

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que rejeitou a pretensão do recorrente no sentido de que fosse afastada a constitucionalidade de artigos do Decreto-Lei nº 70/66 que cuidam da execução extrajudicial de crédito hipotecário.

Para tanto, asseverou o recorrente que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendeu recepcionadas, pela vigente Constituição Federal, as normas do aludido diploma legal que cuidam da execução extrajudicial, transcrevendo inúmeros julgados de outros Tribunais que também apontam no mesmo sentido.

O eminente relator do feito, o Ministro **Marco Aurélio**, negou provimento ao recurso, reafirmando a constitucionalidade reconhecida na origem, asseverando que tais normas são incompatíveis com a vigente Constituição Federal, *no que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, e vincula a perda de bem ao devido processo legal*, voto esse que foi acompanhado pelo Ministro **Luiz Fux**.

Pedi vista dos autos, para uma melhor análise da matéria **sub judice** e, agora, apresento voto divergente, pois penso que, neste caso, mais adequada se mostra a solução já alvitrada pelo Juízo de origem (embora posteriormente reformada pelo acórdão recorrido), razão pela qual peço vênia aos eminentes Ministros para deles divergir.

Como sou relator do RE nº 627.106/PR, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria concernente à constitucionalidade das mencionadas normas do Decreto-Lei nº 70/66, permito-me transcrever trechos do voto que preparei naqueles autos, **in verbis**:

“De há muito já se encontra pacificado, na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que as disposições constantes do Decreto-Lei nº 70/66 que cuidam da execução

extrajudicial de imóveis foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, não padecendo, destarte, de nenhum vício a execução que assim seja levada a cabo pelo credor hipotecário.

Tal decorre da constatação de que esse procedimento não é realizado de forma aleatória e se submete a efetivo controle judicial, em ao menos uma de suas fases, sendo certo que o devedor é intimado a acompanhá-lo, podendo impugnar, inclusive no âmbito judicial, o desenrolar do procedimento, se irregularidades vierem a ocorrer durante o seu trâmite.

Trata-se de posição antiga, porém reiteradamente renovada, no âmbito desta Corte, pelo menos desde o julgamento do RE nº 223.075 /DF, Relatado pelo ilustre Ministro **Ilmar Galvão**, cuja ementa assim dispõe:

'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, quanto 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' (Primeira Turma, DJ de 6/11/98).

De sua fundamentação, destaca-se o seguinte trecho, que faz menção a uma antiga manifestação do saudoso Ministro **Décio Miranda**, reconhecendo, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967, a perfeita compatibilidade do aludido diploma legal, com a ordem constitucional então vigente, **in verbis**:

'Recorda, ainda, o Prof. Arnold Wald, que a matéria foi longamente estudada em várias decisões do antigo TFR, destacando-se o julgamento do MS nº 77.152, Min. Décio Miranda (Rev. Forense, 254/247), em cujo voto afirmou o eminentíssimo julgador, posteriormente abrilhantou esta Corte, **verbis**:

'O DL nº 70, de 21.11.66, no art. 29, autoriza o credor hipotecário no regime do Sistema Financeiro da Habitação, a optar pela execução do crédito na forma do C. Pr. Civil, ou na forma dos arts. 31 a 38 do mesmo Decreto-lei.

E os arts. 31 a 38 instituem nova modalidade de execução. O credor hipotecário comunica a agente fiduciário o débito vencido e não pago. Este, após convocar o devedor a purgar o débito, promove público leilão do imóvel hipotecado, e, efetuado este, expede carta de arrematação, que servirá como título para transcrição no Registro de Imóveis.

Nesse regime a intervenção judicial só se dá para o fim de obter o arrematante imissão de posse do imóvel, que lhe será liminarmente

concedida pelo juiz. A defesa do executado, salvo se consistir em prova de pagamento ou consignação anterior ao leilão, será debatida após a imissão de posse.

Alega-se que o procedimento não se harmoniza com o disposto no art. 153, § 4º, da Constituição, segundo o qual não poderá a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Não houve, porém, supressão do controle judicial.

Estabeleceu-se, apenas, uma deslocação do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir.

No sistema tradicional, ao Poder Judiciário se cometia em sua inteireza o processo de execução, porque dentro dele se exauria a defesa do devedor.

No novo procedimento, a defesa do devedor sucede ao último ato da execução, a entrega do bem executado ao arrematante.

No procedimento judicial, o receio de lesão ao direito do devedor tinha prevalência sobre o temor de lesão ao direito do credor. Adiava-se a satisfação do crédito, presumivelmente líquido e certo, em atenção aos motivos de defesa do executado, quaisquer que fossem.

No novo procedimento, inverteu-se a ordem, deu-se prevalência à satisfação do crédito, conferindo-se à defesa do executado não mais condição impediente da execução, mas força rescindente, pois, se prosperarem as alegações do executado no processo judicial de imissão de posse, desconstituirá a sentença não só a arrematação como a execução, que a antecedeu.

Antes, a precedência, no tempo processual, dos motivos do devedor; hoje, a dos motivos do credor, em atenção ao interesse social da liquidez do Sistema Financeiro da Habitação.

Essa mudança, em termos de política legislativa, pôde ser feita, na espécie, sem inflição de dano irreparável às garantias de defesa do devedor. Tem este aberta a via da reparação, não em face de um credor qualquer, mas em relação a credores credenciados pela integração num sistema financeiro a que a legislação confere específica segurança.

Se, no novo procedimento, vier a sofrer detimento o direito individual concernente à propriedade, a reparação pode ser procurada no Poder Judiciário, seja pelo efeito rescindente da sentença na ação de imissão de posse, seja por ação direta contra o credor ou o agente fiduciário.

Assim, a eventual lesão ao direito individual não fica excluída de apreciação judicial.

Igualmente desamparadas de razões dignas de apreço as alegações de ofensa aos §§ 1º e 22, do art. 153 da Constituição: a execução extrajudicial não vulnera o princípio da igualdade perante a lei (todos, que obtiveram empréstimo do sistema, estão a ela sujeitos)

nem fere o direito de propriedade (a excussão não se faz sem causa, e esta reside na necessidade de satisfazer-se o crédito, em que também se investe direito de propriedade, assegurado pela norma constitucional).

Por outro lado, também não prospera a alegação, feita em casos análogos, de que a execução extrajudicial vulnera o princípio da autonomia e independência dos Poderes (art. 6º da Constituição).

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.

A possibilidade dessa atuação administrativa resulta de uma nova especificação legal do contrato hipotecário, que assumiu, neste particular, feição anteriormente aceita no contrato de penhor, a previsão contratual da excussão por meio de venda amigável (Código Civil, art. 774, III).

Essa modalidade já se transformara em condição regulamentar na excussão de penhor pela Caixa Econômica (quem a ela leva jóias e objetos não tem outra alternativa). O mesmo passou a suceder em relação à hipoteca contratada com agente do Sistema Financeiro da Habitação (quem adere ao sistema aceita a hipoteca com essa virtualidade).

O litígio eventualmente surgido entre credor e devedor fica, num como outro caso, separado do procedimento meramente administrativo da excussão.¹

Como facilmente se percebe, trata-se de decisão que esborrou, um por um, todos os fundamentos do acórdão recorrido.

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, inexiste óbice a que juiz competente, liminarmente, suspeite 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.

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.'

Inúmeras e sucessivas decisões se seguiram nesse sentido, citando-se, apenas para ilustrar, as ementas das seguintes:

'Execução extrajudicial. Recepção, pela Constituição de 1988, do Decreto-Lei n. 70/66. - Esta Corte, em vários precedentes (assim, a título exemplificativo, nos RREE 148.872, 223.075 e 240.361), se tem orientado no sentido de que o Decreto-Lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição, não se chocando, inclusive, com o disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º desta, razão por que foi por ela recebido. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. - Por outro lado, a questão referente ao artigo 5º, XXII, da Carta Magna não foi prequestionada (súmulas 282 e 356). Recurso extraordinário não conhecido' (RE nº 287.453/RS, Relator o Ministro **Moreira Alves**, Primeira Turma, DJ de 26/10/01).

'CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO PELO RELATOR. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DL 70 /66. RECEPÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CF, art. 102, III, b. I. - Legitimidade constitucional da atribuição conferida ao relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou a recurso e a dar provimento a esse RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98 desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado. II. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - O

pressuposto constitucional do recurso extraordinário, inscrito no art. 102, III, b, da Constituição, é que tenha o acórdão recorrido declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Se isso não ocorreu, segue-se a impossibilidade de o recurso, interposto com fundamento na citada alínea b, ser admitido. V. - O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, por diversas vezes, no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. Precedentes. VI. - Agravo não provido' (AI nº 509.379/PR-AgR, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, Segunda Turma, DJ de 4/11/05).

'1. É pacífica a orientação desta Corte no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição Federal. 2. Agravo regimental improvido' (AI nº 514.565/PR-AgR, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, Segunda Turma, DJ de 24/2/06).

'Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Decreto-Lei nº 70/66. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Precedentes. 3. Ofensa ao artigo 5º, I, XXXV, LIV e LV, da Carta Magna. Inocorrência. 4. Agravo regimental a que se nega provimento' (AI nº 600.876/SP-AgR, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, Segunda Turma, DJ de 23/2/07).

'1. Execução extrajudicial: firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98). 2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade' (RE nº 408.224/SE-AgR, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, Primeira Turma, DJe de 31/8/07).

'CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECRETO-LEI 70/66. ALEDAGA OFENSA AO ART. 5º, XXXV, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - A orientação desta Corte é no sentido de que os procedimentos previstos no Decreto-lei 70/66 não ofendem o art. 5º, XXXV, LIV e LV, Constituição, sendo com eles compatíveis. II - Agravo regimental improvido' (AI nº 600.257/SP-AgR, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, Primeira Turma, DJe de 19/12/07).

'RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Execução extrajudicial. Decreto-Lei nº 70/66. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte' (AI nº 678.256/SP-AgR, Relator o Ministro **Cesar Peluso**, Segunda Turma, DJe de 26/3/10).

Ressalte-se, por oportuno, que em razão do firme posicionamento jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, os demais Tribunais do país passaram a adotar o mesmo entendimento,

citando-se, para exemplificar, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, assim dispondo:

'RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. DECRETO-LEI 70/66. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. INTIMAÇÃO PESSOAL PARA PURGAÇÃO DA MORA. INTIMAÇÃO EDITALÍCIA DATA LEILÕES. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES. AVALIAÇÃO DO IMÓVEL.

1. O acórdão recorrido, com base na análise dos documentos constantes dos autos, considerou que foi promovida a intimação pessoal para a purgação da mora e também a intimação por meio de edital para o primeiro e o segundo leilão após a recorrente haver se recusado a assinar a intimação a ela dirigida. Rever esta conclusão encontra obstáculo na Súmula 7.

2. O rito da execução extrajudicial disciplinada pelo Decreto-lei 70/66, reiteradamente proclamado compatível com a Constituição de 1988 pelo STF, não prevê etapa formal de avaliação do imóvel, ao contrário do que sucede em execuções promovidas em juízo. Embora o procedimento seja mais abreviado do que o das execuções judiciais, a posse do imóvel somente será transferida para o adquirente mediante ação de imissão de posse perante o Poder Judiciário, a qual, após a contestação, assumirá o rito ordinário, ensejando o mais pleno contraditório, inclusive acerca da publicidade dada à execução e do valor da alienação (Decreto-lei 70/66, art. 37, §2º). Igualmente é possível o controle de legalidade do procedimento, durante o seu próprio curso, pelos meios processuais adequados, ou, após o seu desfecho, mediante a propositura de ação de anulação da execução extrajudicial, no âmbito da qual pode ser requerida antecipação de tutela ou ajuizada medida cautelar incidental.

3. Hipótese em que não se alega, na ação anulatória, a transferência da propriedade por valor irrisório ou mesmo inferior ao de mercado, outro motivo a evidenciar a falta de relevância da alegação, deduzida apenas em grau de apelação, de nulidade por ausência de prévia formalidade de avaliação do imóvel no procedimento de execução extrajudicial.

4. Recurso especial conhecido em parte, e nessa parte, desprovido' (REsp nº 1.147.713/PB, Quarta Turma, Relatora a Ministra **Maria Isabel Gallotti**, DJe de 15/12/10).

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. SFH. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. HIGIDEZ DO DECRETO-LEI N. 70/66 . QUESTÃO JÁ SEDIMENTADA NO ÂMBITO DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO' (AgRg no Ag nº 1.116.195-AgRg/PR, Quarta Turma, Relator o Ministro **Aldir Passarinho Jr.**, DJe de 10/8/09).

‘PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

I - o Tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia nos limites do que lhe foi submetido. Não há que se falar, portanto, em violação do artigo 535 do CPC ou negativa de prestação jurisdicional.

II - A tese de inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66 já foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, de modo que a execução extrajudicial baseada na referida legislação não afronta o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

III - O conteúdo jurídico dos demais artigos que se reputam violados não foi objeto de exame pelo Tribunal de origem. Súmula 211 deste Tribunal. Agravo improvido” (REsp nº 949.631/RS, Relator o Ministro **Sidnei Benetti**, Terceira Turma, DJe de 3/3/09).

Constata-se, assim, que, tomando por parâmetro a posição já assentada nesta Corte a respeito da perfeita compatibilidade do Decreto-Lei nº 70/66 com a vigente Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça perfilhou o mesmo entendimento, não parecendo razoável, destarte, uma mudança de tal orientação, decorridos tantos anos desde que consolidada, no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, essa essa posição jurisprudencial sobre o tema.

Nessa conformidade, mostra-se de rigor a reafirmação dessa pacífica jurisprudência desta Suprema Corte, para que se reconheça, agora com a autoridade de matéria cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo Plenário Virtual da Corte, a recepção, pela Constituição Federal de 1988, das normas do Decreto-Lei nº 70/66 que cuidam da execução extrajudicial.”

Reitero, então, Senhor Presidente, o entendimento então esposado, no sentido de que a aludida execução não se realiza de forma aleatória, visto que, efetivamente, submete-se ao crivo judicial antes de ultimada, sendo o devedor regularmente intimado a acompanhar o desenrolar de todo o procedimento, podendo impugnar, a qualquer tempo e em qualquer de suas fases, seu andamento, recorrendo, inclusive, ao Poder Judiciário, se necessário, na defesa de eventuais direitos e interesses que porventura estejam sendo desrespeitados durante o trâmite desse processo.

Não vislumbro, destarte, as apontadas inconstitucionalidades que estariam a macular tal procedimento, ressaltando, por fim, que, como há muitos anos a jurisprudência desta Suprema Corte encontra-se consolidada no sentido da recepção das aludidas normas pela Constituição Federal de 1988, muitos Tribunais pátrios perfilharam tal entendimento, especialmente

o Superior Tribunal de Justiça, parecendo-me, destarte, de todo desarrazoada uma mudança nessa orientação, decorridos tantos anos da consolidação dessa orientação jurisprudencial por esta Suprema Corte.

Por tais razões, Senhor Presidente é que, não reconhecendo as apontadas inconstitucionalidades dessas normas legais, antes, reafirmando sua recepção pela Constituição Federal de 1988, é que voto no sentido de dar provimento ao recurso, para, reformando o acórdão regional, restabelecer, em todos os seus termos, a sentença de primeiro grau, que julgara improcedente a ação.

É como voto.