

Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval

Prof<sup>a</sup>. Katia Silva

Prof<sup>a</sup>. Mônica Areal

Prof<sup>a</sup>. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2011

## A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DO DECRETO-LEI Nº 70/1966

**Daniel de Souza Fleury**

Graduado pela Faculdade Cândido Mendes.  
Advogado.

**Resumo:** Este artigo tem por escopo questionar a recepção da execução extrajudicial pela Constituição de 1988 em razão da ofensa a direitos e garantias fundamentais, discorrer sobre a legalidade do procedimento de execução extrajudicial e fazer uma análise jurisprudencial e doutrinária acerca do tema.

**Palavras-chaves:** Execução Extrajudicial. Inconstitucionalidade. Contraditório.

**Sumário:** Introdução. 1. Os Princípios Constitucionais e a incompatibilidade com o Decreto - Lei nº 70/66. 2. O procedimento da Execução Extrajudicial e o impacto no Sistema Financeiro de Habitação. 3. Controvérsias quanto à constitucionalidade da execução extrajudicial. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei nº 70/1966. O escopo do presente estudo é fazer uma análise crítica do procedimento de execução extrajudicial, demonstrar a inconstitucionalidade do instituto frente aos Direitos e Garantias Fundamentais impostos pela CRF.

Historicamente, na origem das civilizações, a jurisdição era individual, cada indivíduo cuidava de seus interesses da maneira que lhe conviesse. Com o decorrer do tempo e a evolução das sociedades, o Estado passou a avocar a si esse poder jurisdicional de forma a

vedar a chamada vingança privada, que inevitavelmente gerava abusos e injustiças. Porém, ao assumir o poder de julgar, o Estado passou a ter o ônus de atender a todos que precisavam de soluções para suas lides.

Dessa forma, nenhum Estado moderno poderá ser considerado democrático se não confiar ao Poder Judiciário a garantia dos direitos. As constituições modernas introduzem no seu texto uma relação de direitos e dispõem dos meios necessários para a efetivação desses direitos.

O escopo do Estado Moderno, ao retirar dos particulares a faculdade de exercer seus direitos pelas próprias mãos, foi evitar o caos social e permitir o desenvolvimento e o progresso social, impossíveis caso a autotutela, verdadeira lei do mais forte, ainda imperasse. Portanto, questiona-se se execução extrajudicial do Decreto-Lei n° 70/66 teria sido recepcionada pela Carta Magna de 1988.

É importante o questionamento quanto à possibilidade de a Carta Magna de 1988 admitir que o Estado delegue ao particular o poder de jurisdição quanto à execução. Faz-se necessária a contraposição do instituto frente aos vários princípios constitucionais, com análise das consequências da aplicação da execução extrajudicial do Decreto-Lei n° 70/66, em especial nos ocorridos no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

Nesse contexto, inicialmente, será abordada a temática por meio da análise do instituto da jurisdição, bem como a compatibilidade do referido decreto com os princípios constitucionais, em especial o princípio do devido processo legal.

Contextualizada a temática, passa-se ao estudo do procedimento específico da execução extrajudicial previsto no Decreto e do seu impacto no Sistema Financeiro de Habitação instituído pela lei n° 4.380/64.

O trabalho tem por objetivo questionar, a partir do estudo de inúmeros princípios constitucionais, a recepção ou não da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei n° 70/66 pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, a partir de decisões proferidas pelo poder judiciário e pareceres doutrinários, será abordada a constitucionalidade da legislação – Decreto-Lei nº 70/66 –, no que tange à matéria tratada e ao procedimento instituído.

## **1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A INCOMPATIBILIDADE COM O DECRETO - LEI 70/66**

Historicamente, na origem das civilizações, a jurisdição era individual, e cada pessoa cuidava de seus interesses da maneira que lhe conviesse. Com decorrer do tempo e a evolução das sociedades, o Estado passou a avocar a si esse poder jurisdicional e vedou a chamada vingança privada, que inevitavelmente gerava abusos e injustiças. Porém, ao assumir o poder de julgar, o Estado passou a ter o ônus de atender, indistintamente, a todos que precisavam de soluções para suas lides.

A Constituição Federal de 1988 consagrou alguns valores como fundamentais e visa a efetivá-los como verdadeiros norteadores da aplicação do Direito, elegendo-os como Princípios Constitucionais e assim instituiu as premissas fundamentais do ordenamento jurídico.

O Estado assumiu a tarefa jurisdicional com o objetivo de pacificar as tensões sociais. Antes, o mais forte, através da autotutela, fazia valer suas razões, visto que imperava a chamada justiça privada. Tal ocorria porque o Estado não tinha força suficiente para impor-se aos particulares, mas o sistema da autotutela não garantia a consecução da justiça, uma vez que o mais fraco, muitas vezes coberto de razão, não podia impô-la ao oponente mais forte, não havendo qualquer aparato judicial para substituir-se a ele e fazer valer o seu direito.

Destaca-se a suprema importância da jurisdição estatal, pois a jurisdição é uma das funções do Estado que tem por escopo substituir os titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar atuação da vontade do direito objetivo que rege a lide apresentada em concreto para ser solucionada.

Assim, o Estado, ao assumir essa função e retirar dos particulares a faculdade de, por si só, exercer seus direitos, tentou evitar o caos social e permitir o desenvolvimento e o progresso da sociedade, coisas impossíveis caso a autotutela ainda fosse permitida.

Nesse passo, faz-se necessária a análise inicial do exercício da jurisdição. Por se tratar de atividade privativa do Poder Judiciário, é necessária sua conceituação, pois de tal análise decorre a sustentação da tese objeto do presente trabalho.

Conforme lição de Giuseppe Chiovenda<sup>1</sup>, jurisdição é:

[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da Lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

De outro modo, para Carnelutti<sup>2</sup> a jurisdição consiste na atividade voltada para obter a justa composição da lide, entendida ela como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

A partir de tais definições, verifica-se uma característica substancial da jurisdição, qual seja, a sua substitutividade, que decorre do fato de que, nos primórdios, cabia aos próprios interessados a função da tutela de seus interesses. Com a vedação da autotutela, o Estado passou a exercer a função jurisdicional que substituiu a atividade das partes e impediu a justiça privada.

Entendida como atividade, a jurisdição é o conjunto de atos do juiz no processo mediante os quais exerce o poder de aplicar o direito. Sendo a jurisdição a expressão do poder

---

<sup>1</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. v.II. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p.3.

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 94.

estatal soberano e um modo de concretização da soberania estatal, é que se afirma que a soberania é una e indivisível, não podendo coexistir uma pluralidade de jurisdições.

Não basta que o Estado atribua a um terceiro imparcial a missão de, em seu nome, compor os conflitos de interesse que lhe sejam apresentados pelos indivíduos. Nas palavras de Alcalá-Zamora y Castillo<sup>3</sup>:

É preciso que esse terceiro imparcial, por meio do qual se decide o conflito, seja mais forte que as partes que se enfrentam, de modo que, se for o caso, possa impor sua vontade coativamente, contra qualquer tentativa de desobediência ou rebeldia que delas provenha. Compreende-se, por isso, que a jurisdição, que historicamente ou em países menos evoluídos teve ou mantém outros titulares ou origens, nos povos cultos dos nossos dias se vincule ao Estado, assim como este a exerça por meio de seus órgãos e que a repute como um atributo da soberania.

Diante de tal fato é que se vislumbra inconcebível que um particular possa exercer função jurisdicional. Nessa linha de argumentação, por conseguinte, o Decreto-lei n.º 70, de 21 de Novembro de 1966, ao estabelecer execução promovida através de agente fiduciário, entrega ao agente privado o exercício de atividades representativas da essência do poder de Estado e, assim, fere, frontal e flagrantemente, a soberania.

Em consequência do exposto, os dispositivos do Decreto-lei n.º 70, de 21 de Novembro de 1966, que estabelecem execução por meio de agente fiduciário, isto é, os artigos 31 a 38, são, hoje, como eram à época da edição, inconstitucionais.

Como consequência ao princípio da jurisdição estatal, refulge o princípio do devido processo legal, já que qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser levada à apreciação judicial. Para cada tipo de litígio deve a lei apresentar expressamente uma forma de composição jurisdicional.

O devido processo legal foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Carta Magna de 1988<sup>4</sup> e provocou profundas transformações no direito constitucional brasileiro.

---

<sup>3</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 2. ed. México, DF: UNAM, 1970, p.14.

<sup>4</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 406.

O referido princípio não deve ser compreendido meramente como processo estabelecido em lei, mas aquele que observa os ditames da justiça e da equidade, visto que há exemplos históricos de processos com previsão legal, mas extremamente autoritários, tendenciosos e injustos, tais como os procedimentos da Inquisição, que prescreviam expressamente a tortura, ou os procedimentos legais da Alemanha nazista.

Conforme lição de Dinamarco<sup>5</sup>,

A generosa idéia do processo justo e equo, que vem sendo cultuada pelos processualistas modernos, apoia-se na constatação de que dificilmente produzirá resultados substancialmente justos o processo que não seja em si mesmo justo, ou seja, aquele que for realizado sem o predomínio dos parâmetros político-liberais emanados das garantias constitucionais do sistema.

José Ignácio Botelho de Mesquita,<sup>6</sup> a esse respeito, manifesta-se:

“O direito ao devido processo legal compreende o direito ao contraditório e à ampla-defesa, com os meios e recursos à ela inerentes; o que significa, em síntese, o direito a um processo em que a parte tenha efetivamente o poder de influir no resultado final”

Na realidade, não pode haver devido processo legal sem ampla defesa e sem contraditório. Por ampla defesa entende-se a possibilidade de as partes poderem lançar mão de todos os meios e recursos lícitos para defesa de seus interesses e direitos.

A Carta Magna de 1988 garante aos litigantes o direito de esgotar todas as possibilidades na defesa de seus direitos e interesses, trazendo ao processo todos os elementos que possam contribuir na formação da livre convicção do juiz.

O princípio do contraditório estabelece que a parte tem direito a participar ativamente no processo. Dessa forma, deve ter acesso a todas as manifestações e provas produzidas pela parte adversária a fim de possibilitar àquela que se pronuncie acerca das referidas matérias, produza contestação e apresente suas próprias provas.

Para que seja garantido o contraditório, imprescindível a comunicação dos atos processuais às partes, que se dá através da citação e da intimação. Impossível a ampla defesa

---

<sup>5</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.200.

<sup>6</sup> BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. As Novas Tendências do Direito Processual: uma contribuição para o seu Reexame. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.292.



sem o contraditório, e impossível o devido processo legal sem a ampla defesa e o contraditório.

Importante ressaltar que a CRFB/88 garante textualmente que aos litigantes, tanto em processo judicial quanto em processo administrativo, bem como aos acusados em geral, são garantidos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Esses princípios, portanto, por força do comando constitucional, extrapolam o processo judicial e alcançam todo e qualquer litígio e procedimento.

Vale destacar, ainda, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que tem íntima relação com o princípio da jurisdição estatal. Fundam-se os dois no princípio de que o Estado, para garantir a paz e a ordem social não pode admitir, com raríssimas exceções, a autotutela, o exercício privado das próprias razões. Dessa forma, montou o Estado, ao longo dos séculos, aparatos jurisdicionais e administrativos com o objetivo de substituir-se aos particulares.

Como ressaltou Perez<sup>7</sup>, “a metódica exclusão da autotutela no campo do direito privado caminha em paralelo com a concessão da proteção estatal, da tutela jurídica processual de interesses privados que correm perigo”.

A Constituição Federal de 1988 cristalizou o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional no inciso XXXV de seu art. 5º: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Esse princípio está inserido no título das garantias individuais, as quais têm, por expressa determinação constitucional, aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CRFB/88). Dessa forma, inadmissível qualquer lei ou interpretação legal que leve à conclusão que determinada matéria não necessita ser levada à discussão perante o Judiciário.

A inafastabilidade da tutela jurisdicional é uma garantia do cidadão, garantia essa que não lhe pode ser extirpada, antes deve ser fortalecida e confirmada diariamente. Para que essa

---

<sup>7</sup> PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001, p.23.

garantia lhe seja assegurada, deve ocorrer a indeclinabilidade da prestação jurisdicional, ou seja, o Poder Judiciário não pode negar-se a apreciar a lide a ele devidamente apresentada.

Forma-se assim um binômio que ampara o cidadão e a sociedade, qual seja, o cidadão tem o direito de levar qualquer litígio à apreciação do Judiciário e este tem o dever de apreciar o caso e entregar a prestação jurisdicional.

Por fim, destaca-se a importância da propriedade que, na Lição de Ruy Barbosa<sup>8</sup>, em seus comentários à Constituição de 1891, deve ser entendida como todo direito com conteúdo econômico-patrimonial, tudo aquilo que integra o patrimônio de alguém.

Embora não esteja expresso no texto constitucional, a privação da propriedade somente se justifica em decorrência: (a) da prática de ato contrário ao direito, como por exemplo, o confisco de bens produto de crime, a expropriação judicial de bens para pagamento de dívidas cobradas em juízo; ou (b) da necessidade da coletividade (desapropriação), hipótese em que deve ser procedida de prévia e justa indenização (art. 5º, XXIV da CRFB/88).

## **2. O PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL E O IMPACTO NO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO**

A execução extrajudicial teve origem no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Decreto-Lei nº 70/66, editado durante o período de exceção pós 64<sup>9</sup>, quando também foi autorizado o funcionamento das associações de poupança e empréstimos e instituída a cédula hipotecária, que possui natureza de título executivo extrajudicial.

---

<sup>8</sup> BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1934, p. 399-414.

<sup>9</sup> O Decreto-Lei nº 70/66 foi promulgado pelo Presidente da República, durante o recesso forçado do Congresso Nacional, com base no Ato Institucional nº 2 e no Ato Complementar nº 23.

O Sistema Financeiro de Habitação foi instituído pela lei nº 4.380/64 com o escopo de facilitar a aquisição da casa-própria pela população de baixa renda. Quando os mutuários contraem financiamento para aquisição da casa própria, o imóvel adquirido é gravado de ônus real por meio da hipoteca habitacional.

A criação da execução extrajudicial causou profundas modificações no Sistema Financeiro de Habitação (SFH), uma vez que retira do devedor o direito de ser assistido pelo Estado, através do Poder Judiciário, e de ter o processo executório, que poderá desaguar na perda do imóvel.

Dessa forma, ficou estabelecido que caso o mutuário do SFH atrase três ou mais prestações do financiamento (art. 21 da Lei nº 8.004/90), fica o credor autorizado a executar a cédula, seja pela via judicial, seguindo os trâmites da Lei nº 5.741/71, seja seguindo os trâmites do Decreto-Lei nº 70/66, que é a execução extrajudicial.

Vale destacar que via extrajudicial é muito mais célere, uma vez que o credor não precisará recorrer ao Judiciário, sendo suficiente que formalize a solicitação de execução da dívida a um agente fiduciário, nos moldes do art. 31 do Decreto-Lei nº 70/66.

Quando escolhida a execução por meio de agentes fiduciários, o credor deve solicitá-la, com os documentos exigidos para a instrução, ao agente fiduciário contratualmente designado, que, após notificar o devedor, e esse não purgar o débito, pode efetuar leilões para alienação do bem imóvel hipotecado.

Porém, na prática, o agente fiduciário, que frequentemente é o próprio credor, substitui o juiz e atua como se de poder jurisdicional investido estivesse. Nessa situação, é observado o procedimento previsto nos artigos 29, 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70/66, qual seja:

a) O credor possui o prazo de dez dias para notificar o devedor por meio de Cartório de Títulos e Documentos, dando-lhe prazo de vinte dias para pagar as prestações atrasadas, nos termos do art. 31, § 1º do Decreto-Lei nº 70/66. Ao montante devido devem ser acrescidas as penalidades cabíveis, até o limite de 10% do valor do contrato, mais a

remuneração do agente fiduciário, nos termos do art. 34, I do Decreto-Lei nº 70/66. Caso o devedor não seja encontrado, o § 2º do art. 31 faculta ao credor a publicação de editais por três dias em um dos jornais de maior circulação local para notificação do devedor.

b) Após a transcorrência dos vinte dias, ainda é facultado ao devedor purgar o débito, só que neste caso o débito deverá abranger juros moratórios e correção monetária, conforme dispõe o art. 34, II do Decreto-Lei 70/66.

c) Caso o mutuário inadimplente não pague as prestações atrasadas, o art. 32 do Decreto-Lei 70/66 autoriza que o agente fiduciário publique editais intimando-o do primeiro leilão público do imóvel gravado. O leilão deverá ocorrer em quinze dias, e caso não seja arrematado o imóvel neste primeiro leilão, o credor publica novos editais para um segundo leilão, a realizar-se também em quinze dias.

c) Após a alienação do imóvel, deve ser emitida uma carta de arrematação em que é desnecessária a assinatura do devedor, conforme dispõe o art. 37, § 1º do Decreto-Lei 70/66. Nos termos do art. 37, caput, a carta de arrematação é título hábil para a transcrição no Registro de Imóveis, e é o momento no qual se dá o perdimento do imóvel por parte do devedor.

d) Vale destacar que caso o imóvel não seja arrematado no segundo leilão, é emitida uma Carta de Adjudicação, a qual o credor averba no Cartório de Registro de Imóveis, tornando-se o proprietário do imóvel.

e) Após a averbação da transcrição no Cartório de Registro de Imóveis, o adquirente fica autorizado a requerer em juízo sua imissão de posse no imóvel. Assim, conforme preleciona o art. 37, § 2º, o mandado de imissão será concedido liminarmente ao adquirente caso o devedor não comprove, em quarenta e oito horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito, antes da realização do primeiro ou segundo leilão, nos termos do art. 37, § 3º.

Pelo exposto, fica evidente que, no procedimento da execução extrajudicial, o devedor não é citado, não lhe sendo oferecida qualquer oportunidade para defender-se ou discutir o valor do débito que lhe é apresentado. O que ocorre é uma mera notificação para pagar o que o credor afirma ser devido, ignorando-se os princípios do contraditório e ampla defesa, que é direito fundamental expresso no texto constitucional, nos termos do art. 5º, LV da CRFB/88.

Está configurada, ainda, espécie de autotutela ou justiça de mão própria. O agente fiduciário, eventualmente, é o próprio credor. Mesmo que a instituição financeira seja pessoa diversa, a situação não se modifica, uma vez que ao agente fiduciário não é permitido examinar, seja de ofício ou a requerimento do devedor, a existência, exigibilidade, e liquidez do suposto crédito: intimado o devedor e não pago o débito (o valor declarado pelo credor hipotecário) realiza-se o leilão extrajudicial do bem.

Como visto, o contraditório e a ampla defesa são corolários do devido processo legal, o qual não se restringe aos processos judiciais, mas a qualquer litígio. Assim, verifica-se que a privação do contraditório e da ampla defesa no procedimento da execução extrajudicial atenta contra a dignidade do devedor, já que ao credor é oferecida a possibilidade de, sem a interferência da atuação jurisdicional do Estado, pôr o imóvel do devedor em leilão ou adjudicá-lo.

Com isso, o credor toma as ações acima sem que o mutuário inadimplente tenha tido oportunidade de contraditar nem de se defender. Sem contraditório e sem ampla defesa não há devido processo legal. Fica clara a ofensa à ordem constitucional vazada nos incisos LIV e LV do art. 5º da CRFB/88.

### **3. CONTROVÉRSIAS QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL**

Sob a égide da já revogada Constituição de 1967, a execução extrajudicial foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Decreto-Lei nº 70/66. Já naquele tempo a doutrina posicionava-se majoritariamente pela inconstitucionalidade da execução extrajudicial.

Glézio Rocha<sup>10</sup>, em obra pioneira, já sustentava a inconstitucionalidade do procedimento. Para o autor, as funções atribuídas ao agente fiduciário têm caráter jurisdicional o que revelaria verdadeira modalidade de autotutela. Aduz que o procedimento seria inconstitucional por ofensa ao monopólio do juiz natural, ao devido processo legal e ao princípio da isonomia.

No mesmo sentido, manifestava-se a ilustre Ada Pellegrini Grinover<sup>11</sup>:

[...] só é Juiz natural o órgão da jurisdição a quem a Constituição atribui o poder de julgar. E só o juiz natural pode ser investido de funções tipicamente jurisdicionais, como as exercidas no processo de execução, mediante atos coativos contra o executado.

Segundo Botelho de Mesquita<sup>12</sup>, o Sistema Financeiro de Habitação, ao admitir a execução extrajudicial, suprimiu a garantia do processo e, mais grave, fez isso em favor do mais forte, econômica ou politicamente.

Em sentido contrário, destacava-se a posição de Luís Renato Pedroso<sup>13</sup>, que sustentava que o procedimento não violava o princípio da inafastabilidade da jurisdição (previsto no art. 153, § 4º da CRFB/67), na medida em que não se impede o devedor de propor a ação cabível em defesa de seus direitos.

Com o advento da Carta Magna de 1988, fortaleceu-se a doutrina que sustentava a inconstitucionalidade da execução extrajudicial, já que com a expressa previsão do devido

---

<sup>10</sup> ROCHA, Glézio. *Da execução extrajudiciária do crédito hipotecário*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971, p. 57.

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 29, jan./mar. 1983, p.22-23.

<sup>12</sup> MESQUITA, Botelho de. “O Princípio da Liberdade na Prestação Jurisdicional”. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41-42.

<sup>13</sup> PEDROSO, Luís Renato. *Constitucionalidade das Execuções Extrajudiciais no Sistema Financeiro de Habitação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 457, nov. 1973, p. 19-27.

processo legal no texto constitucional, passou a ser defendida a tese de não recepção do instituto pela nova ordem constitucional.

Nesse sentido, é a lição de Luiz Guilherme Marinoni<sup>14</sup> que alega que a execução privada do Decreto-lei nº 70/66 é inconstitucional por inúmeras razões. A limitação da defesa do devedor, obrigando-o à propositura de uma “ação inversa”(declaratória da inexistência total ou parcial do crédito) após o leilão do bem dado em garantia, sem prévia autorização do Poder Judiciário, ofenderia a garantia do devido processo legal, que deve ser prévio a privação do bem. Aduz que a execução privada constitui privilégio inconcebível em favor das instituições financeiras.

Arnaldo Rizzardo<sup>15</sup> também sustenta a inconstitucionalidade da execução extrajudicial sob o argumento de que o procedimento não permite oportunidade para o direito de defesa, já que é vedado à parte discutir o valor da dívida e obter uma decisão sobre o real valor devido.

Pela constitucionalidade é a posição de Orlando Gomes<sup>16</sup> ao invocar os seguintes argumentos: o devedor, pode a qualquer tempo, recorrer ao Judiciário, e existe previsão expressa no art. 37 do Decret-Lei nº 70/66 de controle jurisdicional a *posteriori* do procedimento; a execução extrajudicial é uma opção conferida ao credor, lesado pelo inadimplemento; em caso de má-fé o agente fiduciário é responsabilizado.

No âmbito jurisprudencial, ainda sob a égide da Constituição de 1967, a constitucionalidade da execução extrajudicial foi apreciada, de forma incidental, inúmeras vezes pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, que se manifestou pela constitucionalidade do procedimento.

Nesse sentido, vale destacar a decisão da 2ª turma do TFR, que, além de ressaltar que ao devedor não era vedado que recorresse ao judiciário, justificou o exercício do direito de

---

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela cautelar do direito ao devido processo legal*. Curitiba, Jurisprudência Brasileira, v. 173, 1994, p. 61-63.

<sup>15</sup> RIZZARDO Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 185-186.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 370-371.

defesa somente após a satisfação do crédito, por se tratar de inversão reputada necessária para assegurar a liquidez do SFH, e refutou que o procedimento afrontasse o monopólio da jurisdição: “O novo procedimento não retira do Poder Judiciário para o agente fiduciário parcela alguma do poder jurisdicional. O agente fiduciário executa somente uma função administrativa, não necessariamente judicial.”<sup>17</sup>

Com o advento da Carta Magna de 1988, e com a inclusão da garantia do devido processo legal no texto constitucional (art. 5º, LIV), a orientação jurisprudencial antes firmada passou novamente a ser questionada e a jurisprudência da maioria dos Tribunais Estaduais e Federais<sup>18</sup> passou a entender como inconstitucional a execução extrajudicial.

Porém, a 1ª Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu em 23 de junho de 1998, por votação unânime, que o aludido diploma legal é compatível com a Carta da República, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 223.075-DF:

EMENTA: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido.<sup>19</sup>

Assim, segundo o STF, se o credor preferir executar a dívida hipotecária vencida e não paga de acordo com o procedimento previsto no Decreto-Lei nº 70/66 deverá formalizar junto ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida, de modo que esse último promoverá a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, dando-lhe oportunidade para purgar a mora. Ultrapassada essa fase e não acudindo o devedor à purgação

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. 2ª Turma. *Apelação em Mandado de Segurança nº 77.152-SP*. Rel. Min. Décio Miranda. J. 5 mar. 1976 – v.u.

<sup>18</sup> BRASIL. 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. Órgão Especial. *Arguição de Inconstitucionalidade nº 493.349-9/01*. Rel. Juiz Paulo Eduardo Razuk. J. 23 jun. 1994. m.v. JTA 151/186. O julgado daria origem à Súmula nº 39 daquele Tribunal, assim redigida: “São inconstitucionais os artigos 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-lei 70, de 21.11.1966.”

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Recurso Extraordinário nº 223.075-DF*. Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 23 jun. 1998. v.u.



da mora, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a promover o primeiro público leilão do imóvel hipotecado, mediante comunicação ao devedor por meio de editais.

Ainda que tenha a Suprema Corte pacificado entendimento de que o Decreto-Lei nº 70/66 foi recepcionado pela Carta Constitucional de 1988, ele permanece alvo de grandes controvérsias em face da sua ilegalidade frente aos diplomas processual e consumerista e, inclusive, mesmo da sua constitucionalidade, controvérsias estas, frise-se, embasadas em argumentos bastante sólidos.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de um Recurso Repetitivo<sup>20</sup>, firmou a posição de que em se tratando de contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei nº 70/66, enquanto perdurar a demanda, poderá ser suspensa, uma vez preenchidos os requisitos para a concessão da tutela cautelar, independentemente de caução ou do depósito de valores incontroversos, desde que: a) exista discussão judicial contestando a existência integral ou parcial do débito; b) essa discussão esteja fundamentada em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (*fumus boni iuris*).

Com efeito, a Segunda Seção dessa Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência, em REsp nº 462.629/RS, Relator o Ministro Ari Pargendler, decidiu que 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."<sup>21</sup>

Já o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em decisão da 1ª Câmara Cível, sob o argumento de que "ninguém poderá ser privado de seus bens a não ser pelo juiz natural,

---

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2º Seção. *Recurso Especial 1.067.237*. SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 24 jun. 2009. v.u.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2º Seção. *Recurso Especial 462.629*. RS. Rel. Min. Ari Pargendler. J. 10 mar. 2003. v.u.

mediante o devido processo legal, assegurados o contraditório e a ampla defesa"<sup>22</sup>, também determinou a nulidade da execução extrajudicial de bens de mutuários do SFH.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no âmbito de ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI nº 2591), que as relações de consumo de natureza bancária ou financeira devem ser protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/91).

Em consequência, as relações contratuais de mútuo para financiamento de imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação se submetem às normas dessa lei, como, aliás, há muito também já vinha entendendo o STJ, que editou a Súmula 297 nesse sentido.

## CONCLUSÃO

A solução adotada pelo STF, ao considerar constitucional a execução extrajudicial sob o fundamento de que o devedor pode recorrer ao judiciário para evitar a violação de seu direito, é um tanto questionável.

Afirmar que o controle de legalidade dos atos praticados na execução extrajudicial ou, o que é mais relevante, da legalidade da própria execução, pode ou deve ser realizado a *posteriori* é o mesmo que admitir que o indivíduo só tenha direito ao devido processo legal após ser privado de seu bem.

Verifica-se que se tem uma execução forçada que nada mais é do que o exercício de jurisdição. O Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11.01.73) revogou o Decreto-lei nº 70/66, no que tange à execução coativa extrajudicial. Logo em seu artigo 1º é estabelecido

---

<sup>22</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Cível. *Apelação nº 1999.001.15783*. Rel. Des. Martinho Campos. J. 14 mar. 2000. v.u.

que a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida por juízes e segundo suas disposições.

Segundo os artigos 576 e 583 do CPC, todo processo executivo é judicial e tem por base um título executivo judicial ou extrajudicial. O contrato de hipoteca é título executivo extrajudicial (artigo 585, III do CPC). A previsão contratual de execução extrajudicial não pode prevalecer sobre a garantia do devido processo legal e o monopólio estatal da jurisdição. A ninguém é dada a liberdade de contratar que viole direitos ou garantias fundamentais ou usurpe competência de um dos poderes da República.

O exercício de jurisdição executiva por particulares, além de não haver permissivo constitucional, é incompatível com o artigo 5º, inciso LIV, do texto maior. Por resultar na perda da propriedade, deve observar o devido processo legal, que pressupõe um juiz natural, a que os ditames do Decreto-lei nº 70/66 ofendem.

A execução extrajudicial fundada no Decreto-lei nº 70/66 é ainda incompatível com a legislação protetora dos consumidores. O inciso IV do artigo 6º do CDC estabelece a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços.

A previsão contratual de execução extrajudicial do bem imóvel cria vantagem exagerada ao agente financeiro e, em contrapartida, enorme desvantagem ao consumidor mutuário, porquanto além de ofender a natureza social do contrato de mútuo para o financiamento de imóvel, que visa ao acesso de todos à moradia (art.6º, *caput*, da CRFB/88), viola princípios fundamentais ao ordenamento jurídico a que pertence, que não permite a perda da propriedade sem a observância do devido processo legal.

Pelo exposto, é evidente que a execução extrajudicial, em especial no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, vai de encontro ao ordenamento constitucional brasileiro estabelecido pela Carta Magna de 1988, por afrontar os princípios republicano e da jurisdição estatal. Tal norma viola também a isonomia, o devido processo legal, a ampla defesa, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a infastabilidade da tutela jurisdicional e o direito à

moradia. Assim, sustenta-se não terem sido recepcionados os artigos do Decreto-lei nº 70/66, que estabelecem o processo de execução extrajudicial.

## REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 2. ed. México, DF: UNAM, 1970.

BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. V. 5. São Paulo: Saraiva, 1934.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Teses, estudos e pareceres de Processo Civil*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 42. Ed, 2009.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. 2ª Turma. *Apelação em Mandado de Segurança nº 77.152-SP*. Rel. Min. Décio Miranda. J. 5 mar. 1976 – v.u.

BRASIL. 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. Órgão Especial. *Arguição de Inconstitucionalidade nº 493.349-9/01*. Rel. Juiz Paulo Eduardo Razuk. J. 23 jun. 1994. m.v.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *Recurso Extraordinário nº 223.075-DF*. Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 23 jun. 1998. v.u.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2º Seção. *Recurso Especial 1.067.237*. SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 24 jun. 2009. v.u.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2º Seção. *Recurso Especial 462.629*. RS. Rel. Min. Ari Pargendler. J. 10 mar. 2003. v.u.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 1ª Câmara Cível. *Apelação nº 1999.001.15783*. Rel. Des. Martinho Campos. J. 14 mar. 2000. v.u.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18.ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.II. 2.ed. Tradução J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1965, p.3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madri: Civitas, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 29, jan./mar. 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela cautelar do direito ao devido processo legal*. Curitiba. Jurisprudência Brasileira, v. 17, 1994.

PEDROSO, Luís Renato. *Constitucionalidade das execuções extrajudiciais no Sistema Financeiro de Habitação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 457, nov. 1973.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROCHA, Glézio. *Da execução extrajudiciária do crédito hipotecário*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971.