

---

**CONSTITUCIONALIDADE DOS  
PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE  
COBRANÇA**

*Waldemar Zveiter*

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça  
(1989-2001)  
Desembargador do Tribunal de Justiça do  
Rio de Janeiro (1982-1989)  
Presidente da Ordem dos Advogados do  
Brasil RJ (1973-1977)*



---



---

CONSTITUCIONALIDADE DOS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE  
COBRANÇA  
Waldemar Zveiter

## 1. INTRODUÇÃO

**O**s meios jurídicos ainda hoje têm se preocupado, verdadeiramente, com a multiplicação das execuções extrajudiciais.

Entendem alguns que o aumento de tais formas de execução consoante as regras estabelecidas pelo *Decreto-Lei n. 70, de 21.11.1966* implica esvaziamento do Poder Judiciário, retirando-lhe o monopólio da função jurisdicional com ofensa a disposições contidas na Carta Constitucional.

A questão não é nova nem pacífica. Controverte-se no que diz com a constitucionalidade.

De um lado, os que se posicionam no sentido da inconstitucionalidade do procedimento sustentam que: “A opção de execução unilateral e extrajudicial consignada no *artigo 29, do Decreto-Lei n. 70, de 21.11.1966*, eiva-se de inconstitucionalidade porque exclui da apreciação do Judiciário relações de direito patrimoniais e contratuais, proibidas pelo § 4º, do *artigo 153 da Constituição*” (*apud* “Da Execução Extrajudiciária no Crédito Hipotecário”, Glézio Rocha, 1ª ed., p. 61). (*obs: CF/1988, art. 5º, inciso XXXV*).

De outro lado, entendendo ser tal procedimento perfeitamente adequado aos princípios constitucionais, situaram-se então de

logo, os julgadores integrantes da *Primeira Turma*, do extinto *Tribunal Federal de Recursos*.

Certo, todavia, é que com o advento da *Lei n. 5.741/1971*, o legislador estabeleceu rito especial e sumário para a *execução judicial*, não restando prejudicada nem a proclamada necessidade de medidas rápidas para cobrança de tais créditos e nem, à época o próprio Sistema Financeiro da Habitação.

## 2. PRECEDENTES LEGISLATIVOS

Sobre a matéria, afirmando inexistir novidade na execução extrajudicial em acórdão do extinto *T.F.R.*, datado de *1.º.09.1972*, Relator o eminente Ministro *Jorge Lafayette Guimarães*, observa: “Não há, outrossim, exigência constitucional de ser precedida a venda de processo judicial, sendo de notar que, se em relação às hipotecas, o *Decreto-Lei n. 70/1966* inovou nosso Direito, sempre foi admitida, nos penhores, a venda particular da garantia, por iniciativa do credor, desde que autorizada a assim proceder, pelo contrato (*Código Civil, art. 774, III; Código Comercial, art. 279; Lei de Falências, art. 120, § 2º*)...”.

A confirmar tal assertiva tome-se a legislação brasileira, no pertinente:

a) *Decreto n. 1.102/2003*, que instituiu regras para o estabelecimento de empresas de Armazéns Gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas, em especial os *arts. 10 e 23*, bem como o *Decreto-Lei n. 8.439/1945*, que regulou o serviço de armazenagem nos portos organizados, especialmente o *art. 23*.

b) *Lei n. 492/1937* que regulou o penhor rural e a cédula pignoratícia, em especial o *art. 26*. Também o *Decreto-Lei n. 167/1967*, que dispôs sobre títulos de crédito rural, e dando outras providências, quanto aos *artigos 59 e 71*.

c) *Lei n. 4.591/1964*, que dispôs sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias que em seu *art. 63, § 1º* consagrou a execução extrajudicial, ao dispor, *verbis*: “Se o débito, não for liquidado no prazo de *10 dias*, após solicitação da comissão de Representantes, esta ficará, desde logo, de pleno direito, autorizada a efetuar, no prazo



que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou cessão, ou a cessão da cota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção”.

*Caio Mário da Silva Pereira* observou que não se tratava de *inovação extravagante*, pois a Lei Francesa de 1938 que regulamentou as sociedades de construção e a co-propriedade de imóveis divididos por apartamentos, autorizava a sociedade a excluir o sócio faltoso e a proceder à venda forçada de seu direito sociais, mediante um processo simplificado, inspirado nas execuções da Bolsa (Condomínio e Incorporações);

d) *Lei n. 4.864/1965*, que criou medidas de estímulo à indústria de construção civil e alterou, em parte, a anterior:

e) *Decreto-Lei n. 911/1969*, que alterou a redação do *art. 66 da Lei n. 4.728/1965*, estabelecendo em seu *art. 2º*, drasticamente, que: No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão ou hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo, se houver”.

O eminente ministro *José Carlos Moreira Alves* (“Da Alienação Fiduciária em Garantia”, 1973, p. 207, n. 05) no ponto esclarece: “A venda da coisa alienada fiduciariamente pode ser realizada pelo credor, judicial ou extrajudicialmente. Se preferir a venda judicial, observar-se-ão as regras contidas, a seu respeito, no Código de Processo Civil. Poderá, entretanto, o credor optar pela venda extrajudicial do bem, em consonância com o disposto nos *arts. 2º e 3º, § 5º, do Decreto-Lei n. 911...*”, lembrando que: “portanto, a opção pela venda, extrajudicial, em face da lei, somente será impedida, se no contrato de alienação fiduciária em garantia tiver sido estipulado que a venda se fará judicialmente. É certo que, apesar dessa cláusula, o devedor (ou terceiro garante) poderá renunciar, a qualquer tempo, à faculdade que ela lhe confere”.

Dessa legislação se consta que com larga aplicação no cotidiano, a chamada *execução extrajudicial*.

### 3. IMPORTÂNCIA DO EXTINTO BNH NO DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO

Quais os motivos que levaram o legislador a estabelecer duas formas de execução de créditos relacionados com o SFH?

Para responder a esta pergunta é necessário estabelecer e fixar a importância do extinto BNH no desenvolvimento brasileiro.

Criado pela *Lei n. 4.380/1964*, com a preocupação do legislador em situar o problema da habitação no contexto mais abrangente do desenvolvimento urbano, tendo em mente o desafio do futuro, teve como objetivo resolver o problema do *deficit* acumulado de moradias, gerado pelo alto crescimento da população e a construção insuficiente. O BNH era o centro de um sistema financeiro voltado para a captação da poupança e a aplicação de recursos, a serem investidos num programa de construções residenciais. Aquele sistema financeiro de habitação era, por um lado, complexo, por incluir, como forma de atuação, todas as modalidades utilizadas pelas instituições americanas (assemelhá-las) no campo habitacional; e, ao mesmo, tempo pragmático, porque visava sempre a adaptar seus financiamentos à realidade econômica e social brasileira.

Da declaração, no Encontro de Investidores, em Salvador, em 20.10.1969, tomo de seu Presidente dizeres que tanto confirmam: “Todos têm direito à habitação, este o princípio básico. E ninguém pode deixar de pagar sua aquisição. Mas não é apenas pagar, e sim pagar o preço de custo. Cada adquirente de casa própria deve devolver importância capaz de gerar uma nova moradia igual, a fim de que os recursos se acumulem num volume capaz de trazer, em breve, o empate entre a demanda e a oferta. Só assim se tornará possível a eliminação do *deficit* residencial, acumulado ao longo dos anos da enganosa política de congelamento de aluguéis, numa orgia inflacionária em que nenhum outro item era fixo”.

E, a respeito dos planos de financiamento, em entrevista à Agência Nacional, afirmou: “Todo o plano de financiamento atêm-se a um aspecto de faixa de renda familiar, classificatória da possibilidade de a família pagar a prestação do empréstimo para adquirir a casa. As COHABs atendem às famílias com menos de dois ou dois e meio



salários mínimos mensais. Para a renda de dois e meio e cinco salários mínimos, existem as Cooperativas Habitacionais Operárias. Acima de cinco salários mínimos, há o sistema de Poupança e Empréstimos, que normalmente é feito através das Caixas Econômicas e, futuramente, das Associações de Poupança e Empréstimo. Além de 20 salários mínimos, funcionam as Sociedades de Crédito Imobiliário, para a classe média alta, de maior capacidade de amortização mensal, devido à maior renda. Estas são as diferentes portas pelas quais o brasileiro pode entrar no Plano Nacional de Habitação, em função de sua categoria econômica, área de atividade e renda familiar”.

Destaco um dado histórico revelador da extraordinária relevância de que se revestia o cumprimento desses objetivos: financiou em cerca de 3,5 anos 227.679 unidades habitacionais, ou seja, mais de 85.000 unidades das que, por ação direta de órgãos governamentais, foram financiadas e construídas ao longo de 26 anos de tentativas, para dar solução estatal ao crescente problema da demanda de moradias urbanas.

Finalmente, quanto à *correção monetária imposta pela inflação*, em palestra no Rotary Club do Rio de Janeiro, dia 16.07.1969, noticiava: O *Engenheiro Mário Trindade*: “Constatamos erros na aplicação da correção monetária, constatamos Taxas e encargos financeiros não autorizados, a tal ponto que, faz um ano, agora, neste mês de agosto, conseguimos a sanção presidencial de um decreto que regulou a matéria, de tal sorte que o agente pode até perder a carta patente, se cometer alguns dos atos ilícitos ali capitulados. A situação já melhorou bastante, mas é preciso que nos lembremos de que o nosso objetivo fundamental é acabar com a correção monetária, acabando com a inflação. A correção monetária é um mal necessário, digamos assim, enquanto persistirem faixas inflacionárias”.

Pela notável importância, pois, do *BNH*, foi que, afigura-se, o legislador pensou em lhe permitir medidas judiciais rápidas (*Lei n. 5.741/1971*) ou, ainda, as providências extrajudiciais, para resolver com a necessária celeridade as inadimplências, recolocando no mercado as unidades objeto dos contratos respectivos.

Considere-se que tais contratos foram celebrados com suas agências financeiras, firmados livremente, com pleno conhecimento de suas cláusulas e da legislação que os regulam. Tal a importância dessas

avenças, que o *art. 3º*, do *Decreto-Lei n. 474/1969* estabeleceu: “Para efeito de aplicação das normas do *Decreto-Lei n. 960/1938*, entende-se também, por dívida ativa, os créditos da União Federal, Distrito Federal, Estados e Municípios, ou de suas agências financeiras, decorrentes de financiamentos, ou de sub-rogação de garantia, hipoteca, fiança ou aval”.

#### 4. LEGALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DA DÍVIDA HIPOTECÁRIA

##### a) Dispositivos regulamentadores:

Permite-se a execução extrajudicial da dívida hipotecária no *Decreto-Lei n. 70/1966* - desde que vencidas três ou mais prestações (*art. 21, Lei n. 8.004/1990*), quando dispõe em seu *art. 29*, que “As hipotecas a que se referem os *arts. 9º e 10* e seus incisos, quando não pagas no seu vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil ou deste decreto-lei”.

Essa opção foi mantida no *Art. 1º, Lei n. 5.741/1971*, textualmente assim: “Para a cobrança de crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação criado pela *Lei n. 4.380/1964*, é lícito ao credor promover a execução extrajudicial de que tratam os *arts. 31 e 32 do Decreto-Lei n. 70/1966*, ou ajuizar a ação executiva na forma da presente lei”.

##### b) Procedimento:

Quanto ao procedimento usado, primeiramente, o credor escolhe um agente financeiro fiduciário que poderá ser a própria Caixa Econômica Federal, ou qualquer agente financeiro integrante do SFH.

Os agentes financeiros são credenciados pelo Banco Central do Brasil, mediante solicitação.

Nos contratos de financiamento pelo SFH, o agente fiduciário é nomeado pelos contratantes e o credor somente poderá solicitar a execução à entidade especificada como agente fiduciário, não se configurando entre o titular do crédito e o agente cobrador um negócio fiduciário propriamente, pois não se verifica a transferência da propriedade ou do crédito.



O agente financeiro, em verdade, é um mandatário da confiança de ambas as partes, responsável pela cobrança e pela condução do procedimento que culmina com a alienação do bem, se não houver o pagamento do débito. Em nome do devedor atua quando concorda com a adjudicação do imóvel ao credor.

O primeiro passo do agente fiduciário é cientificar o devedor para que, no prazo de 20 dias, purgue a mora. Não purgando o débito, realizará, com o prazo intercalado de 15 dias, o primeiro e segundo leilões.

Ao arrematante é entregue a carta de arrematação que, após registrada, concede a propriedade plena ao seu titular. A purgação da mora é autorizada até o momento da assinatura da referida carta.

#### **5. DA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL**

Em sede de doutrina (Glézio Rocha “Da Execução Extrajudiciária no Crédito Hipotecário”) sustenta-se a inconstitucionalidade do procedimento, porque: “Face à pretensão não satisfeita do credor, de receber seu crédito, e por ele provocado, intervém o agente fiduciário para realização da composição. E o faz, como já se viu, transferindo a propriedade do bem hipotecado à revelia ou até contra a vontade do devedor para o arrematante, recebendo deste o dinheiro e o destinando ao pagamento dos débitos do devedor, a este entregando o eventual excesso”.

Ressalta-se que é característica da função jurisdicional sua inércia inicial e o caráter substitutivo sua própria definição - só o Poder Judiciário tem o atributo de se substituir à vontade das partes para aplicar o direito objetivo a uma situação litigiosa.

Nesta ótica, afirma-se que o *Decreto-Lei n. 70/1966* atribui ao agente fiduciário *judicium* e *imperium* para que ele possa tornar efetiva a alienação do bem imóvel dado em garantia hipotecária para, com seu produto, satisfazer o pagamento do mútuo garantido. Ou seja, atribui função jurisdicional a órgão não investido de poderes fundamentais do Estado e ainda faculta a delegação dessa função às instituições financeiras. E nos casos dos empréstimos com garantia hipotecária

não compreendidos no SFH essas funções são diretamente atribuídas a tais sociedades comerciais (*art. 30, II, Decreto-Lei n. 70/1966*).

Argumenta-se que se a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão a direito individual não pode, conseqüentemente, atribuir tal apreciação a órgãos não Judiciários, principalmente com poder executório inapelável, o que seria, em última análise, exclusão indireta do Poder Judiciário.

O *Decreto-Lei n. 70/1966* contém sintomas de inconstitucionalidade, uma vez que tolhe o direito-mor de defesa. Afirma-se isso porque tal diploma legal não permite à parte defender-se e nem mostrar o valor da dívida, discutindo-o e obtendo uma decisão sobre o real montante devido. Sujeita-se o devedor a ter seu patrimônio dilapidado em vendas extrajudiciais adrede dirigidas para favorecer o arrematante ou o adjudicante.

Pelo *art. 5º, LIV*, da *CF/1988*, é patente a inconstitucionalidade do citado Decreto-lei, pois violado está o *devido processo legal* (*due process of law*), já que os direitos de citação, arrolamento de testemunhas, contraditório, juiz natural, prestação jurisdicional, recursos, coisa julgada das decisões, restam suprimidos.

Outros dispositivos da Constituição Federal, segundo se alega, são transgredidos na execução extrajudicial tais os *Art. 5º, XXXV* e *Art. 5º, LV*.

Portanto, tal diploma legal contém vício insuperável de limitação de defesa e de conceder funções jurisdicionais a entidades privadas.

## 6. DA CONSTITUCIONALIDADE DOS PROCEDIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DE COBRANÇA

Mas não há qualquer violação a preceitos constitucionais, *data venia*.

A uma porque a Lei, ao contrário, como se verá não exclui do judiciário qualquer lesão de direito.

A outra por preservar a garantia do devido processo legal, eis que a execução extrajudicial é faculdade que decorre, como visto, da lei que a instituiu.



O próprio Tribunal Federal de Recursos, no aresto invocado, assinala (fls. 02): “Realmente, inconstitucional seria proibir que lesão de direito seja levada à decisão do Poder Judiciário, mas não há restrição neste sentido, e se ilegítima a venda efetuada pelo agente fiduciário, por inobservância da lei ou do contrato, terá o interessado, ao seu dispor, a ação própria para anulá-la...”.

“O Decreto-Lei n. 70, de 21.11.1966, no tocante à execução das dívidas hipotecárias dos devedores na aquisição da casa própria, dá ao credor o direito de opção na execução hipotecária”.

Ou este prefere seguir os ditames da execução judicial de que cuida (*Lei n. 5.741/1971*), ou então escolhe o processo estabelecido pelo referido Decreto-lei, em seus arts. 29, 31 e 38, segundo o comando do art. 1º desta mesma *Lei n. 5.741/1971*.

Não existe, como se vê, qualquer lesão ao direito do devedor.

Não há assim, segundo penso, como se admitir a inconstitucionalidade dos procedimentos extrajudiciais de cobrança. E são vários os argumentos que autorizam tal assertiva.

1º) ao devedor hipotecário está assegurado o direito de propor as ações cabíveis (consignatória, prestação de contas, ou qualquer outra), sempre que entender lesado seu direito individual.

2º) Só não haveria o controle jurisdicional se o próprio texto de lei assim dispusesse.

3º) O Decreto-Lei n. 70/1966 possibilita a purgação do débito, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, sem prejuízo do recurso ao Poder Judiciário.

4º) O Decreto-Lei n. 70/1966, art. 40, impõe rigorosa sanção ao agente fiduciário que não agir legalmente.

5º) O devedor, antes do início da execução, conforme o disposto no art. 31, quando tiver fundada razão para pôr em dúvida a imparcialidade ou inidoneidade do agente fiduciário eleito no contrato, poderá pedir ao juízo competente sua destituição (art. 41, § 1º).

