

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A recorrente insurge-se contra acórdão mediante o qual a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região proclamou recepcionado, pela Constituição Federal de 1988, o Decreto-Lei nº 70/1966. Eis a ementa:

“FINANCIAMENTO HABITACIONAL. REVISÃO CONTRATUAL. CONJUNTO PROBATÓRIO. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. IRREGULARIDADES. NÃO COMPROVADAS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. 1. Inovações recursais. Recuso não-conhecido em parte. 2. Conjunto probatório frágil e inconsistente quanto às teses, arroladas pela parte demandante, na petição recursal. 3. Não-demonstrada prática abusiva em relação ao sistema de amortização que foi adotado, às taxas de juros e aos indexadores do saldo devedor. 4. Não-verificada irregularidade em relação ao processo de execução extrajudicial, recepcionado pelo ordenamento constitucional. Inteligência do Decreto-Lei nº 70, de 21/11/1966. 5. Mantida condenação em ônus sucumbenciais, fixada na forma do contido no art. 20 do Código de Processo Civil.” (fl. 375.)

O Relator, ministro Dias Toffoli, votou pelo desprovimento do recurso extraordinário, fazendo ver a higidez das disposições do Decreto-Lei nº 70 /1966 a versarem execução extrajudicial.

Divirjo. Faço-o forte no que exteriorizei no julgamento, em Sessão Plenária, do recurso extraordinário nº 556.520, de minha relatoria. Concluí no sentido da ilegitimidade da execução privada contemplada no preceito questionado, em atenção ao primado da Justiça, reconhecendo a não recepção:

[...]

O Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, foi editado com base na norma inserta no artigo 31, parágrafo único, do Ato Institucional nº 23, de 20 de outubro de 1966. Potencializou-se certa política de habitação, consignando-se, no artigo 29, a possibilidade de, nas hipotecas, uma vez verificada a falta de pagamento de prestações, o credor vir a escolher entre a execução prevista no Código de Processo Civil, artigos 298 e 301, ou a execução direta, sem o crivo do Judiciário, disciplinada pelos artigos 31 a 38 do citado decreto-lei. Em

suma, deu-se ao credor a faculdade tanto de executar a dívida garantida por hipoteca na forma linear do então Código de Processo Civil, quando, contestada a ação, ter-se-ia o rito ordinário – artigo 301 do Código de 1939 –, quanto a de, sem receio da incidência do disposto no artigo 345 do Código Penal, vir a fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer a pretensão estampada na hipoteca e, portanto, de início, legítima. Evidentemente, tornou-se letra morta a previsão de adentrar-se o Judiciário mediante a execução forçada, então disciplinada nos artigos 298 e 301 do Código de Processo Civil. Nem mesmo o mais ingênuo devedor poderia pressupor que, contando com poder incomensurável, de execução direta, atribuído no artigo 29, viria algum credor hipotecário, beneficiário do Decreto-Lei nº 70/66, a preferir o processo normal de execução. A pergunta que se faz é única a previsão excepcional e, diria mesmo, extravagante do Decreto-Lei nº 70/66 – no que fez rememorar-se, na dicção de Araken de Assis, a fase mais primitiva do Direito Romano, quando ao credor era assegurado apossar-se da pessoa do devedor – coaduna-se com a Carta de 1988?

Muitas são as causas do inadimplemento daqueles que adquirem a residência própria, estando várias na ambiguidade dos diversos planos econômicos que foram implantados nesses últimos vinte e cinco anos, isso considerada a atualização das prestações. O princípio da razoabilidade é conducente a concluir-se que ninguém deixa de pagar prestação do próprio teto e da respectiva família sem uma causa ponderável. De qualquer modo, nem mesmo a relapsia seria suficiente a chegar-se à execução privada contemplada, em relação a certa casta de credores, no Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, como se a regra constitucional que impossibilita seja alguém privado da liberdade ou de seus bens sem um devido processo legal – inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal – não fosse aplicada a todos, indistintamente, pouco importando a natureza do contrato gerador da aquisição do bem. Sim, por mandamento constitucional, a perda de um bem há de respeitar o devido processo legal e, aí, conjugando-se regras, tomando-se de empréstimo o sistema da Carta de 1988, revelador da existência de um Estado Democrático de Direito, a noção inerente ao devido processo remete, necessariamente – já que ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos –, ao Judiciário. Atente-se para a melhor doutrina e, em especial, para as lições, sempre oportunas, de Ada Pellegrini Grinover, no que se debruçou sobre o Decreto-Lei nº 70/66 e a Lei nº 5.741/71. Eis como equacionou o tema:

Referidos diplomas legais permitem que a execução das operações ligadas ao mútuos para aquisição de casa própria se faça mediante

procedimento administrativo sumário, instaurado por simples solicitação do credor ao agente fiduciário, sem possibilidade de defesa, sem contraditório, sem fase de conhecimento, ainda que incidental (...) o agente fiduciário pode ser o próprio credor (...) Nessa hipótese, concentram-se nas mãos da mesma entidade a legitimação para a execução e à competência legal para os atos executivos (...) o controle jurisdicional é insuficiente porquanto a lide se circunscreve tão-só à verificação do preenchimento das formalidades legais, ficando a matéria restrita ao âmbito angusto da discussão sobre a posse (...) A verdade é que a malsinada execução extrajudicial consagra uma forma de autotutela, repudiada pelo Estado de Direito (...) infringe o princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judiciária e fere os institutos da unidade da jurisdição e da atribuição da função jurisdicional ao juiz constitucional; além de violar 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 (*Novas Tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Forense, 1990, página 200).

Também Luiz Guilherme Marinoni revela o descompasso do Decreto-Lei nº 70/66 com os novos ares constitucionais, salientando que, segundo a norma extravagante, “somente é possível o pedido de purgação de mora, sendo inviável o exercício da defesa, já que purgar, como é cediço, não é defender...”. E, então, ressalta:

Não cabe, evidentemente, o argumento de que o devedor, após o leilão, pode levar ao Poder Judiciário suas eventuais objeções (...) a própria Constituição veda ao legislador processual construir um procedimento que só permita a cognição das objeções, através de ação inversa, após o leilão do bem dado em garantia (*Efetividade do processo e tutela de urgência*, Porto Alegre, Editora Sérgio Antonio Fabris, 1994, página 71).

No mesmo sentido, concluiu o Defensor Público do Rio de Janeiro Paulo Cesar Ribeiro Galiez, em artigo publicado sob o título “A Farsa Jurídica e a Inconstitucionalidade da Execução Extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação” – Revista de Direito da Defensoria Pública nº 8, página 215. Após ressaltar que o Decreto-Lei nº 70/66 e a Lei nº 5.741/71 foram editados durante a “ditadura militar empresarial” que dominara o País no período de 1964 a 1985, o autor

disse da inversão da ordem natural das coisas, no que prevista, em primeiro lugar, a arrematação do imóvel, para que, somente após, tendo em conta a imissão de posse, adentre o credor o Judiciário.

O tema não é inusitado no âmbito do Judiciário, haja vista a circunstância de um órgão especial do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul haver concluído pela inconstitucionalidade dos artigos 29, cabeça, 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70/66, sendo que o Tribunal de Alçada Cível editou o Verbete de Súmula nº 39, no sentido de que “são inconstitucionais os artigos 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70, de 21 de novembro de 1966”. Frise-se, mais uma vez, a exceção contemplada no citado decreto e contrária a um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Com este é incompatível a perda de bem sem um devido processo legal. Ora, como já referido, consideradas lições doutrinárias, não se pode ter como observado o devido processo legal, embora administrativo, quando a norma de regência revela a única possibilidade com a qual passa a contar uma das partes, ou seja, de purgar a mora, não cabendo discussão outra, própria ao processo de conhecimento, como é a agasalhada pela execução de título extrajudicial, uma vez ocorrida a impugnação pelo devedor. Segundo as normas do decreto, inexistindo a purgação da mora, passa o credor a estar “de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar, no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado” (artigo 32), seguindo-se, sob clima da mais absoluta automaticidade, providências que acabam por alcançar o direito de propriedade, perdendo o devedor, sem possibilidade de defender-se, o bem que, até então, integrava-lhe o patrimônio. Realmente, à luz do famigerado Decreto-Lei nº 70/66, somente cabe adentrar ao Judiciário para discutir aspectos formais, ficando Jungida a posse não à arrematação e ao registro da carta respectiva no cartório de imóveis, mas a requerimento judicial.

Esta-se diante de regência, sob todos os ângulos, incompatível com a 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. O Decreto-Lei nº 70/66 é resquício do autoritarismo da época; do esvaziamento do Judiciário como uma garantia do cidadão; do tratamento diferenciado, a beneficiar, justamente, a parte mais forte na relação jurídica, ou seja, a parte credora.

Entendo que o Decreto-Lei nº 70/66, na parte viabilizadora da execução privada – segunda parte do artigo 29 e artigos 31 a 38 -, não foi recepcionado pela Carta da República.

[...]

Provejo o recurso extraordinário, para, reformando o acórdão impugnado, assentar a ilegitimidade da execução extrajudicial de imóvel objeto de dívida hipotecária, considerado o Decreto-Lei nº 70/1966.

Vencedor o enfoque, eis a tese: “O Decreto-Lei nº 70/1966, no que viabilizada a execução privada – segunda parte do artigo 29, artigos 31 a 38 –, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.”

Plenário Virtual - minuta de voto - 07/04/2019:22