

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Sr. Presidente, temos para exame Recurso Extraordinário em que se debate a recepção, ou não, dos artigos 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70/1966, que tratam da execução extrajudicial de dívidas hipotecárias, considerando o disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal e a jurisprudência desta SUPREMA CORTE a respeito da matéria.

Na origem, cuida-se de Ação Anulatória proposta em julho de 1996, perante a Justiça Federal, por JOÃO SÉRGIO DE SOUZA NETO e MARIA BENEDITA BORGES DE SOUZA em face do Banco Bradesco S/A e da Caixa Econômica Federal, em que os autores informam que eram proprietários de imóvel situado em São Paulo/SP, no qual residiam com sua família, e que fora adquirido por meio de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação.

Alegam os autores que o imóvel foi financiado por meio de contrato de adesão, tendo sido alterados unilateralmente pelo credor os valores das prestações, razão pela qual propuseram revisão judicial das parcelas correspondentes. No entanto, tomaram conhecimento de que a Ré já havia promovido a execução extrajudicial, com adjudicação do imóvel, registrando-o em seu nome.

Sustentam a nulidade da Carta de Arrematação, por ser embasada em execução extrajudicial eivada de ilegalidades, pois decorrente de procedimento administrativo de execução de crédito hipotecário fundado no Decreto-Lei nº 70/66, sem que lhes fosse oportunizado a apresentação de defesa, o que enseja ofensa a princípios basilares da Constituição Federal (ampla defesa, contraditório e devido processo legal).

Em contestação, a Caixa Econômica Federal alegou ilegitimidade passiva para a causa, ao argumento de que não lhe foram atribuídas as funções de gestão do SFH e FCVS, indicando a União Federal como entidade por eles responsável, não se manifestando quanto ao mérito da questão.

O Banco Bradesco S/A., ora recorrente, também apresentou contestação, sustentando, preliminarmente, inépcia da inicial; carência da ação por

impossibilidade jurídica do pedido; e que os autores não possuem legítimo interesse para agir, considerando a extinção da relação contratual entre as partes, por ocasião da arrematação do imóvel objeto da lide.

Quanto ao mérito, o Bradesco defende a constitucionalidade do Decreto-Lei 70/66, fundamentando-se na doutrina de Orlando Gomes e na jurisprudência de diversos tribunais a respeito da matéria. Alega que o contrato celebrado entre as partes foi rigorosamente observado, inexistindo qualquer infração contratual por parte do Banco Bradesco S/A., e que “não podem os autores pleitear a redução do valor das prestações que livremente pactuaram, pois, se estaria negando comezinho princípio de direito obrigacional que o contrato entre as partes vale por si, ou tem força de lei - ‘pacta sunt servanda’.”(fl. 78, Doc. 15). Por fim ressalta que o contrato de financiamento constitui título executivo e que o credor está legalmente autorizado a proceder à execução extrajudicial para haver o seu crédito.

O Juízo de Primeiro grau reconheceu a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal e, em consequência, a incompetência da Justiça Federal, determinando a remessa dos autos à justiça comum estadual (fls. 136-141, Doc. 15)

O juízo estadual de primeiro grau proferiu sentença julgando improcedente o pedido, aos argumentos de que ausente qualquer irregularidade no procedimento executivo extrajudicial que ensejou o ato expropriatório. Registra que os requerentes tinham ciência da existência do débito e foram regularmente intimados da realização dos leilões através de edital publicado em jornal; no entanto, não adotaram qualquer conduta tendente à purgação da mora ou ajuizamento tempestivo de ação judicial para discussão do débito (fls. 145-148, Doc. 15).

Os autores apresentaram recurso de apelação com pedido de atribuição de efeitos suspensivo e devolutivo (fls. 154-164, Doc. 15) sustentando que a execução extrajudicial estabelecida pelo Decreto-Lei 70/66 ofende a Constituição Federal, pois configura autotutela do agente financeiro, ensejando violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Esclarecem que ajuizaram Ação Cautelar em 24 de janeiro de 1996 perante a Justiça Federal (autuada com o número 96.2549-5) e, posteriormente, Ação Ordinária (número 96.0005410-0), as quais tramitaram na 11^a Vara da Justiça Federal de São Paulo, que declinou da competência

para a justiça estadual, de modo que ambos os processos foram redistribuídos à Justiça Comum em 6 de abril de 1999, passando a tramitar perante a 25^a Vara Estadual do Foro Central. No entanto, a presente ação já tramitava perante a 11^a Vara Cível Estadual, de modo que a decisão recorrida, proferida nos autos da presente Ação Anulatória, não levou em consideração a existência das demais ações pendentes de julgamento no juízo da 25^a Vara Estadual do Foro Central.

Alegam que a decisão recorrida feriu o disposto no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, “ao permitir a execução extrajudicial do imóvel dos Apelantes, em total desacordo com os princípios constitucionais. Inadmissível impedir o exercício do direito de propriedade, sem dar aos Apelantes, parte economicamente menos favorecida, ao impedir o direito de ampla defesa e o princípio do contraditório, sem o qual não haverá qualquer possibilidade de um acentuado exame das condições do contrato de financiamento da casa própria.” (fl. 158, Doc. 15).

Argumentam, ainda, que o objeto da execução extrajudicial deve ser considerado ilíquido, por utilizar índices no respectivo cálculo aleatórios ao contrato, os quais deveriam ser apurados através de perícia contábil na ação judicial ordinária.

Por fim, sustentam a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, aptos à concessão de liminar que determine a suspensão do Segundo Público Leilão ou, caso já efetivado, a suspensão do registro da Carta de Arrematação e seus efeitos na Cartório de Registro de Imóveis competente.

Em contrarrazões de apelação, o Branco Bradesco S/A. alegou que os autores não utilizaram os meios processuais disponíveis para proteger e defender seus interesses em tempo hábil, bem como confessaram-se inadimplentes e não adotaram qualquer diligência para regularizar a situação, recorrendo ao Judiciário apenas às vésperas do leilão. Aduziu, ainda, que os apelantes não demonstraram qualquer infringência ao contrato celebrado, tampouco comprovaram as irregularidades alegadas quanto ao procedimento que norteou a execução extrajudicial do imóvel.

Afirmou que, uma vez celebrado o contrato em consonância com a autonomia das vontades, as partes ficam sujeitas às regras nele previstas, princípio do *pacta sunt servanda*, e que “Não houve, na verdade, qualquer ameaça de violação ao direito dos apelantes passível de ser tutelado, já que as prestações e o saldo devedor foram reajustados pelo Banco apelado, estritamente de acordo com o contratado, assim, os apelantes estavam

inadimplentes e tinham plena ciência da existência do débito, como também da realização dos leilões tendo sido regularmente intimados, razão pela qual, como bem ponderado na r. sentença proferida, não podem insurgir, não havendo notícia nos autos de qualquer conduta tendente à purgação da mora ou ajuizamento tempestivo de ação judicial para a discussão do débito, ausente portanto, o *fumus boni iuris* ." (fl. 177, Doc. 15)

Por fim, ressaltou a ausência dos requisitos para a concessão da liminar pleiteada - tendo em vista que os apelantes deveriam ter proposto as ações cabíveis para evitar a execução da dívida, como Cautelar de Depósito ou Consignação em Pagamento, no entanto não o fizeram em tempo hábil - devendo ser negada a medida; defendeu a constitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei 70/66, já reconhecida pela jurisprudência pátria; e requereu fosse integralmente mantida a sentença recorrida.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fundamentando-se em jurisprudência consolidada do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Cível, no sentido de que são inconstitucionais os arts. 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66, deu provimento à apelação, nos termos do Voto proferido pelo ilustre Des. Campos Mello, ficando vencido o voto proferido pelo eminente Des. Andrade Marques que reconhecia a constitucionalidade da referida norma e negava provimento ao apelo. A propósito, veja-se a ementa do acórdão (fl. 45, Doc. 16):

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE LEILÃO
EXTRAJUDICIAL. IMPROCEDÊNCIA DECRETADA EM 1º GRAU.
DECISÃO REFORMADA, À LUZ DO ENTENDIMENTO DA
SÚMULA 39 DO EXTINTO PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA
CIVIL RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO."

O Banco Bradesco S/A. opôs embargos infringentes (fls. 5-20, Doc. 17) na tentativa de fazer prevalecer o voto proferido pelo Des. Andrade Marques, o qual reconhecia a constitucionalidade do Decreto-Lei 70/66 e determinava a manutenção da sentença de improcedência do pedido.

Os embargos infringentes foram devidamente impugnados (fls. 24-34, Doc. 17). O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo rejeitou-os em acórdão assim ementado (fl. 46, Doc. 17):

“EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - CRÉDITO HIPOTECÁRIO - INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 30, PARTE FINAL E 31 A 38 DO DECRETO-LEI N. 70, DE 21.11.66 - SUMULA N. 39 DO EXTINTO PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL - OFENSA AO ART. 5º, INCISOS XXXV, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - EMBARGOS REJEITADOS.”

No Recurso Extraordinário (fls. 56-74, Doc. 17), com fundamento no art. 102, inciso III, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Constituição Federal, o Banco Bradesco S/A. alega que o acórdão recorrido, fundamentando-se na Súmula 39 do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo - a qual considera inconstitucionais os artigos 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-lei 70/66-, teria negado vigência à referida norma federal e ao artigo 5º, II, da Carta Magna.

Em suas razões recursais, o recorrente cita a doutrina de Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira e José Carlos Moreira Alves, bem como vários precedentes de diversos tribunais, inclusive deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que reconhecem a compatibilidade do Decreto-Lei 70/66 com a Constituição Federal de 1988.

Alega que o procedimento previsto no Decreto-Lei 70/66 constitui rito especial e sumário para a execução extrajudicial dos imóveis dos mutuários inadimplentes; que tal procedimento sumário não é inovação no direito brasileiro, uma vez que já existia procedimento semelhante desde 1903 - legislação de Armazéns Gerais-; e que a execução extrajudicial também é prevista nos arts. 774, III, do Código Civil; 279 do Código Comercial e 120, § 2º, da Lei de Falências.

Sustenta, ainda, que, “ao contrário do entendimento esposado pela Colenda 22ª Câmara do TJ/SP, a execução regida pelo Decreto-Lei 70/66 dá ao credor hipotecário o direito de opção da execução hipotecária e cabe ao devedor hipotecário o direito de propor ações cabíveis sempre que entender lesado o seu direito individual (Inciso II do artigo 5º da Constituição Federal), inexistindo qualquer afronta aos princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV, LIV e LV). Em outras palavras, o legislador da Constituição de 1.988, além de ter prestigiado a promoção de programas de moradia, conforme artigo 23, inciso IX daquela Carta, aprovou lei que confirma a execução extrajudicial como procedimento válido, levando-se em consideração a necessidade de

sustentação do próprio SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO.” (fl. 72, Doc. 17)

Em contrarrazões (fls. 103-109, Doc. 17), a parte recorrida sustentou, preliminarmente, a inadmissibilidade do recurso, por não terem sido esgotadas todas as vias recursais disponíveis. Quanto ao mérito, sustentou que (a) o acórdão recorrido merece ser integralmente mantido; (b) a execução extrajudicial regulamentada pelo Decreto-Lei 70/66 impossibilita o exercício da defesa, pois o mutuário fica adstrito apenas à purgação da mora, sem qualquer chance de defesa; e (c) o Decreto-Lei 70/66 foi elaborado durante o regime autoritário da ditadura militar e não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

O apelo extremo foi admitido pelo Tribunal de origem com fundamento na alínea ‘b’ do permissivo constitucional (fls. 111-112, Doc. 17).

Iniciada a votação, em 25 de maio de 2011, o eminentíssimo Ministro MARCO AURÉLIO apresentou o seu voto pelo desprovimento do Recurso Extraordinário, reconhecendo a inconstitucionalidade da segunda parte do artigo 29 e dos artigos 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66, no que foi acompanhado pelo ilustre Ministro LUIZ FUX. Pediu vista o Ministro DIAS TOFFOLI (fl. 122, Doc. 17).

Em sessão plenária realizada em 18 de agosto de 2011, o eminentíssimo Ministro DIAS TOFFOLI apresentou seu voto, dando provimento ao recurso extraordinário, no que foi acompanhado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Votaram pelo desprovimento do apelo extremo, nos termos propostos pelo ilustre relator, os Ministros AYRES BRITTO e CARMEN LÚCIA. Neste contexto, o eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES pediu vista dos autos (fl. 29, Doc. 18).

É o que cumpria relatar.

Senhor Presidente, temos para exame recurso extraordinário em que se debate se o procedimento de execução extrajudicial estabelecido pelo Decreto-Lei 70/66 (art. 29, parte final, e 31 a 38) foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Por oportuno, cito os referidos dispositivos legais:

“Art. 29. As hipotecas a que se referem os artigos 9º e 10 e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (artigos 298 e 301) ou deste decreto-lei (artigos 31 a 38).

Parágrafo único. A falta de pagamento do principal, no todo ou em parte, ou de qualquer parcela de juros, nas épocas próprias, bem como descumprimento das obrigações constantes do artigo 21, importará, automaticamente, salvo disposição diversa do contrato de hipoteca, em exigibilidade imediata de toda a dívida.

Art. 31. Vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei formalizará ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida, instruindo-a com os seguintes documentos:(Redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

I - o título da dívida devidamente registrado; (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

II - a indicação discriminada do valor das prestações e encargos não pagos; (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

III - o demonstrativo do saldo devedor discriminando as parcelas relativas a principal, juros, multa e outros encargos contratuais e legais; e (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

IV - cópia dos avisos reclamando pagamento da dívida, expedidos segundo instruções regulamentares relativas ao SFH.

§ 1º Recebida a solicitação da execução da dívida, o agente fiduciário, nos dez dias subseqüentes, promoverá a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe o prazo de vinte dias para a purgação da mora. (Redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

§ 2º Quando o devedor se encontrar em lugar incerto ou não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao agente fiduciário promover a notificação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local, ou outro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária. (Redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

Art. 32. Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado.

§ 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance obtido fôr inferior ao saldo devedor no momento, acrescido das despesas constantes do artigo 33, mais as do anúncio e contratação da praça, será realizado o segundo público leilão, nos 15 (quinze) dias seguintes,

no qual será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior à soma das aludidas quantias.

§ 2º Se o maior lance do segundo público leilão fôr inferior àquela soma, serão pagas inicialmente as despesas componentes da mesma soma, e a diferença entregue ao credor, que poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito, sem nenhum direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado.

§ 3º Se o lance de alienação do imóvel, em qualquer dos dois públicos leilões, fôr superior ao total das importâncias referidas no *caput* dêste artigo, a diferença afinal apurada será entregue ao devedor.

§ 4º A morte do devedor pessoa física, ou a falência, concordata ou dissolução do devedor pessoa jurídica, não impede a aplicação dêste artigo.

Art. 33. Compreende-se no montante do débito hipotecado, para os efeitos do artigo 32, a qualquer momento de sua execução, as demais obrigações contratuais vencidas, especialmente em relação à fazenda pública, federal, estadual ou municipal, e a prêmios de seguro, que serão pagos com preferência sobre o credor hipotecário.

Parágrafo único. Na hipótese do segundo público leilão não cobrir sequer as despesas do artigo supra, o credor nada receberá, permanecendo íntegra a responsabilidade de adquirente do imóvel por êste garantida, em relação aos créditos remanescentes da fazenda pública e das seguradoras.

Art. 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos:

I - se a purgação se efetuar conforme o parágrafo primeiro do artigo 31, o débito será acrescido das penalidades previstas no contrato de hipoteca, até 10% (dez por cento) do valor do mesmo débito, e da remuneração do agente fiduciário;

II - daí em diante, o débito, para os efeitos de purgação, abrangerá ainda os juros de mora e a correção monetária incidente até o momento da purgação.

Art. 35. O agente fiduciário é autorizado, independentemente de mandato do credor ou do devedor, a receber as quantias que resultarem da purgação do débito ou do primeiro ou segundo públicos leilões, que deverá entregar ao credor ou ao devedor, conforme o caso, deduzidas de sua própria remuneração.

§ 1º A entrega em causa será feita até 5 (cinco) dias após o recebimento das quantias envolvidas, sob pena de cobrança, contra o agente fiduciário, pela parte que tiver direito às quantias, por ação executiva.

§ 2º Os créditos previstos neste artigo, contra agente fiduciário, são privilegiados, em caso de falência ou concordata.

Art. 36. Os públicos leilões regulados pelo artigo 32 serão anunciados e realizados, no que êste decreto-lei não prever, de acordo com o que estabelecer o contrato de hipoteca, ou, quando se tratar do Sistema Financeiro da Habitação, o que o Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação estabelecer.

Parágrafo único. Considera-se não escrita a cláusula contratual que sob qualquer pretexto preveja condições que subtraiam ao devedor o conhecimento dos públicos leilões de imóvel hipotecado, ou que autorizem sua promoção e realização sem publicidade pelo menos igual à usualmente adotada pelos leiloeiros públicos em sua atividade corrente.

Art. 37. Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o artigo 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.

§ 1º O devedor, se estiver presente ao público leilão, deverá assinar a carta de arrematação que, em caso contrário, conterá necessariamente a constatação de sua ausência ou de sua recusa em subscrevê-la.

§ 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 parágrafo terceiro dêste 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.

Art. 38. No período que medear entre a transcrição da carta de arrematação no Registro Geral de Imóveis e a efetiva imissão do adquirente na posse do imóvel alienado em público leilão, o Juiz arbitrará uma taxa mensal de ocupação compatível com o rendimento que deveria proporcionar o investimento realizado na aquisição, cobrável por ação executiva."

O Tribunal de origem acolheu as teses da parte autora e reformou a sentença de improcedência do pedido, fundamentando-se na jurisprudência consolidada em súmula do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo - a qual considerou inconstitucionais os referidos dispositivos do Decreto-lei 70 /66.

Cuida-se de matéria a respeito da qual a doutrina apresenta divergência. Para alguns doutrinadores, como ADA PELLEGRINI GRINOVER eAMILTON BUENO DE CARVALHO, o procedimento executório extrajudicial estipulado pelo Decreto-Lei 70/66 não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por incompatibilidade com os comandos da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa. Para outros autores, no entanto, o referido procedimento de execução extrajudicial teria sido recepcionado pela Carta Magna.

É o caso da doutrina de Orlando Gomes, oportunamente citada pelo recorrente (fl. 63, Doc. 17), da qual cito o seguinte:

“284. **Execução extrajudicial de hipoteca.** Lei especial permitiu a execução de créditos hipotecários por via extrajudicial, introduzindo, ainda em caráter excepcional, uma inovação radical no sistema de sua cobrança até então subordinada aos cânones clássicos do processo civil. Outro diploma legal estabeleceu rito sumário para a ação de cobrança das dívidas hipotecárias vinculadas ao sistema financeiro de habitação, se fundada na falta de pagamento de prestações intercorrentes, tornando-a forma específica de execução dos respectivos créditos.

Na forma do primeiro desses documentos legislativos, o credor, que há de ser um *agente fiduciário*, pode escolher a forma de execução prevista no direito processual comum ou a *via extrajudicial*; mas, eleita a primeira, lhe não é dado abandoná-la a fim de utilizar a segunda, a menos que o devedor aquiesça. A recíproca não é, entretanto, verdadeira.

Optando pela *via extrajudicial*, o credor comunicará o seu propósito ao *agente fiduciário*, informando-o de que a hipoteca está vencida e não paga no todo ou em parte. Cumpre a este, nos seguintes 10 dias do recebimento da comunicação, notificar o devedor para vir purgar a mora dentro em 20 dias. Se ele não atende à notificação, o *agente fiduciário* tem direito a vender, em leilão público, o imóvel hipotecado, após o cumprimento de formalidades de menor porte, efetuando-a nos 15 dias imediatos ao anúncio por edital do primeiro leilão, ou no segundo.

Trata-se de forma simples, que foi adotada por necessidades de ordem prática, encerrando, porém, alguns inconvenientes, o maior dos quais é a impossibilidade prática de defesa do devedor.

Objeta-se que a execução hipotecária por *via extrajudicial* atenta contra a Constituição, por excluir, da apreciação do Judiciário, a

relação jurídica constitutiva da *garantia real* da dívida do adquirente de imóvel residencial. Realmente, toda e qualquer lesão a direito individual não pode ser subtraída dessa apreciação e consequente julgamento, mas o controle jurisdicional atribuído constitucionalmente ao Poder Judiciário não está infringido a disposição legal que assegura esse modo de execução da hipoteca. Diversos argumentos são invocados em favor da constitucionalidade das disposições assecuratórias da cobrança extrajudicial das dívidas vinculadas ao sistema financeiro de habitação, mas, em resumo, arguem-se principalmente o seguinte:

- 1) não se impede, nem se proíbe o acesso à via judicial;
- 2) se há lesão de direito no caso, quem a sofre é o credor por efeito do inadimplemento do devedor; e, é a ele credor, que a lei faculta a escolha da via extrajudicial;
- 3) ao devedor não é defeso buscar a via judicial em qualquer fase da execução extrajudicial, não estando excluída, por conseguinte a cognição pelo Poder Judiciário;
- 4) há exemplos na legislação nacional de execução ou cobrança por via extrajudicial (no penhor, na alienação fiduciária em garantia, na falência) sem que jamais se houvesse arguido a inconstitucionalidade das disposições que as autorizam;
- 5) a própria lei (Decreto-Lei 70/66), prevê o controle jurisdicional (art. 37), ainda que a posteriori, exigindo carta de arrematação na venda por leiloeiro que, transcrita no registro de imóveis, possibilita ao adquirente imitir-se, através de concessão liminar, na posse do bem;
- 6) por último, responsabiliza o agente fiduciário que, mediante comprovada má-fé, alienar imóvel pela via extrajudicial”

Independentemente das divergências doutrinárias a respeito da matéria, a jurisprudência desta SUPREMA CORTE firmou-se no sentido de que o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-Lei 70/66 fora devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, conforme muito bem destacado pelos eminentes Ministros DIAS TOFFOLI, RICARDO LEWANDOWSKI e GILMAR MENDES, que divergiram do ilustre relator, Min. MARCO AURÉLIO.

Em seu voto, o qual acompanho integralmente, o ilustre Ministro DIAS TOFFOLI faz referência à sua posição como relator no julgamento do RE 627.106/PR-RG, Tema 249 da repercussão geral, cujo julgamento encontra-se pendente de conclusão. O eminente Ministro cita diversos precedentes do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no sentido de que as normas ora

impugnadas (artigo 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66) foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 e ressalta que muitos Tribunais pátios, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, adotaram o mesmo entendimento a respeito da matéria, considerando desarrazoada a mudança do entendimento jurisprudencial adotado após tantos anos de sua consolidação no âmbito desta Suprema Corte.

Efetivamente, desde o clássico julgamento do RE 223.075/DF, relatado pelo ilustre Ministro ILMAR GALVÃO, em 6 de novembro de 1998, reconheceu-se a compatibilidade do procedimento de execução extrajudicial pelo credor hipotecário previsto no Decreto-Lei 70/66 com a Constituição Federal de 1988. A propósito veja-se a ementa do referido julgado:

“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” (RE 223.075/DF, Rel. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ de 06/11/1998)

Verifica-se, portanto, que há mais de vinte anos esta SUPREMA CORTE descartou a alegada ofensa aos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório pelo procedimento de execução extrajudicial previsto nos artigos 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66, ora impugnados, tendo em vista que não se trata de autotutela, mas de procedimento executivo sumário devidamente previsto e regulamentado por lei e de caráter facultativo ao credor, que pode optar pela execução judicial ou extrajudicial.

Destacou-se, no referido julgamento, que a apreciação da lide pelo Poder Judiciário e a defesa do executado não foram suprimidas, uma vez que há previsão expressa de controle judicial antes da perda da posse do imóvel pelo devedor, bem como nada obsta que eventual irregularidade perpetrada no curso do procedimento extrajudicial seja, desde logo, reprimida pelos meios processuais próprios.

No entanto, ao negar provimento ao presente recurso extraordinário e manter acórdão que reconhece a inconstitucionalidade do disposto nos artigos 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66, o eminentíssimo relator, Ministro MARCO AURÉLIO, propõe efetiva superação do entendimento já pacificado há mais de vinte anos no âmbito desta SUPREMA CORTE.

Neste contexto, oportuno citar os ensinamentos do professor Daniel Amorim Assumpção Neves a respeito da superação jurisprudencial de acordo com o atual Código de Processo Civil:

“ Essa superação , portanto, chamada de overruling no direito norte-americano, deve ser realizada com extremo cuidado, ponderação e o mais importante, raramente . Se o art. 926 do Novo CPC exige uma jurisprudência íntegra, coerente e estável, é natural se compreender que a superação do precedente deva ocorrer com parcimônia, em situações excepcionais . Se o sistema de precedentes e súmulas com eficácia vinculante não deve engessar o direito, por outro lado não existe sistema de precedentes e súmulas com eficácia vinculante sem segurança jurídica e estabilidade.

56.10.2. MOTIVOS PARA SUPERAÇÃO

Apesar de o art. 927, § 4º, do Novo CPC exigir que a fundamentação da superação considere os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, não há no novo diploma legal qualquer regra a respeito das motivações que justificam a superação do entendimento sumulado ou consagrado em precedente obrigatório.

Registre-se que no art. 521, § 7º, do Projeto de lei de Novo CPC aprovado na Câmara havia expressa menção à superação diante de superveniente realidade econômica, política, econômica ou social ou de revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese o precedente. Não obstante a inexistência de tal regra no Novo Código, parece incontestável que tais circunstâncias autorizam a superação do entendimento fixado em súmula ou precedente²⁹⁰.

Também parece ser tranquilo o entendimento de que o precedente ou súmula podem ser superados diante de mudança legislativa que com suas razões conflite²⁹¹.” (grifo nosso)

Embora se refira especificamente a precedentes vinculantes, o que não é o caso dos autos, entendo que tal entendimento deve ser adotado para superação de qualquer entendimento jurisprudencial já consolidado e reiterado ao longo do tempo, como na presente hipótese.

É certo que a jurisprudência não deve se tornar rígida e engessada, devendo adequar-se ao contexto normativo e social em que se insere. No entanto, tampouco pode ser alterada sem uma forte razão, sob pena de ferir diretamente a segurança jurídica, a confiança e estabilidade da própria jurisdição.

Assim, como muito bem destacado pelo referido doutrinador, para a superação de precedentes, faz-se necessário alteração superveniente da realidade econômica, política, ou social ou, ainda, revogação ou modificação da norma em que se fundou a jurisprudência a ser superada.

Ora, Senhor Presidente, na hipótese dos autos, debatemos se foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 dispositivos do Decreto-Lei 70, de 21 de novembro de 1966, cuja última alteração foi dada pela Lei 8.004, de 14 de março de 1990.

Assim, considerando que a questão já se encontrava pacificada no âmbito desta SUPREMA CORTE deste 1998, conforme julgado citado alhures, e que não ocorreram alterações nos dispositivos constitucionais ora em debate e tampouco na legislação impugnada (artigos 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66), bem assim mantém-se o mesmo contexto socioeconômico que envolve o procedimento de execução extrajudicial, entendo que a orientação desta SUPREMA CORTE há muito já existente a respeito da matéria deve ser mantida, sob pena de afronta à segurança jurídica, colocando em risco a estabilidade do Sistema Financeiro de Habitação - SFH.

Por fim, considerando que o Tribunal de origem, em sede de apelação, limitou-se a reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos ora impugnados para julgar a procedência do pedido, faz-se indispensável o retorno dos autos àquela instância, para que, uma vez reafirmada a constitucionalidade dos artigos 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70 /66 por esta SUPREMA CORTE, analise os demais argumentos das partes, considerando o acervo fático-probatório constante dos autos, quanto à eventuais prejuízos à ampla defesa e ao contraditório do executado no caso concreto.

Por todo exposto, com as devidas vências ao ilustre relator, Ministro MARCO AURÉLIO, acompanho o voto divergente do emitente Ministro DIAS TOFFOLI pelo provimento do recurso extraordinário, para reafirmar a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto nos artigos 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66, com a remessa dos autos ao Juízo de origem para análise de eventuais irregularidades no procedimento ora impugnado, à luz dos fatos e provas apresentados pelas partes.

É o voto.