

A ação de imissão na posse prevista no artigo 37, § 2, do Decreto-lei nº 70/66

Gilson Luiz Inácio*

Resumo

O presente artigo busca focar o aspecto final das execuções extrajudiciais de imóveis financiados pelo Sistema Financeiro da Habitação, principalmente quanto ao pedido de imissão na posse após os públicos leilões, negativos, pelos próprios agentes financeiros.

Palavras-chave: moradia, sistema financeiro da habitação, imissão na posse.

INÁCIO, G. L. A ação de imissão na posse prevista no artigo 37, § 2, do Decreto-lei nº 70/66. *UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 87-93, mar. 2001.

Introdução

O Sistema Financeiro da Habitação, criado pela Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, completa 36 anos de existência e sua criação, conforme consta no artigo 1º, revelou-se voltada para a facilitação da aquisição da casa própria, especialmente à população de baixa renda.

Contudo, a pretensão não teve a eficácia esperada, na medida em que o contexto econômico, sufocado pelas crises oriundas da política governamental, implicou um desajuste nas relações contratuais, ocasionando, em várias oportunidades, um descompasso entre a correção das prestações mensais e o aumento salarial, gerando uma inadimplência acentuada, problema gravíssimo que atualmente assola a maioria dos mutuários que se encontram nesse sistema.

Não obstante o insistente delírio legiferante, cujo intuito restou concentrado na tentativa de resgatar o propósito da sua criação, de forma a minimizar os efeitos maléficos evidenciados pela realidade, afigura-se, em um futuro não tão distante, uma nebulosa situação que, vaticinando a falência desse sistema – há muito tempo já se preconiza a instituição do Sistema Financeiro Imobiliário – implicará sua extinção e, conseqüentemente, a moradia será, cada vez mais, mera retórica, dada a omissão governamental no sentido de implementar o conteúdo material assegurado pelo legislador constituinte. E, nessa senda omissiva, relativamente ao valor fundamental da pessoa humana, o tratamento conferido a determinadas instituições dominantes deste país é notoriamente diferenciado, evidenciando-se que a legislação infraconstitucional, anterior e posterior à Constituição de 1988, extremamente benevolente e protecionista, viola claramente os princípios constitucionais que constituem o fundamento da República Federativa do Brasil.

Objetiva-se, com este artigo, polemizar o procedimento previsto no Decreto-lei nº 70/66, notadamente quanto à legalidade da imissão de posse, porquanto a moradia, agora expressamente erigida à categoria de direito social¹ e, portanto, fundamental, exige dos membros do Poder Judiciário,

* Juiz Federal Titular da 4ª Vara Federal da Circunscrição Judiciária de Londrina – Seção Judiciária do Paraná, Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, professor de Direito Penal na Universidade Norte do Paraná – UNOPAR, professor de Direito Penal na FACCAR – Rolândia, professor convidado pela Coordenadoria Pedagógica do INBRAPE, ex-Delegado de Polícia Civil do Estado do Paraná, ex-Promotor de Justiça do Estado do Paraná.

¹ A Emenda Constitucional nº 26, de 16 de março de 2000, erigiu a moradia à categoria de direito social.

conforme já referido pelo Ministro Néri da Silveira,² a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conceito, a despeito de encerrar ambigüidade jurídica, deve conter valoração atrelada ao senso de Justiça.

No moderno constitucionalismo, o Estado tem obrigação de assumir posturas que outorguem possibilidades de inclusão de todas as pessoas no processo histórico-político, oportunizando-lhes acesso aos bens e serviços, cuja implementação, em regime democrático institucionalizado, expressamente consagrado no texto constitucional, deve ser conduzida tanto no aspecto positivo como no negativo³, esquadrinhando-se, no cenário real da vida, a efetiva concretização pelo Estado dos direitos sociais.

De efeito, deixando de ser absenteísta, passou o Estado a intervir no campo econômico, objetivando impor a observância, por todos, inclusive a si próprio, dos postulados constitucionais, especialmente no que concerne à política da atividade econômica, evitando-se, com a dicção constante no artigo 170 da CF/88, que o valor da pessoa humana possa ser mensurável, ou seja, determinou que tal valor fosse observado, não podendo ser suplantado por condutas políticas dos governantes de plantão que, comprometidos com a ideologia globalizante, apregoada com a queda do Muro de Berlim, olvidam-se dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Essa tirânica política neoliberal, em sua trajetória, acarretará danos, cujo preço a ser pago será suportado, até que se reestremem novamente os direitos sociais, vilipendiados pela acintosa conduta de desmonte do Estado nacional (privatizações, dilapidação do patrimônio público, enfraquecimento do Poder Judiciário etc), pelas gerações presentes e vindouras, marcadas pela maior incidência de desemprego e exclusão social, degradando-se, de forma injusta e indigna, a essência da pessoa humana.

Referida situação, de desequilíbrio institucional, conduzirá a reações, de início mais amenas, podendo, contudo, agigantar-se a ponto de encerrar a passividade dessa exclusão⁴, porquanto a globalização, centrada na livre competição, adjetivo tendencioso que parte de quantidades, indivíduos e Estados completamente diferentes, ocasiona a situação que aí se encontra presente, em que reinam a miserabilidade e a desestabilização social, causadas pela *política do Curupira*, cujos passos indicam direção oposta àquela que aparenta, retrocesso que, ao contrário do folclore, traz à tona a lição há muito escrita por Rousseau, ao iniciar o *Contrato Social*, em que *os homens nascem livres e iguais em direitos, mas em toda parte encontram-se escravizados*.

² “Há, em verdade, o juiz de nossos dias, de ter presente a realidade do mundo social e econômico em que vive, ao voltar-se para a concretude do caso que lhe incumbe dirimir. Só desta maneira atenderá ao caráter prático de seu ofício, considerando, outrossim, na aplicação da lei, conforme preceito em voga, os fins sociais a que ela se dirige, quanto às exigências do bem comum (RT 687/240).

³ “O Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão n° 39/84 (DR, I, 5-5-1984) declarou inconstitucional o DL n° 254/82 que revogara grande parte da L n° 56/79, de 15/79, criadora do Serviço Nacional de Saúde. Nesta importante decisão escreveu-se de forma incisiva e paradigmática: “a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.”

⁴ O conceito de dignidade está imbricado no conceito de justiça humana, a qual revela a condição superior do homem como valor-fonte de todos os valores, ser dotado de sentimento, sendo, por isso mesmo, impossível valorar-se a dignidade da pessoa humana tendo como balizas critérios de merecimento, pessoal ou social, tal qual preconizado pelos amantes da globalização que, numa visão míope e simplista, sugerem, como solução para tudo, o ingresso no campo da prestação de serviços. A exclusão é meta fundamental da ideologia globalizante por conta de que a inclusão de todos como sujeitos de direitos não agrada e não interessa aos seus idealizadores, porquanto não constitui, na visão neoliberal, fonte de lucros.

O Direito à Moradia

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, originada da Revolução de 26 de agosto de 1789, em França, associou o regime constitucional à garantia dos direitos fundamentais⁵, tanto que as solenes Declarações de Direitos no preâmbulo dos textos constitucionais implicam uma verdadeira submissão do Estado aos direitos fundamentais, topograficamente inseridos em primeiro plano, significando, com isso, que o Estado deve existir para *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias*⁶.

Assim, os direitos fundamentais almejam criar e assegurar a existência de uma vida na liberdade e na dignidade, não sendo expletivo sublinhar que a moradia, necessidade básica, integrando o direito à subsistência do ser humano, quer no seu aspecto físico, moral e emocional, traduz-se, em última análise, em direito à vida. E a vida, não podendo ser mensurada por critérios econômicos, obrigatoriamente deve merecer, por parte do Estado, uma atuação no sentido de que sua política seja capaz de atender e concretizar esse direito, seja implementando os mandamentos constitucionais, seja revendo a legislação em vigor ou regulamentando, de forma consentânea ao texto constitucional, os procedimentos a serem adotados relativamente àqueles mutuários do Sistema Financeiro da Habitação que se encontrem em situação de inadimplência contratual.

A Constituição da República consagra, no Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais e, no Capítulo II, preconiza serem direitos sociais a educação, a moradia, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, sendo certo, conforme já mencionei, que a moradia foi inserida nesse *rol* por força do disposto na Emenda Constitucional nº 26/00, não obstante do próprio texto já era possível considerá-la assim. De efeito, o parágrafo único do artigo 5º assegura que os direitos e garantias expressos no referido artigo não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, ou dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte⁷.

Portanto, como consignado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o *reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e os seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*, há muito já se pretendeu assegurar a todo indivíduo a dignidade de se ter uma moradia e esta, agora expressamente erigida à categoria de direito social, vindo a lume por força da multicitada Emenda Constitucional nº 26/00, deve merecer proteção especial do Judiciário, único Poder que, por enquanto, ainda constitui um óbice ao homérico avanço da globalização.

⁵ “Os representantes do Povo Francês constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o olvido e o menosprezo aos Direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolvem expor numa declaração solene os direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente a todos os membros do corpo social, permaneça constantemente atenta a seus direitos e deveres, a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo possam ser a cada momento comparados com o objetivo de toda instituição política e no intuito de serem por ela respeitados; para que as reclamações dos cidadãos fundamentais daqui por diante, em princípios simples e incontestáveis, venham a manter sempre a Constituição e o bem-estar de todos. Em consequência, a Assembléia Nacional reconhece e declara em presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão...”

⁶ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

⁷ O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, prevê que toda pessoa tem direito, dentre outros, à moradia.

Torna-se imprescindível, pois, para a manutenção do Estado Democrático de Direito, a adoção de posturas tendentes ao afastamento de certas condutas e procedimentos, fincados na arbitrariedade e na desigualdade, impostas anteriormente pelos recônditos *legisladores*, buscando-se, mediante o exercício de parcela do poder do Estado, conferida ao Poder Judiciário, a concretização da Justiça Social.

A ausência de comportamento nesse sentido acarretará a aceitação, sem questionamentos, da assertiva convicta de Ferdinand Lassale: *a Lei Fundamental não passa de uma folha de papel, sem qualquer operatividade perante os fatores reais do poder.*

A Cobrança dos Créditos Hipotecários Vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação

De acordo com o artigo 1º da Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971, para a cobrança de crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, criado pela Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, é lícito ao credor promover a execução de que tratam os artigos 31 e 32 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, ou ajuizar a ação executiva na forma nela disposta, quando fundar-se em falta de pagamento das prestações, utilizando-se as disposições legais do Código de Processo Civil, conforme preconiza o artigo 10, quando a execução fundar-se em causa diversa que não a falta de pagamento das prestações do mútuo.

Sem embargo de discussões ventiladas acerca da constitucionalidade da Lei nº 5.741/71, na medida em que limita o direito de defesa, e do Decreto-lei nº 70/66, por violação ao princípio do devido processo legal, chamado por Marinoni (1994, p. 72) de *procedimento do poder econômico*, este, em síntese, permite que, vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor formalize ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida.

O agente fiduciário, nos dez dias subseqüentes, notifica o devedor, por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, para purgar a mora no prazo de vinte dias e, não sendo atendido, autorizado estará, *de pleno direito*, a publicar editais e efetuar, após decorridos quinze dias, leilão do imóvel hipotecado, implicando, após essa etapa, a emissão de carta de arrematação, a qual confere ao adquirente a autorização para requerer a imissão de posse no imóvel.⁸

Esse, portanto, é o cenário *legal* emoldurado pelas regras constantes no Decreto-lei nº 70/66.

A ação de imissão de posse prevista no artigo 37, § 2º, do Decreto-lei nº 70/66

Efetivada a alienação do imóvel hipotecado e *transcrita*⁹ no Registro Geral de Imóveis a carta de arrematação, nos termos do parágrafo segundo do artigo 37 do Decreto-lei nº 70/66, poderá o adquirente requerer ao juízo competente imissão de posse no imóvel arrematado no público leilão.

Conforme referi alhures, sem embargo das discussões acerca da constitucionalidade desse Decreto-lei¹⁰, no tema ora versado, limito-me ao seguinte contexto: *ação de imissão de posse no imóvel requerida pelo próprio credor hipotecário, quando negativo o leilão extrajudicial.*

⁸ “Art. 37. Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o art. 32, será emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas, documento que servirá como título para a transcrição no Registro Geral de Imóveis.

[...]

§ 2º Uma vez transcrita no Registro Geral de Imóveis a carta de arrematação, poderá o adquirente requerer ao juízo competente imissão de posse no imóvel, que lhe será concedida liminarmente, após decorridas as 48 horas mencionadas no § 3º deste artigo, sem prejuízo de se prosseguir no feito, em rito ordinário, para o debate das alegações que o devedor porventura aduzir em contestação.

§ 3º A concessão da medida liminar do parágrafo anterior só será negada se o devedor, citado, comprovar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito, antes da realização do primeiro ou do segundo público leilão”.

⁹ Atualmente não é *transcrição*, mas sim, *registro*, conforme a Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos.

¹⁰ Esse aspecto é objeto de abordagem específica em outro trabalho, a ser apresentado em breve.

A criação do Sistema Financeiro da Habitação, voltada para a facilitação da aquisição da casa própria, especialmente pela população de baixa renda¹¹, concretamente, galgou resultados além daqueles inicialmente previstos, porquanto estendeu seus propósitos também à denominada classe média.

Entretanto, já salientei no frontispício deste artigo, a pretensão não teve a eficácia pretendida no tocante aos resultados futuros, por conta do contexto econômico que, afetado pelas crises políticas, implicou um desajustamento nessas relações, gerando acentuada inadimplência contratual, em face do descompasso existente entre a evolução salarial dos mutuários e a correção das prestações do mútuo habitacional.

Os efeitos maléficos dessa inadimplência, evidenciados pela realidade econômica, revelam-se pelo acentuado número de execuções extrajudiciais solicitadas pelos credores hipotecários aos agentes fiduciários, sendo importante referir que os saldos devedores desses contratos ultrapassam, em muito, o valor de mercado desse mesmo imóvel.¹²

Essa situação conduz, invariavelmente, à ausência de interessados em arrematá-los nos públicos leilões, os quais, realizando-se sempre negativamente, sem a presença de qualquer interessado, acabam sendo adjudicados pelos próprios credores hipotecários.

Assim, posteriormente, argumentando ter adquirido a propriedade desses imóveis, por meio da carta de adjudicação, expedida nos termos do multicitado Decreto-lei, tais credores vêm a juízo pleitear a imissão na posse, requerendo a expedição de mandado de citação para a desocupação do imóvel no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, salvo se os mutuários comprovarem, nesse prazo, o resgate ou a consignação judicial do valor do débito, antes da realização dos leilões.

Oportuno registrar, a esta altura, que essa modalidade de execução é uma forma de execução privada e, conforme referido por Liebman (1952, p. 13), “é um retrocesso que rompe o fio da história, volvendo a fase mais primitiva do direito romano, ou seja, àquela em que após apossar-se da própria pessoa do devedor, o credor obtinha a *addictio*”.

Pedido de imissão de posse pelo credor hipotecário com carta de adjudicação

A execução extrajudicial prevista no Decreto-lei nº 70/66 é, sem dúvida, autêntica modalidade de execução privada, privilégio e proteção conferido aos credores hipotecários, instituições financeiras autorizadas a celebrar contratos no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, as quais, verificado o inadimplemento do mutuário, solicitam ao agente fiduciário a alienação extrajudicial do imóvel.

Contudo, prescrevendo a Constituição Federal garantias individuais aos litigantes, quer em processo judicial ou administrativo, mesmo sendo extrajudicial a execução, deve guardar obediência à legislação, devendo pautar-se nos exatos limites legais, sob pena de violação ao princípio constitucional do devido processo legal.

As modalidades de pagamento ao credor, previstas no Código de Processo Civil, são aquelas expressamente admitidas nos incisos I a III do artigo 708, quais sejam, a *entrega do dinheiro*, a *adjudicação* do bem e o *usufruto* do bem, não sendo expletivo sublinhar que, no concernente à execução extrajudicial, somente a primeira hipótese – *entrega do dinheiro* – é contemplada, pressupondo-se, portanto, nos exatos termos dos artigos 35 e 37, *caput*, do Decreto-lei nº 70/66, a ocorrência de leilão positivo.

¹¹ “O Governo Federal, através do Ministro do Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, *especialmente pelas classes da população de menor renda*” (artigo 1º da Lei nº 4.380/64).

¹² Nos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, desde a edição do Decreto-lei nº 19/66, tornou-se obrigatória a adoção de cláusula de correção monetária de forma a preservar o valor originário da dívida, ocasionando, em face da disparidade das variáveis consideradas para o reajustamento do saldo devedor e para a amortização da dívida, um saldo devedor distanciado da realidade do mercado, embora um elevado número de prestações já tivesse sido pago.

Se não há, portanto, autorização legislativa contempladora da possibilidade do agente fiduciário expedir carta de adjudicação de imóvel, objeto de leilão extrajudicial negativo, afigura-se cristalina a violação ao princípio da legalidade, notadamente quando a Lei nº 5.741, de 1º de dezembro de 1971, disciplinadora da execução judicial dos créditos hipotecários vinculados ao SFH prevê, em seu artigo 7º, na ausência de licitante na praça, a adjudicação do imóvel ao credor.

À míngua, portanto, de amparo legal a possibilitar ao agente fiduciário a expedição de carta de adjudicação em leilão negativo, como forma de pagamento ao credor hipotecário, prerrogativa essa conferida apenas ao Poder Judiciário, em processo de execução judicial, evidencia-se a carência de ação.

Conclusão

A ação de imissão na posse, portanto, formulada com esteio em título obtido com tal vício, não pode ser validamente processada, em face da impossibilidade jurídica do pedido, porquanto a adjudicação obtida nesses termos é nula, afrontando, além das disposições do próprio Decreto-lei e da Lei nº 5.741/71, o princípio constitucional do devido processo legal, em que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: C. Bastos Ed.: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

_____. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 1995.

_____. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: S. A. Fabris Ed., 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

THEODORO JR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.

_____. *Processo de execução*. 17. ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1994.

WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. 12. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

Act of emission due to the law in the article 37, § 2, of the Decreto-lei n° 70/66

Abstract

This essay focuses on the final aspect of the extrajudicial enforcement relative to the properties financed by the Financial System of the House, especially as for the constitut in the possession after public judicial auction, negatives, by the own financial agents.

Key words: home, Financial System of the House, constitut in the possession.

INÁCIO, G. L. Act of emission due to the law in the article 37, § 2, of the Decreto-lei n. 70/66. *UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.*, Londrina, v. 2, n. 1, p. 87-93, mar. 2001.