

Exame da Constitucionalidade da Execução Extrajudicial à Luz do Devido Processo Legal e seus Corolários

1 Entendimento doutrinário

1.1 Antes da Constituição de 1988

Ao tempo da Constituição revogada (CF/67 com a redação da Emenda nº 1/69), a doutrina inclinava-se, majoritariamente, pela inconstitucionalidade da execução extrajudicial, sob múltiplos argumentos.

Em uma das primeiras obras escritas sobre a execução extrajudicial, defendeu GLÉZIO ROCHA, de forma pioneira, a inconstitucionalidade do procedimento instituído pelo Decreto-lei nº 70/66. Após ressaltar que as funções atribuídas ao agente fiduciário tem caráter jurisdicional, defendeu o autor que a execução extrajudicial, verdadeira modalidade de autotutela, seria inconstitucional por ofensa: (a) ao monopólio do juiz natural; (b) ao princípio do juiz natural; (c) ao devido processo legal; (d) ao princípio da isonomia. Em seguida, refutou as objeções levantadas contra sua posição, em especial a previsão de mecanismos similares de satisfação do crédito no direito positivo brasileiro anteriores a 1966, defendendo que estes deveriam ser tidos por revogados.¹

Veja-se, no mesmo sentido, a seguinte lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER a respeito da inconstitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial

¹ Cf. ROCHA, Glézio. *Da Execução Extrajudiciária do Crédito Hipotecário*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971 (o autor menciona o art. 774, III, do CC/16, o art. 74, § 1º, da Lei nº 2.627/40, o art. 14 do Decreto-lei nº 58 e o art. 63 da Lei nº 4.591/64).

previsto no Decreto-lei nº 70/66, em época em que ainda não existiam decisões de segunda instância a respeito do tema:

“Consagra-se, através do Decreto-lei nº 70 – mantido nesse ponto pela Lei nº 5.741 – a autotutela, repudiada no Estado de direito, salvo casos excepcionais; infringe-se o princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judiciária e ferem-se os institutos da unidade de jurisdição e da atribuição da função jurisdicional ao juiz constitucional; violam-se os postulados que garantem o direito de defesa, o contraditório, a produção das próprias razões, sem os quais não pode caracterizar-se o ‘devido processo legal’.”²

Em estudo posterior, reiterou a ilustre processualista sua posição, ressaltando em especial a incompatibilidade do instituto com o princípio do juiz natural e o caráter tipicamente jurisdicional da execução forçada:

“Sob o ângulo específico da garantia do juiz natural, o problema é ainda mais grave, pois, como se viu, a garantia do juiz constitucionalmente competente não se confunde com a de acesso ao Poder Judiciário. O que se examina, nesse enfoque, não é apenas a proteção judiciária, quanto ao exame da lesão de direito individual, mas também a efetiva tutela por órgão previamente previsto pela Constituição. Nesse ponto, são irrespondíveis os argumentos do Juiz Arthur de Godoy, mostrando que a atividade executória, por ser tipicamente jurisdicional, há de ser reservada ao juiz constitucionalmente competente, sob pena de infringência ao princípio do juiz natural. 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.”³

No mesmo sentido manifestou-se CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. Após ressaltar a gradativa transferência da execução para o rol das atividades estatais, fruto da consolidação do Estado e do crescimento de sua autoridade sobre os indivíduos, o autor afirma, peremptoriamente, que a execução forçada é um privilégio estatal:

“A possibilidade de uma execução particular, extrajudicial, admitida pela lei nº 5741, de 1º de dezembro de 1971 (créditos do Sistema Financeiro

da Habitação) é uma intolerável excrescência anti-histórica do direito brasileiro, de duvidosa inconstitucionalidade.”⁴

Para BOTELHO DE MESQUITA,⁵ normas como as que regem o Sistema Financeiro da Habitação, admitindo a execução extrajudicial, suprimem a garantia do processo e, o que é mais grave, fazem-no em favor do mais forte, econômica ou politicamente.

Idêntica era a posição de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, para quem há uma “ausência total do *due process of law*” (em ofensa ao art. 153, § 4º, da CF/67) nas referidas execuções extrajudiciais, que representa não apenas desigualdade *no* procedimento, mas desigualdade *de* procedimento, se comparada com a forma “normal” de execução por quantia regulada pelo CPC.⁶

Em sentido contrário pode-se mencionar a posição de LUÍS RENATO PEDROSO (então Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná), que após fazer referência a outras hipóteses de execução extrajudicial admitidas pelo direito positivo (Decreto nº 1.102/1903, Lei nº 492/37,⁷ Lei nº 4.591/64 e Decreto-lei nº 911/69) sustenta, com base em julgados do hoje extinto Tribunal Federal de Recursos, que o procedimento não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição (previsto no art. 153, § 4º, da CF/67), na medida em que não se impede o devedor de propor a ação cabível em defesa de seus direitos.⁸

⁴ Cf. *Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 186. Mais recentemente, porém, em estudo a respeito da alienação fiduciária de bens imóveis (que como visto também envolve uma espécie de execução extrajudicial), o autor alterou sua opinião, influenciado pela jurisprudência, com base nos argumentos da possibilidade de controle jurisdicional (normalmente *a posteriori*) e da utilidade do instituto, enquanto instrumento da “socialização do crédito”. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. t. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 1279-1280.

⁵ Cf. 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.

⁶ Cf. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. Porto Alegre, *AJURIS*, nº 33, 1985, p. 81.

⁷ A Lei nº 492/37, que disciplina o penhora rural e a respectiva cédula pignoratícia, não instituiu modalidade de execução extrajudicial. A excussão da garantia era feita perante o Judiciário, podendo o devedor defender-se por meio de embargos, que se fossem considerados relevantes ocasionariam a conversão do procedimento de especial em sumário (art. 25). A venda poderia ser judicial ou amigável, mas, em qualquer hipótese, era autorizada pelo juiz: “[...] mandará o juiz expedir, incontinenti, alvará para a venda dos bens ou animais empenhados [...]” (§ 3º). Não há que se confundir alienação por iniciativa particular (hoje expressamente prevista pelo art. 685-C do CPC) com execução extrajudicial.

⁸ Cf. Constitucionalidade das Execuções Extrajudiciais no Sistema Financeiro da Habitação. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, nº 457, nov. 1973, p. 19-27.

1.2 Depois da Constituição de 1988

1.2.1 Quanto ao Decreto-lei nº 70/66

Depois da promulgação da Constituição de 1988 foi fortalecida a corrente doutrinária contrária à constitucionalidade da execução extrajudicial (ao menos até a decisão do STF no RE nº 223.075), por força da expressa previsão (pela primeira vez) do devido processo legal, com base no qual se passou a sustentar a não recepção do instituto pela nova ordem constitucional.

Para LUIZ GUILHERME MARINONI, 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 à privação do bem. Ressalta, outrossim, que o agente fiduciário (normalmente o próprio credor) não tem condições de assegurar um contraditório efetivo, indispensável para a legitimidade do procedimento. Por fim, ressalta que a execução privada “constitui privilégio inconcebível em favor das instituições financeiras”.⁹

ARNALDO RIZZARDO, apesar de ressaltar a posição contrária da jurisprudência (do então existente Tribunal Federal de Recursos), também sustenta a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66. Ressalta ser óbvio, em primeiro lugar, que o procedimento “não permite oportunidade para o direito de defesa”, pois não permite à parte discutir o valor da dívida e obter uma decisão sobre o real valor devido. Também reputa ofendida a garantia do devido processo legal, qualificado como “o direito a regular curso de administração de justiça pelos juízos e tribunais” (com seus corolários, que não se fazem presentes), por um procedimento “que não passa de uma justiça de mão própria” e além de tudo subverte a ordem institucional, pois “investe o agente fiduciário das prerrogativas do Poder Judiciário” (transgredindo o inciso XXXV do art. 5º da CF).¹⁰

Outra não foi a conclusão a que chegou o magistrado FERNÃO BORBA FRANCO, em estudo a respeito do devido processo legal.¹¹

⁹ Cf. A Tutela Cautelar do Direito ao Devido Processo Legal (o caso da execução privada do Dec-lei 70/66). Curitiba, *Jurisprudência Brasileira*, v. 173, 1994, p. 61-63.

¹⁰ Cf. *Contratos de Crédito Bancário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 185-186.

¹¹ Cf. A Fórmula do Devido Processo Legal. São Paulo, *Revista de Processo*, nº 94, abr./jun. 1999, p. 105.

Por fim, devemos mencionar a posição de L. A. BECKER, que em obra de fôlego¹² reputa inconstitucionais, por contrários ao devido processo legal, todos os tipos de execução extrajudicial, ressaltando a sua incompatibilidade com a ampla defesa e o contraditório, a isonomia e a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Em sentido contrário, embora reconhecendo que o procedimento tem como maior “inconveniente” a “impossibilidade prática de defesa do devedor”, manifestou-se ORLANDO GOMES,¹³ invocando, basicamente, os seguintes argumentos: (a) o devedor pode a qualquer tempo recorrer ao Poder Judiciário, existindo, ademais, previsão expressa (art. 37) de controle jurisdicional *a posteriori* do procedimento; (b) a execução extrajudicial é uma opção conferida ao credor, lesado pelo inadimplemento; (c) existem outras hipóteses de execução ou cobrança extrajudicial no direito positivo; (d) em caso de má-fé o agente fiduciário é responsabilizado.¹⁴

A constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66 também foi defendida por DARLI BARBOSA, nos seguintes termos: (a) não há ofensa ao monopólio da jurisdição, na medida em que não existe, na Constituição, norma neste sentido, pois o texto constitucional “em várias passagens, confere a outros poderes e a outros órgãos a competência para apreciar e julgar conflitos”; (b) não há ofensa ao princípio do juiz natural, pois o procedimento é aplicável a todos os casos de inadimplência nos pagamentos das prestações de mútuo habitacional do SFH; (c) não há ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição porque o mutuário não está impedido de recorrer ao Poder Judiciário e existe a previsão de controle da validade da alienação em momento posterior (= ação de imissão de posse); (d) não há ofensa ao devido processo legal, pois este exige apenas que o processo esteja previsto em lei (ou ato com força de lei, como no caso) e não que seja um processo judicial; (e) não há ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a defesa do devedor apenas foi deslocada para momento posterior (= ação de imissão de posse).¹⁵

Em favor da constitucionalidade da execução extrajudicial menciona-se igualmente o entendimento de UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO, para quem “a venda do imóvel hipotecado não é feita da noite para o dia ou às escondidas do devedor hipotecário”, que por isso mesmo “não chega a ser surpreendido” e, portanto, caso se sinta prejudicado, “poderá recorrer desde logo ao Judiciário, no exercício

¹² Cf. *Contratos Bancários: Execuções Especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹³ A edição consultada da obra *Direitos Reais* é de 1995, mas é provável que tal posicionamento seja anterior à Constituição de 1988.

¹⁴ Cf. *Direitos Reais*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 370-371.

¹⁵ Cf. Decreto-Lei 70/66 – Constitucionalidade. São Paulo, *Revista de Direito Imobiliário*, nº 47, jul./dez. 1999, p. 125-128.

do seu direito de ação, ampla defesa, contraditório e demais garantias do devido processo legal”, garantia que também é respeitada na medida em que “o devedor hipotecário tinha ciência do ajuste e estava de acordo com os seus termos no ato da assinatura”. Aduz, ainda, que não procede o argumento de que a execução extrajudicial configura autotutela vedada pelo direito brasileiro, pois a proibição da autotutela comporta inúmeras exceções previstas em lei.¹⁶

Também merece ser referida a posição de SAMIR JOSÉ CAETANO MARTINS (em livro que pode ser considerado a antípoda da obra de L. A. BECKER acima mencionada). Após resumir os argumentos contrários e favoráveis à inconstitucionalidade das execuções extrajudiciais, defende o autor a compatibilidade de tais procedimentos com o texto constitucional, aduzindo o quanto segue: (a) não há afronta à Separação de Poderes, pois continua a ser assegurada ao Poder Judiciário a última palavra a respeito da existência da dívida e seu montante; (b) não há ofensa à isonomia na concessão de procedimento especial a determinados credores, mas sim “inconstitucionalidade por omissão” (!) ao não estender o legislador o privilégio a mais pessoas;¹⁷ (c) não há ofensa à proporcionalidade, pois a solução extrajudicial é justificada pelo alto nível de inadimplência e pela reduzida probabilidade de êxito de eventual impugnação do devedor; (d) não há ofensa ao acesso à justiça, pois a jurisdição não é o único meio de composição de conflitos e porque o devedor continua podendo recorrer ao Poder Judiciário.¹⁸

1.2.2 Quanto à Lei nº 9.514/97

Também divide-se a doutrina quanto à constitucionalidade da execução extrajudicial do bem imóvel alienado em garantia, predominando, no entanto, a corrente a ela favorável.

Adotam tal posição, por exemplo, MARCELO TERRA¹⁹ e MELHIM NAMEM CHALHUB,²⁰ utilizando, basicamente, os mesmos argumentos que já eram invocados em favor da constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66, reforçados pelo

¹⁶ Cf. A Execução Extrajudicial do Decreto-lei 70/66 em Face do Princípio do Devido Processo Legal. São Paulo, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 37, out./dez. 2001, p. 172-173.

¹⁷ A refutação à “tese” acima pode ser encontrada no voto do Ministro Hahnemann Guimarães no Mandado de Segurança nº 12.782 (STF): “A igualdade perante a lei não justifica a extensão do favor abusivo mas, ao contrário, exige que se faça cessar tal favor.”

¹⁸ Cf. *Execuções Extrajudiciais de Créditos Imobiliários*. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2007, p. 81-108.

¹⁹ Cf. *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia (Lei nº 9.514/97, primeiras linhas)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 53-54.

²⁰ Cf. *Negócio Fiduciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 292-321.

juízo proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 223.075.

Em sentido contrário, manifestou-se, por exemplo, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS:

“Nos termos do § 7º do mesmo art. 26, transcorrido o prazo, sem a purgação da mora, o oficial competente do Registro de Imóveis certifica o fato, e, recolhido pelo credor fiduciante o imposto de transmissão, se já não se pagou, faria o devido registro na matrícula respectiva, declarando consolidada a propriedade no credor fiduciário. É evidente que tal preceito está eivado de inconstitucionalidade, já que atribui à autoridade administrativa função eminentemente jurisdicional. As consequências contratuais e a consolidação da propriedade em desacordo, ainda que eventuais, configuram autêntico litígio, cuja solução, se não houver a autocomposição, é da competência exclusiva do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), feridos ainda os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (incs. LIV e LV).”²¹

E também ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, que após sustentar a incompatibilidade do caráter unilateral do procedimento (verdadeira “execução de mão própria”, inspirada no “entulho autoritário” dos governos militares – o Decreto-lei nº 70/66) com os incisos XXXV, XXXVII, LIII, LIV e LV do artigo 5º da CF, critica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.²²

2 Entendimento jurisprudencial²³

2.1 Antes da Constituição de 1988

Sob a égide da Constituição de 1967 (com a redação determinada pela EC nº 1/69), a constitucionalidade da execução extrajudicial foi apreciada (incidentalmente) inúmeras vezes pelo Tribunal Federal de Recursos, decidindo o Tribunal,

²¹ Cf. Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel. Sapucaia do Sul, *Revista Jurídica*, nº 261, jul. 1999, p. 22.

²² Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A Alienação Fiduciária de Imóveis Segundo a Lei nº 9.514/97. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1444-1447.

²³ O exame da jurisprudência restringe-se apenas às hipóteses do Decreto-lei nº 70/66 e da Lei nº 9.514/97, vez que a hipótese prevista no artigo 63, § 1º, da Lei nº 4.591/64, em nossa opinião, não configura modalidade de execução extrajudicial.

sempre, que o procedimento previsto no Decreto-lei nº 70/66 não violava o artigo 153, § 4º, daquele texto constitucional (correspondente ao art. 5º, XXXV, da CF/88):

“Hipoteca. Execução extrajudicial. Dec.-lei 70/66, arts 29 e 30. Não há inconstitucionalidade nas disposições dos arts. 29 e 30 do Dec.-lei 70/66, que facultam a execução extrajudicial da hipoteca. Somente infringiria o art. 153, § 4º, da Constituição a norma que proibisse ao devedor lesado em seu direito levar a questão ao Judiciário, o que não ocorre. A venda particular do bem dado em garantia, por iniciativa do credor, já era admitida pelo art. 774, III, do CC [de 1916],²⁴ pelo art. 279 do CComercial²⁵ e pelo art. 120, § 2º, da Lei de Falências,²⁶ não havendo exigência constitucional a ser procedida a alienação através de processo judicial.”²⁷

Em outro julgado, também no sentido da constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66, a 2ª Turma do TFR, além de ressaltar que o diploma legal não vedava que o devedor recorresse ao Poder Judiciário e justificar o exercício do direito de defesa somente após a satisfação do crédito, inversão reputada necessária para assegurar a liquidez do SFH, refutou que o procedimento afrontasse o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário:

²⁴ O exemplo nos parece equivocado. O inciso III do art. 774 do CC/16 (correspondente ao art. 1.433, VI, do Código Civil em vigor) fala em “venda amigável” permitida pelo contrato ou autorizada pelo devedor por procuração especial. Ora, na primeira hipótese, é evidente que a permissão contratual (outorga prévia de consentimento do devedor) configura a outorga de mandato ao credor pignoratício (posto que do contrário a venda seria *a non domino*), o qual, à míngua de expressa disposição legal, não pode ser considerado irrevogável (o devedor não pode ser privado da faculdade de revogar o mandato), na linha do que dispunha o art. 275 do Código Comercial, que determinava ser lícito ao credor pignoratício requerer a venda judicial do bem dado em penhor se o devedor não convier em que se faça de comum acordo. Cf. ROCHA, Glézio. *Da Execução Extrajudiciária do Crédito Hipotecário*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971, p. 79-85.

²⁵ Segundo o revogado artigo 279 do Código Comercial a venda do bem empenhado pelo credor pignoratício somente não seria crime de estelionato se fosse autorizada por condição ou consentimento escrito do devedor, hipótese em que não há execução, mas outorga de poderes. A situação deve ser interpretada, ainda, com o revogado artigo 275 do mesmo Código, que estabelecia que vencida e não paga a dívida o credor poderia requerer a venda judicial do bem, se o devedor não conviesse que fosse feita de comum acordo. Ou seja, após o vencimento da dívida o bem empenhado somente poderia ser vendido com a concordância do devedor.

²⁶ O referido dispositivo da antiga Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661/45) dizia respeito à possibilidade de venda do bem empenhado pelo credor (“Os credores pignoratícios conservam o direito de mandar vender a coisa apenhada, se tal faculdade lhes foi conferida, expressamente, no contrato”), razão pela qual a ele se aplicam as considerações feitas na nota anterior. Outrossim, ressalta-se que o dispositivo não foi mantido na atual Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005).

“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.”²⁸

2.2 Depois da Constituição de 1988

A partir de 1988 tal orientação jurisprudencial foi questionada com base na inclusão da garantia do devido processo legal no texto constitucional (art. 5º, LIV), que prontamente passou a ser invocada pelos Tribunais quando provocados a se manifestar a respeito da legitimidade das execuções extrajudiciais (do Decreto-lei nº 70/66).

De fato, a jurisprudência da maioria dos Tribunais Estaduais e Federais inclinava-se contrariamente à validade constitucional das execuções extrajudiciais.

Foi o caso, por exemplo, do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul²⁹ e do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.³⁰

No mesmo sentido, também pode ser mencionado um dos muitos acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

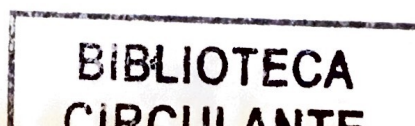
“SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO – Execução extrajudicial – Inadmissibilidade – Normas dos arts. 31 a 38 do Dec.-lei 70/66, que prevê a promoção do processo executivo pelo próprio credor, que não foram recebidas pela Constituição Federal de 1988 – Ofensa às garantias constitucionais do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa.”³¹

²⁸ TFR – 2ª Turma – Apelação em Mandado de Segurança nº 77.152-SP – Rel. Min. Décio Miranda – j. 5.3.1976 – v.u.

²⁹ TARS – Órgão Especial – Incidente de Inconstitucionalidade na Apelação nº 189040938 – Rel. Juiz Ivo Gabriel da Cunha – j. 1º.6.1990 – m.v. – JTARS 76/81.

³⁰ 1ª TACSP – Órgão Especial – Arguição de Inconstitucionalidade nº 493.349-9/01 – Rel. Juiz Paulo Eduardo Razuk – j. 23.6.1994 – 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.”

³¹ TRF 3ª Região – 5ª Turma – Agravo de Instrumento nº 96.03.063727-0 – Rel. Juíza Suzana Cargato – j. 9.2.1988 – v.u. – RT 758/383.



62838/13

Em 23 de junho de 1998, no entanto, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal,³² por votação unânime, decidiu pela constitucionalidade da execução extrajudicial 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.”³³

O Relator, Ministro Ilmar Galvão, de início afirma (contraditoriamente, por sinal) que o Tribunal já havia “em várias oportunidades, decidido recursos extraordinários interpostos contra decisões proferidas em ações vinculadas a execuções de débitos de mutuários do SFH, processadas extrajudicialmente, na forma prevista no referido DL nº 70/66” (cujos números não são declinados, no entanto) e que já haviam decorrido mais de trinta anos da edição do diploma legal “sem que houvesse sido submetida a esta Corte uma única alegação de ser ele inconstitucional” (se assim é, o que foi discutido nestes recursos extraordinários?). Em seguida, menciona a existência de precedentes do antigo TFR, do qual fora membro, favoráveis à inconstitucionalidade (com destaque para o MS nº 77.152), para concluir:

“Restou demonstrado, efetivamente, de modo irretorquível, que o DL nº 70/66, além de prever uma fase de controle judicial, antes da perda da posse do imóvel pelo devedor (art. 36, § 2º), não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento de venda do imóvel seja, de logo, reprimida pelos meios processuais próprios.

No presente caso, por exemplo, em que o devedor vem a Juízo alegar que houve inobservância, por parte do credor hipotecário, do princípio da equivalência salarial no reajustamento das prestações de seu contrato de financiamento da casa própria, impossibilitando o cumprimento de sua obrigação contratual, inexistente óbice a que juiz competente, liminarmente, suste a venda do imóvel por via do agente fiduciário e que, a final, comprovado o excesso de execução, reconheça ao devedor o direito de extinguir o seu débito por valores justos.

³² É curioso que a matéria, por sua relevância, não tenha sido julgada pelo Tribunal Pleno, como faculta o artigo 11, I, do RISTF.

³³ STF – 1ª Turma – Recurso Extraordinário nº 223.075-DF – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. 23.6.1998 – v.u.

Nessas condições, é fora de dúvida que não cabe falar, como fez o acórdão recorrido, em ofensa às normas dos incisos XXXV, XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição, nem, tampouco, em inobservância dos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa.

A venda efetuada pelo agente fiduciário, na forma prevista em lei, e no contrato, como um meio imprescindível à manutenção do indispensável fluxo circulatório dos recursos destinados à execução do programa da casa própria, justamente porque provenientes, na quase totalidade, como se sabe, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), é, portanto, um ato que não refoge ao controle judicial, estando, por isso, longe de configurar uma ruptura no monopólio do Poder Judiciário.

Nem é, aliás, por outro motivo que prestigiosa corrente doutrinária, com vistas ao desafogo do Poder Judiciário, preconiza que a execução forçada relativa à dívida ativa do Estado seja processada na esfera administrativa, posto reunir ela, na verdade, na maior parte, uma série de atos de natureza simplesmente administrativa. Reservar-se-ia ao Poder Judiciário tão somente a apreciação e julgamento de impugnações, deduzidas em forma de embargos, com o que estaria preservado o princípio do monopólio do Poder Judiciário.”

Desde então a constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66 tem sido reafirmada pelo Tribunal,³⁴ apesar da alteração da sua composição,³⁵ bem como pelos demais Tribunais, embora ainda se encontrem algumas decisões em sentido contrário.

Quanto à execução extrajudicial da Lei nº 9.514/97, idêntico tem sido o entendimento pretoriano, como revelam algumas decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça de São Paulo³⁶ e do Rio de Janeiro,³⁷ sempre invocando o *leading case* do Supremo Tribunal Federal.

³⁴ STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 514.565-PR – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 13.12.2005 – v.u.; STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 312.004-SP – Rel. Min. Joaquim Barbosa – j. 7.3.2006 – v.u.

³⁵ Atualmente, nenhum dos Ministros que participaram do julgamento (ILMAR GALVÃO, MOREIRA ALVES, SYDNEY SANCHES, OCTAVIO GALOTTI e SEPÚLVEDA PERTENCE) integra mais o Supremo Tribunal Federal.

³⁶ 2ª TACSP – 5ª Câmara – Agravo de Instrumento nº 880.879-0/2 – Rel. Des. Pereira Calças – j. 27.1.2005 – v.u.; TJSP – 5ª Câmara de Direito Privado – Apelação Cível nº 400.962-4/0-00 – Rel. Des. Oldemar Azevedo – j. 9.11.2005 – m.v. (confirmado, também por maioria, em sede de embargos infringentes).

³⁷ TJRJ – 2ª Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº 2001.002.09325 – Rel. Des. Fernando Cabral – j. 13.3.2002 – v.u.

3 Crítica à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (inafastabilidade do controle jurisdicional × devido processo legal)

A solução adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao considerar constitucional a execução extrajudicial (do Decreto-lei nº 70/66) sob o argumento de que o devedor pode recorrer ao Poder Judiciário para prevenir ou corrigir (o que é mais provável) a violação do seu direito (em ação própria ou na ação de imissão de posse prevista no art. 37 do referido decreto-lei),³⁸ com o devido respeito, confunde as garantias da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), esta mais ampla que aquela, como já visto.³⁹

Afirmar que o controle da 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* equivale a dizer que se tolera que o indivíduo tenha direito ao devido processo legal somente depois de ter sido privado de seu bem.

Seria a consagração do *solve et repete*, como reconheceu OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA:

“O Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, que dispõe sobre associações de poupança e empréstimos e ‘dá outras providências’, vai ao extremo de permitir a execução privada total, em rigorosa e completa justiça *de mão própria*, autorizando o credor, em caso de mora do devedor, a publicar editais para o leilão público de venda do imóvel dado em garantia (arts. 31 e 32).

Somente depois de realizado o leilão público é que o adquirente necessitará do auxílio do Poder Judiciário para pedir a imissão de posse no imóvel, expulsando dele o devedor hipotecário.

³⁸ Esta última hipótese, aliás, pode desde logo ser descartada como um meio eficiente de tutela do devedor, vez que nela não são cabíveis discussões a respeito de cláusulas contratuais (sua interpretação ou validade) ou do montante da dívida, por exemplo, como entendem os Tribunais inferiores (demonstrando ser incorreta a interpretação do STF a respeito do direito infraconstitucional), ainda mais se o arrematante for terceiro, pois aí tais questões serão *res inter alios*.

³⁹ Demais disso, o argumento “prova demais,” segundo observou ADROALDO FURTADO FABRÍCIO. Se o recurso *a posteriori* ao Judiciário fosse idôneo para evitar a violação dos direitos, a autotutela deveria ser permitida, como regra, e não proscria. Em um sistema jurídico em que o exercício arbitrário das próprias razões é crime, não se sustenta semelhante alegação. Cf. A Alienação Fiduciária de Imóveis segundo a Lei nº 9.514/97. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1446-1447.

É evidente que as possíveis objeções legítimas que o devedor teria contra o credor hipotecário e das quais foi privado pela violência da *execução privada* poderão indiscutivelmente ser levadas ao Poder Judiciário, em ação segundo o preceito constitucional inscrito no art. 5º, XXXV, da CF, a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão a direito individual. Todavia, neste caso, ter-se-ia realizado, em sua plenitude, o velho princípio do *solve et repete!* Primeiro, será o devedor compelido a pagar, para depois, em demanda a ser por ele proposta, reaver o que indevidamente pagara.”⁴⁰

Não é isto, porém, o que determina o texto constitucional, como observou JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA:

“O princípio é tão essencial à preservação da liberdade diante do Estado que, na prática, não há quem o ponha seriamente em discussão. O que se questiona é a ordem de precedência; ou seja, o que deverá ocorrer primeiro: a privação a que o réu está sujeito ou o devido processo legal. Em outros termos, suposto que alguém deva ser privado de seus bens ou de sua liberdade, seria indiferente que o devido processo legal viesse antes ou depois dessa privação? Estaria satisfeita a garantia do *due process of law* se fosse concedido a alguém o benefício do devido processo legal depois de privá-lo de sua liberdade ou de seus bens? Depois de enforcá-lo, por exemplo?

A Constituição responde a essa pergunta de modo simples e claro: ‘Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. O preceito parte do pressuposto de que alguém está exposto a ser privado de sua liberdade ou de seus bens, porque pesa contra ele a acusação de ter agido contra as leis ou contra a constituição. E, para defesa dessa pessoa, se estabelece que a privação de seus bens não ocorrerá sem o devido processo legal. Então: primeiro se concede ao réu o benefício de devido processo legal e depois se lhe tomam os bens ou a liberdade.

Estabelecida pela Constituição essa precedência, só em casos tidos como excepcionais poderá tal ordem vir a ser invertida.”⁴¹

⁴⁰ Cf. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 135. Também segundo ALBERTO NOGUEIRA o *solve et repete* é incompatível com o devido processo legal. Cf. *O Devido Processo Legal Tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 70.

⁴¹ Cf. As Novas Tendências do Direito Processual: Uma Contribuição para o seu Reexame. In: *Textos, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 291-292. No mesmo sentido: DADICO, Claudia Maria. *A Medida Cautelar Fiscal e o Princípio do Devido Processo Legal*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999, p. 48; MARINONI, Luiz Guilherme. A Tutela Cautelar do Direito ao Devido Processo Legal (o caso da execução privada do Dec.-lei 70/66). Curitiba, *Jurisprudência Brasileira*, v. 173, 1994, p. 61-62.

Por isso mesmo, entendimento semelhante ao adotado pelo Supremo Tribunal Federal também revela uma visão incompleta da garantia constitucional do direito de ação, vez que a necessidade de o sedizente credor ter de recorrer ao Poder Judiciário é por si só uma garantia para o suposto devedor: “Antes mesmo de ser citado para defender-se, já o defende o fato mesmo de o autor *necessitar do processo* para reclamar a seu favor a coação estatal.”⁴²

A necessidade do processo jurisdicional, como forma de composição do conflito de interesses, é uma garantia tanto para o autor como para o réu: “É inexato dizer-se que só o autor tem direito ao processo. Não só ele. É claro que o réu também o tem, no sentido do *due process of law*.”⁴³

O devido processo legal não pode ser postergado, mas um ou outro de seus componentes, dependendo das circunstâncias (estabelecidas em lei, evidentemente), sim. “Justamente por ser a síntese, enquanto em determinadas situações um dos princípios cede passo em favor de outro, podemos dizer que o devido processo legal sempre é aplicável em sua inteireza” (ASSIS, Carlos Augusto de. *A Antecipação da Tutela (à luz da garantia do devido processo legal)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67). O contraditório, por exemplo, pode ser diferido, se existirem razões para tanto (possibilidade de ineficácia de futura decisão ou perecimento do direito em decorrência da demora do processo), ou até mesmo dispensado (como no caso do artigo 285-A do CPC) sem que haja necessariamente ofensa ao devido processo legal. Não é inconstitucional, portanto, o dispositivo legal que autoriza a concessão da antecipação da tutela *inaudita altera parte* (artigo 273, *caput*, do CPC), desde que, evidentemente, sejam obedecidos limites como o imposto pelo § 2º do mesmo artigo (“Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”), o qual, lamentavelmente, não goza da “simpatia” de parcela da doutrina (comprometida com a ideia de efetividade a qualquer custo) e não poucas vezes é simplesmente desconsiderado por decisões judiciais. Deveras, permitir que, com base em decisão fundada em cognição sumária e sem a observância do contraditório, alguém seja privado de seus bens de forma potencialmente irreversível, configura patente ofensa ao *due process*, quaisquer que sejam os argumentos invocados para justificar a concessão da antecipação de tutela e ainda que haja desproporção entre os bens jurídicos em conflito. Da mesma forma, o duplo grau de jurisdição, embora seja visto como “garantia fundamental de boa justiça” e, destarte, integre o devido processo legal, pode ser afastado, excepcionalmente, em determinadas hipóteses (v.g., em causas de baixo valor). Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 524-525.

⁴² Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da Jurisdição e da Ação Civil no Pensamento de Canuto Mendes de Almeida. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 132. Em outro estudo, o fenômeno foi assim descrito por BOTELHO DE MESQUITA: “Mas o que ocorre quando o Estado proíbe a defesa privada? Quando o Estado proíbe a defesa privada ele cria, para a parte que não tem razão, um estado de satisfação. Aquele que viola o Direito e que não pode ser demovido da sua ação ou da sua omissão antijurídica pelo próprio esforço da parte contrária, passa a desfrutar de uma situação que lhe é favorável, benéfica, sob a tutela do Direito, e que vai durar um certo tempo. Pelo menos, o tempo necessário a que, mediante um processo, a parte contrária consiga fazer com que a ordem se restabeleça” (Medidas Cautelares no Direito de Família. São Paulo, *Revista do Advogado*, nº 6, jul./set. 1981, p. 59).

⁴³ Cf. SANSEVERINO, Milton; KOMATSU, Roque. *A Citação no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 38 (nota 20).

Deveras, segundo lembra JOÃO MONTEIRO, já em um decreto do Imperador romano Marco Aurélio se afirmava que “é uma violência não usar dos meios judiciais para se pedir aquilo que se pretende ter direito”.⁴⁴ É para evitar esta violência que existem o processo, a jurisdição e os Tribunais.⁴⁵

O demandado também tem direito ao que OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA denominou *pretensão de tutela jurídica*:

“[...] o monopólio estatal da jurisdição gerou o correspondente direito público subjetivo a que o Estado tutele todo aquele que compareça em juízo dizendo-se titular de algum direito, assim como o réu que se defende tem igual direito a que suas alegações sejam julgadas por um tribunal estatal”.⁴⁶

O processo é uma garantia tanto ativa quanto passiva, como bem observou VICENTE GRECO FILHO:

“O processo é uma garantia ativa porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade. Nesse sentido existe a garantia do *habeas corpus*, contra a violação do direito de locomoção sem justa causa, o mandado de segurança, contra a violação do direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, a garantia geral da ação, do recurso ao Judiciário, toda vez que houver lesão a direito individual etc.

O processo diz-se que é uma garantia passiva porque impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições da liberdade sem o competente e devido processo legal. Ainda, é o processo garantia passiva quando impede a justiça privada, isto é, garante que a submissão ao direito de outrem não se fará por atividade deste, mas por atividade solicitada ao Judiciário, que examinará o cabimento e a legitimidade de tal pretensão.”⁴⁷

⁴⁴ Cf. *Teoria do Processo Civil*. t. I. 6. ed. Atualizado por J. M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsói, 1956, p. 36-37. A pena para o credor que fizesse justiça com as próprias mãos era a perda do próprio direito de crédito.

⁴⁵ “Por que teria o Estado proibido a justiça de mão própria? Ele o fez para evitar que alguém que acredite ter razão – e pode até mesmo ter razão – cometa uma violência contra a outra parte. E no caso do particular, a violência é presumida até que o Judiciário se manifeste a respeito de quem tem razão. O princípio que leva à criação dos juízes, dos órgãos judiciários, dos tribunais, que é a proibição da defesa privada, constitui uma espécie de trincheira que defende cada cidadão contra a violência de outro” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Do Mandado de Segurança. In: *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 65).

⁴⁶ Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

⁴⁷ Cf. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 60.

Em suma, não nos parece que a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha examinado, com a devida profundidade, a questão, optando-se por aplicar uma jurisprudência (do TFR) que já se mostrava “velha”, posto que formada durante período de exceção, quando ainda era incipiente o estudo constitucional do processo.

4 A inconstitucionalidade das execuções extrajudiciais à luz do devido processo legal

4.1 Considerações iniciais

Inicialmente, deve-se desde logo afirmar que os procedimentos extrajudiciais estabelecidos em lei para satisfação de obrigações de pagar quantia, devem ser considerados “processos” para o fim de incidência do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal,⁴⁸ encontrando-se a sua validade, pois, submetida à exigência do devido processo legal.

A garantia, como ressalta CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, deve ser compreendida de forma ampla.⁴⁹

“Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.”⁵⁰

⁴⁸ O que determina a incidência da norma do art. 5º, LIV, da CF (e conseqüentemente das garantias constitucionais do processo que compõem o *due process of law*) aos procedimentos extrajudiciais é a possibilidade de privação da vida, liberdade e propriedade e não o fato de tais procedimentos poderem ou não ser considerados “processos”. Do contrário, chegar-se-ia ao absurdo, de negar a incidência de tais garantias precisamente por serem eles “meros procedimentos”, como bem observou L. A. BECKER: “E quanto aos casos em que, no procedimento, não há sequer um juiz, ou, quando há, ele não atua como tal? Estes, segundo Guasp, não podem ser considerados verdadeiros processos, ‘por não atenderem ao primeiro e indispensável requisito de que todo processo especial tem que ser um verdadeiro processo’ (‘por no cumplir el primer e indispensable requisito de que todo proceso especial tiene que ser un proceso verdadero’). Adotando-se essa tese, os leilões extrajudiciais do SFH, SFI e da CEF, não sendo verdadeiros processos, não precisariam atender aos princípios gerais do processo – *due process*, igualdade, contraditório etc.” (*Contratos Bancários: Execuções Especiais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 208). Por tal razão, deve ser vista *cum grano salis* a lição de COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, citados pelo mesmo autor, no sentido de que os métodos privados (= não estatais) de resolução de conflitos “nada têm a ver com o direito processual” e destarte “não estariam ao amparo das garantias constitucionais do processo” (p. 218-219). Sempre que a solução for imposta (= heterocomposição) devem ser observadas, em alguma medida, tais garantias, que são indispensáveis apenas se a composição resultar da vontade das próprias partes.

⁴⁹ Cf. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 85.

Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 100.

EGON BOCKMANN MOREIRA que o *due process* de vida, liberdade ou proprie-

Realmente, outro não poderia ser o entendimento.

De um lado, porque tais procedimentos, embora não sejam realizados sob a supervisão de um órgão estatal, foram criados por lei, que tornou legais condutas que, de outro modo, seriam ilegais e, mais do que isso, criminosas (ex vi do art. 345 do Código Penal).⁵¹

Trata-se, pois, de verificar se o legislador observou os limites que lhe são impostos pela Constituição,⁵² em especial o constante do artigo 5º, LIV, da CF.

De outro, porque atualmente não existem dúvidas a respeito da aplicação dos direitos e garantias individuais, como o devido processo legal, às relações entre particulares.⁵³

dade, independentemente da característica ou da natureza do órgão em razão de quem dar-se-ia tal "privação" (Processo Administrativo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 242).

⁵¹ Diversamente ocorre no direito norte-americano. Confirmando a orientação que já era adotada por muitos Tribunais estaduais e federais (*Gary v. Darnell*, 505 F 2d 741 (6th Cir. 1974); *Turner v. Impala Motors*, 503 F 2d 607 (6th Cir. 1974); *Bichel Optical Lab., Inc. v. Marquette National Bank of Minneapolis*, 487 F 2d 908 (8th Cir. 1973); *John Deere Co. of Kansas City v. Catalano*, 525 P 2d 1153 (1974); *Florida, Inc. v. Brinkely*, 282 S. 2nd (Fla. 1973); *Messenger v. Sandy Motors, Inc.*, 295 A. 2nd 502 (NJ 1972)), a Suprema Corte (5 votos a 4), em *Flagg Bros. V. Brooks*, 436 U.S. 149 (1978), decidiu que a prática de atos de autotutela (*self-help*) pelo credor (como a apreensão de bens do devedor, para posterior venda extrajudicial), com base em autorização contida em lei, não configura "ação estatal" (*state action*) de modo a permitir a invocação do *due process* assegurado pela 14ª Emenda. Em sua obra a respeito do devido processo legal, MARIA ROSYNETE OLIVEIRA LIMA faz referência ao precedente acima e traz à colação a crítica do constitucionalista americano LAURENCE TRIBE: "[...] a execução forçada do litígio é inerentemente estatal, caracterizando, portanto, uma *public function*. Segundo ele é constitucionalmente defeituosa a lei estadual que dá imunidade ao particular para resolver coercitivamente litígios que versem sobre a vida, liberdade ou propriedade, a menos que ela preveja, por exemplo, o contraditório e audiências de julgamento, antes, ou imediatamente após, a execução pessoal da medida coercitiva" (*Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 143). No mesmo sentido, reconheceu FRANK I. MICHELMAN que "a autotutela do credor é evidentemente uma criação deliberada do direito estadual, um componente especial do esquema global de direitos e responsabilidades reconhecidos e chancelados pelo Estado. Neste sentido, pelo menos, o credor que se vale da autotutela impõe considerável privação ao devedor sob a proteção do poder estatal, ao mesmo tempo em que não concede àquele que sofre a privação o direito de ser ouvido" – tradução livre (*Procedural Due Process of Law, Civil*. In: LEVY, Leonard L.; KARST, Kenneth L. (Ed.). *Encyclopedia of the American Constitution*. v. 4. 2. ed. Detroit: Macmillan Reference USA, 2000, p. 2.030). O raciocínio utilizado em *Flagg*, se já é criticável no direito norte-americano, mostra-se absolutamente insustentável entre nós, em que a garantia não é precedida da expressão *no State shall*.

⁵² "A tarefa do juiz, do advogado, do professor, desenvolve-se *a posteriori*, quando se trata de julgar se a obra do legislador se realizou dentro dos limites fixados pela norma constitucional" – tradução livre (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. ed. Montevideo: BdeF, 2005, p. 124).

⁵³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 773.

Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na linha da doutrina mais recente, especificamente no que diz respeito ao devido processo legal e seus corolários.

No Recurso Extraordinário nºs 158.215-RS⁵⁴ e no Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 346.501-SP,⁵⁵ a Corte decidiu que a exclusão de cooperado deve observar o devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa.

Tal entendimento restou reafirmado no Recurso Extraordinário nº 201.819-RJ, em que se decidiu que a exclusão de sócio de sociedade civil⁵⁶ sem fins lucrativos deve observar o devido processo legal (incluindo o direito à ampla defesa e ao contraditório):

“As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos

⁵⁴ STF – 2ª Turma – Recurso Extraordinário nº 158.215-SP – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 30.4.1996 – v.u.

⁵⁵ STF – 1ª Turma – Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 346.501-SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 16.12.2004 – v.u.

⁵⁶ No caso das sociedades limitadas, o parágrafo único do art. 1.085 do Código Civil expressamente assegura ao sócio ameaçado de exclusão o prévio exercício do direito de defesa, a respeito do qual são omissos os dispositivos legais equivalentes relativos às associações (art. 57 do CC) e às sociedades simples (art. 1004, parágrafo único, do CC). Semelhante omissão, porém, não deve ser interpretada como proibição do exercício do direito de defesa pelo associado ou sócio, de modo a tornar inconstitucionais os artigos 57 e 1004 do CC. A minguada de expressa disposição em sentido contrário, a garantia do devido processo legal tem eficácia (positiva) suficiente para, suprindo a omissão do legislador, assegurar ao interessado o direito à ampla defesa e ao contraditório, da mesma forma que a disposição em sentido contrário teria eficácia (negativa) para

fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).⁵⁷

Vale dizer, ainda que se considere ser a execução extrajudicial um assunto privado (visão que não nos parece correta),⁵⁸ isto não significa que não deva ser observado o devido processo legal.

Ou o procedimento delineado pelo legislador observa, consideradas as particularidades da situação disciplinada, o *due process of law*, sendo constitucional, ou não, e conseqüentemente carece de validade, por afrontar a Constituição.

E tal ocorre, como ressaltou T. M. SCANLON, por ser o devido processo “uma das condições da possibilidade de aceitação moral⁵⁹ daquelas instituições que atribuem a algumas pessoas o poder de controlar ou inteferir na vida de terceiros.⁶⁰ Instituições criam este tipo de poder de várias maneiras. Elas o fazem diretamente, outorgando a alguns a autoridade para dar ordens a outros e fornecendo a força necessária para compeli-los a obedecer essas ordens. Menos diretamente, mas nem por isso de forma menos eficaz, instituições outorgam a algumas pessoas um meio de controlar terceiros por meio do domínio dos recursos ou oportunidades que são partes importantes do tipo de vida que as pessoas em sociedade desejam ter” (tradução livre).⁶¹

⁵⁷ STF – 2ª Turma – Recurso Extraordinário nº 201.819-RJ – Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes – j. 11.10.2005 – m.v. Cf. DIDIER JR., Fredie. O Devido Processo Legal e a Exclusão do Sócio: Notas ao art. 57 do Código Civil. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel. *Constituição e Processo*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 169-172; MENDES, Gilmar Ferreira. A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: Exclusão de Sócio da União Brasileira de Compositores. Caxias do Sul, *Juris Plenum*, nº 11, set. 2006, p. 41-53.

⁵⁸ A existência ou não do crédito e o seu valor, em cada caso concreto, são inegavelmente de interesse exclusivamente das partes contratantes. A existência (e mais do que isso, a constitucionalidade) de determinado mecanismo para satisfazer esse eventual crédito, no entanto, interessa a toda a coletividade, vez que todos, em tese, estão sujeitos a tomar parte deste mecanismo, razão pela qual não se pode dizer que ele interesse apenas ao credor e ao devedor.

⁵⁹ A solução de conflitos deve proporcionar “um certo grau de satisfação do dominado [= o perdedor ou vencido] – um grau mínimo que seja de satisfação capaz de possibilitar a paz social” (CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. 1. ed. 4. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 52).

⁶⁰ O devido processo legal é uma garantia contra o exercício arbitrário do poder, seja ele público ou privado. Esta a razão pela qual é possível cogitar da aplicação de princípios processuais (corolários do devido processo legal) fora do processo, como demonstrou ADA PELLEGRINI GRINOVER. Cf. Princípios Processuais Fora do Processo. São Paulo, *Revista de Processo*, nº 147, maio 2007, p. 307-330.

⁶¹ Cf. *Due Process*. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (Ed.). *Due Process*. New York: New York University Press, 1977, p. 94. Em termos semelhantes, afirma FRANK I. MICHELMAN que o *due process of law* é “a expressão jurídica da preocupação pelo destino das pessoas diante do poder social organizado” – tradução livre (*Procedural Due Process of Law, Civil*. In: LEVY, Leonard L.;

Não é a existência de um procedimento que legitima a privação dos bens ou da liberdade, mas o respeito a determinados valores, protegidos pela Constituição e identificados com a cláusula do devido processo legal:

“O direito ao procedimento, que as partes têm e é solenemente assegurado mediante a cláusula *due process of law*, em substância é direito aos **valores processuais mais profundos** e notadamente a participação em contraditório”⁶² (grifou-se).

Como dizia COOLEY, “se um determinado procedimento é processo devido, não depende tanto de considerações de forma, quanto dos princípios que servem de fundamento ao processo”.⁶³

4.2 Execução extrajudicial e o caráter jurisdicional da atividade executiva

Embora a alegação de incompatibilidade das execuções extrajudiciais com o devido processo legal processual pudesse ser sustentada com base em certos aspectos dos procedimentos previstos em lei (v.g., a restrição da “defesa” à possibilidade de purgação da mora, a ausência de avaliação do bem etc.), como já ressaltaram os que escreveram sobre o tema, entendemos ser desnecessário descer a tais particularidades, próprias desta ou daquela lei e que ademais poderiam ser corrigidas pelo legislador, vez que há características comuns a todos esses procedimentos, insuscetíveis de correção porque decorrentes da sua própria natureza, cuja inconstitucionalidade (por ofensa ao *due process of law* e à própria concepção de Estado de Direito a ele inerente) pode facilmente ser demonstrada.

A primeira consiste na impossibilidade de que a execução se desenvolva sem a supervisão de um órgão jurisdicional, ou seja, fora de um processo judicial.

KARST, Kenneth L. (Ed.). *Encyclopedia of the American Constitution*. v. 4. 2. ed. Detroit: Macmillan Reference USA, 2000, p. 2.025).

⁶² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 133.

⁶³ Cf. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos*, edição de Alcides Cruz. São Paulo: Revista de Direito, 1996, p. 133.

Como asseverou MÁRCIO TADEU GUIMARÃES NUNES,⁶⁴ “limitações e restrições maiores ou mais gravosas aos direitos fundamentais encontram-se submetidas não somente a uma reserva legal, mas também a uma reserva de jurisdição (em sentido próprio/privativo) quanto à decisão de decretação da medida (exemplos: artigo 5º, XI; XII; XIX, CFRB 88)”. O Judiciário não tem a última, mas desde logo a primeira (e única) palavra sobre o tema.⁶⁵

Em outras palavras, certas restrições à vida, à liberdade e à propriedade somente podem ser determinadas por um órgão jurisdicional⁶⁶ (juiz ou Tribunal integrantes do Poder Judiciário), que, como visto, é imparcial e ao qual foram concedidas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos – art. 95, I, II e III, da CF) e impostas restrições (exercício de outra atividade profissional, excetuada uma de magistério, bem como de atividade político-partidária – art. 95, parágrafo único, da CF), a fim de resguardar tal imparcialidade, como forma de evitar eventuais arbitrariedades:

“[...] o princípio da reserva de jurisdição – mais do que simples formulação de ordem doutrinária – representa, na concreção do seu alcance, um expressivo instrumento de proteção das pessoas em geral contra as ações eventualmente arbitrárias do Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que se projete a atividade estatal”.⁶⁷

É o que ocorre com a execução (= atividade executiva), que resulta, conforme já ressaltado, na invasão coativa do patrimônio do devedor para à custa dele obter-se a satisfação do credor.

⁶⁴ Cf. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 394.

⁶⁵ É a distinção entre *reserva de juiz* (monopólio da primeira palavra) e *reserva da via judiciária* (monopólio da última palavra), exposta por CANOTILHO. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 664-665 e 667-669.

⁶⁶ “Se para alguma coisa existem os juízes é para isto: para decidir sobre a vida, a honra e a propriedade dos cidadãos” – tradução livre (COUTURE, Eduardo J. *Inconstitucionalidad por Privación de la Garantía del Debido Proceso*). In: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. t. I. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 139).

⁶⁷ STF – Tribunal Pleno – MS nº 23.452-RJ – Rel. Min. Celso de Mello – j. 16.9.1999 – v.u.

Somente o poder estatal é dotado da imperatividade necessária para permitir a execução forçada⁶⁸ e, sendo ela jurisdicional, como já demonstrado, somente o Poder Judiciário pode autorizar a prática de atos de agressão patrimonial.⁶⁹

A atividade executiva tem caráter jurisdicional em nosso Direito e, como tal, é indeclinável (= reserva de jurisdição), “no sentido de que não pode ser transferida ou delegada”⁷⁰ (especialmente a particulares, mas também aos outros Poderes),⁷¹ vez que conferida com exclusividade (ressalvadas as exceções estabelecidas pelo próprio texto constitucional) aos juízes e tribunais.⁷²

⁶⁸ “Dentre todas as entidades dotadas de poder, somente o Estado é que, a par de exercê-lo, também se considera autorizado a *impor* suas decisões aos “submetidos” (tal é o primeiro dos aspectos por que se manifesta a inevitabilidade, como acima). Diz-se que é inerente ao poder estatal a capacidade de empregar a “força para obrigar com seus próprios meios à execução de suas ordens”. Decisões emanadas de outros polos de poder poderão eventualmente requerer a submissão de alguém e até conduzir validamente à compreensão de sua esfera jurídica (v.g., a eliminação do quadro associativo); mas, além de serem sempre suscetíveis ao crivo estatal, elas só poderão conduzir a alterações no mundo físico (v.g., desocupação de instalações), contra a vontade do destinatário, mediante emprego da força estatal” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 96-97). E conclui o mestre: “Só o Estado é que legitimamente decide de modo tal que em cumprimento a essa decisão e com base no que ela contém (‘aplicação da vontade sancionatória’) se legitima a sucessiva invasão da esfera de direitos e da própria liberdade da pessoa, mediante a execução forçada” (p. 98). O presente estudo é voltado para a execução civil, mas se aplica, evidentemente, e com maior razão, à execução penal.

⁶⁹ Em sentido contrário manifestou-se JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, apesar de reconhecer que “o poder de executar está ínsito no poder jurisdicional do Estado”: “Constitui erro de lógica extrair-se, da natureza jurisdicional da execução de sentença, a conclusão de que é ou deva ser jurisdicional qualquer execução, porque a conclusão vai além da premissa” (Jurisdição, Execução e Autotutela. In: TESHEINER, José Maria Rosa et al. (Coord.). *Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil: Estudos em Homenagem aos 25 Anos de Docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 381). A respeito de tal afirmação, com a qual não concordamos, fazemos três observações: (1) não é apenas a execução de sentença que tem caráter jurisdicional, pois tem-na também a execução fundada em título extrajudicial; (2) a tese de que a execução não deva ser necessariamente judicial não equivale, logicamente, a afirmar que não deva ela ser estatal, permitindo-se execução privada; (3) o raciocínio não leva em conta a indelegabilidade da jurisdição no contexto da “separação de poderes” determinada pela Constituição Federal (art. 2º), em que a atribuição de função jurisdicional a órgãos não integrantes do Poder Judiciário foi objeto de previsão expressa (v.g., art. 52, incisos I e II); (4) dado o fenômeno da unidade da jurisdição, a tese também levaria à negação do caráter exclusivamente jurisdicional da execução penal, com consequências gravíssimas, de que não cogitou o ilustre autor.

⁷⁰ Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 128.

⁷¹ É o que ocorrerá se for aprovada a chamada execução administrativa dos créditos fiscais. “A principal alteração introduzida consiste na concentração de atos nas mãos do credor exequente antes atribuídos ao Juízo” (MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Considerações Críticas sobre o Anteprojeto da Lei de Execução Fiscal Administrativa. São Paulo, *Revista do Advogado*, nº 94, nov. 2007, p. 96).

A lição é antiga (e foi proferida sob a autoridade de outra Constituição), mas parece ser lembrada:

“Todo o poder judicial inerente ao governo nacional, a Constituição concentrou em um só departamento, confiando-lhe o exercício de toda a jurisdição, exceto, apenas, a reservada, em razão de sua matéria, a instâncias singulares como a do *impeachment* nos Estados Unidos, e, entre nós, a do *impeachment* e a da justiça militar. Excetuadas estas duas últimas jurisdições, expressamente reservadas pela Constituição à competência de órgãos especiais, toda a jurisdição, sem mais exceções ou restrições de qualquer espécie, foi, pelo instrumento constitucional, investida na justiça comum ou ordinária, ou, para usar a expressão consagrada, no Poder Judiciário. Outras jurisdições não existem, não existem outras justiças, nem como formalmente judiciárias podem ser consideradas as decisões tomadas por outros quaisquer departamentos do governo.”⁷³

“A função do juiz, *executando*, é função judicial, e não função do Poder Executivo. A pretensão a executar e a ação de execução são pretensão e ação, como as outras. O Estado exerce aí, em vez da execução pelo próprio obrigado (= executando), a execução sua ou execução forçada. Tal como, tratando-se de ato em que pudesse haver *defesa própria* do autor, exerceria esse a defesa. Onde o titular do direito poderia, em formas sociais primitivas, declarar, constituir, condenar, ou mandar, o Estado hoje declara, constitui, condena, ou manda (monopólio estatal da justiça). Esse monopólio estende-se à execução forçada.”⁷⁴

“Só o Juiz, em tese imparcial, está em condições para determinar até onde se pode ir, na busca da satisfação do crédito executado.”⁷⁵

É reveladora, neste sentido, a regra do artigo 184, § 3º, da CF (“cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação”). A privação do direito de propriedade (expropriação) depende de processo judicial, *ex vi* do artigo 5º, LIV, da CF.⁷⁶

Cf. CAMPOS, Francisco. Exercício, pela Administração, de Funções de Natureza Judicial. In: *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 8.

Cf. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IX. 2. ed. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9.

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