

AÇÃO ANULATÓRIA - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - SFH - DL 70/66 - CONSTITUCIONALIDADE - DEVEDOR - NOTIFICAÇÃO - AUSÊNCIA - NULIDADE DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Ementa: Anulatória. Execução extrajudicial. DL 70/66. Constitucionalidade. Falta de notificação do devedor. Nulidade.

- Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, o Decreto-lei 70/66 foi recepcionado pela Constituição Federal; contudo, suas determinações devem ser estritamente observadas para a validade do leilão extrajudicial.

- A falta da notificação prevista no § 1º do art. 31 do Decreto-lei 70/66 acarreta a nulidade da execução extrajudicial.

Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0024.04.333676-7/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Edmilson Tavares de Souza - Apelados: Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. - BDMG, Estado de Minas Gerais - Relator: Des. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2007. -
Audebert Delage - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Audebert Delage - Trata-se de apelação interposta por Edmilson Tavares de Souza em face da sentença de f. 403/406, que, nos autos de ação anulatória proposta contra o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais - BDMG e o Estado de Minas Gerais, após extinguir o processo em relação ao BDMG, nos termos do art. 267, VI, do CPC, julgou improcedente o pedido inicial, condenando ainda o apelante nos ônus sucumbenciais, suspensa a exigibilidade da verba em virtude da assistência judiciária deferida.

Noticiam os autos que o apelante aforou ação anulatória relatando ser mutuário do Sistema Financeiro de Habitação - SFH e que, em face dos reajustes elevados, tornou-se inadimplente, sendo que o imóvel foi levado a leilão extrajudicial, nos moldes do Decreto-lei 70/66. Busca a declaração de nulidade do referido leilão.

Nas razões recursais de f. 409/437, o apelante preliminarmente aponta a legitimidade do BDMG para figurar no pólo passivo da lide, a nulidade do processo diante da inexistência de audiência de conciliação, bem como diante da ocorrência de cerceamento de defesa em face da ausência de dilação probatória no tocante à regularidade do leilão judicial, além da ausência de oportunidade para a apresentação de memoriais. Quanto ao mérito alega que não foi intimado a tempo e modo do leilão extrajudicial, não bastando a ciência de sua esposa, argumentando ainda que a eleição do

agente fiduciário foi unilateral, em ofensa à norma do art. 30 do DL 70/66. Além disso, assevera que não há nos autos prova de que teriam sido entregues os dois avisos de débito, nos termos do art. 31, inciso IV, do DL 70/66. Aponta ainda a inconstitucionalidade do Decreto-lei 70/66, ante a impossibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório e também pela limitação da apreciação da matéria pelo Judiciário, que, nos moldes preconizados, só poderá apreciar a matéria depois de efetivada a transcrição no Registro de Imóveis da carta de arrematação. Aponta ainda a impossibilidade de discussão acerca da formação, certeza e liquidez do débito. Assevera ainda que, *in casu*, sequer as determinações do Decreto-lei 70/66 foram observadas, já que a eleição do agente fiduciário foi feita de forma unilateral, em afronta às disposições do art. 30, § 2º, do DL 70/66, tendo o Estado de Minas Gerais apresentado documentos sem qualquer comprovação quanto à autenticidade. Informa que nenhuma das duas cartas de cobrança foi enviada, conforme determinado pelo art. 31, inciso IV, do DL 70/66, e que não houve notificação pessoal do mutuário de que o imóvel iria ser praceado. Alega ainda que os editais foram publicados de maneira irregular, não respeitando o prazo e modo. Também não reconhece como líquido, certo e exigível o débito objeto da execução, pois não fora respeitada a periodicidade e equidade com que foi reajustado seu salário. Bate-se ao final pela nulidade parcial do feito, a nulidade do leilão ou a iliquidez do contrato de financiamento.

Como relatório adoto ainda o da r. decisão, acrescentando que as contra-razões foram devidamente apresentadas.

A douta Procuradoria de Justiça com vista dos autos manifestou-se pela desnecessidade de intervenção no feito.

Conheço do recurso, pois que preenchidos seus pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, improcedente a tese dos apelantes de ser o BDMG parte legítima para figurar no pólo passivo da ação.

De fato, o contrato em discussão foi celebrado entre os autores e o Banco do Estado de Minas Gerais S.A. - Bemge. Com a privatização deste último, o Estado de Minas Gerais foi sub-rogado em todos os direitos e, em passo seguinte, por força do Decreto 39.819/98, foi lhe estendida a gestão dos títulos cedidos.

Tal convenção apenas visou a administração dos títulos, não foi o BDMG contemplado com a outorga da titularidade do negócio, o que, por certo, não sinaliza para qualquer hipótese de legitimidade passiva daquela entidade financeira na presente discussão.

Assim, rejeito a preliminar.

Alega ainda o recorrente, em preliminar, a nulidade parcial do feito diante da ausência de designação da audiência de conciliação, nos termos do art. 331 do CPC.

Tenho que não merece prosperar a tese, pois que, conforme vem reiteradamente decidindo a jurisprudência, a não-realização da referida audiência, por si só, não gera a nulidade do processo, porquanto às partes é permitido transacionar a qualquer tempo, mesmo após a prolação da sentença.

Além disso, não restou demonstrada a ocorrência de qualquer prejuízo capaz de ensejar a nulidade do feito, pois que, caso fosse intento do apelante transacionar por fim à demanda, poderia fazê-lo independentemente da realização do referido ato.

Nesse sentido a jurisprudência:

Recurso especial. Processual civil. Servidor estadual aposentado. Ação ordinária. Audiência de conciliação inexistente. Art. 331 do CPC. Violação não caracterizada. - Conforme entendimento desta Corte, a norma do dispositivo supracitado tem como objetivo dar maior agilidade ao processo, mas, em verdade, as partes podem transigir a qualquer momento. Assim, a não-realização da audiência de conciliação não deve importar em nulidade do processo, o que só acarretaria prejuízos, de toda a sorte, para ambas as partes. Violação não caracterizada. Recurso desprovido (STJ, Quinta Turma, REsp 252400/AM, Relator: Min. José Arnaldo da

Fonseca, j. em 13.09.2000, *DJ* de 23.10.2000, p. 166).

Audiência de conciliação. Apresentação do rol de testemunhas. Nulidade. - Não importa nulidade do processo a não-realização da audiência de conciliação, uma vez que a norma contida no art. 331 do CPC visa a dar maior agilidade ao processo, e as partes podem transigir a qualquer momento... (STJ, Terceira Turma, Relator: Min. Eduardo Ribeiro, REsp 242322/SP, j. em 21.02.2000, *DJ* de 15.05.2000, p. 161).

Assim, rejeito a preliminar.

Aponta o apelante a ocorrência de cerceamento de defesa diante da ausência de oportunidade de dilação probatória no tocante ao leilão extrajudicial.

A meu sentir, o cerceamento de defesa apontado não merece acolhida.

Ocorre que, instado a dizer, de forma justificada, as provas que pretendia produzir, o apelante foi expresso ao requerer a produção da prova pericial, conforme se vê à f. 365.

Além disso, à f. 399 expressamente admitiu:

Destarte, o autor entende que a prova pericial produzida é prova de iliquidez do débito ao momento da execução extrajudicial, não sendo necessária produção de quaisquer outras provas...

Assim, nenhuma nulidade contamina a instrução do feito. O apelante expressamente manifestou a suficiência da prova pericial produzida, dispensando a produção de qualquer outra espécie probatória.

Dessa forma, não há que se falar em ocorrência de cerceamento de defesa.

Preliminar rejeitada.

Ainda em sede preliminar, aponta o apelante a ocorrência de cerceamento de defesa, ante a ausência de oportunidade para a apresentação de alegações finais pelas partes. Igualmente não trouxe a parte a demonstração de qualquer prejuízo diante da não-apresenta-

ção do memorial, não se observando no feito qualquer ofensa ao contraditório.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal:

Quando nada se acrescentar ao processo que exija a realização dos debates finais antes da sentença e tendo sido respeitado amplamente o contraditório no decorrer do feito, não há que se falar em cerceamento de defesa pela ausência de apresentação de memorial, ante a falta de demonstração de qualquer prejuízo às partes interessadas, que pudesse conduzir à nulidade da sentença. Ocorrendo a alienação de bem do devedor ao tempo em que contra o mesmo havia sido ajuizada execução, capaz de reduzi-lo à insolvência, caracterizada está a fraude à execução, independentemente de se perquirir acerca da boa ou má-fé do adquirente (Apelação Cível nº 0314674-5/2000, Rel. Des. Edilson Fernandes, j. em 23.08.2000, unânime).

Nulidade - Prejuízo - Ausência. - Não se decreta nulidade decorrente de falta de vista para alegações finais se a parte interessada não alega nem demonstra prejuízo (Apelação Cível nº 284221-3, Rel.^a Des.^a Vanessa Verdolim Andrade, j. em 15.06.1999, unânime).

Assim, rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito.

Inicialmente, consigno que, ao contrário das lançadas no apelo, tem-se que a execução extrajudicial prevista no Decreto-lei 70/66 foi recepcionada pela CF 88, uma vez que todas as suas fases podem ser apreciadas pelo Judiciário, não havendo que se falar em quebra dos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que é facultada à parte a arguição judicial de todas as etapas do procedimento extrajudicial.

O STF também já se manifestou acerca da constitucionalidade do referido decreto:

Ementa: Execução extrajudicial. Decreto-lei 70/66. Constitucionalidade. - Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, visto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a *posteri-*

riori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido (STF, 1ª Turma, RE 223.075-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 23.06.1998).

Contudo, verifico que o procedimento extrajudicial adotado pelo apelado se encontra eviado de irregularidades.

Inicialmente, saliento que o art. 29 do Decreto-lei 70/66 assegura ao agente financeiro e credor, em caso de inadimplência do devedor, duas opções: executar o débito na forma do Código de Processo Civil ou na forma nele prevista, podendo, ainda, utilizar-se do procedimento especial previsto na Lei 5.741/71.

Caso adote a execução extrajudicial, o devedor deverá ser notificado para o pagamento do débito, o qual, não ocorrendo, autoriza o credor a publicar os editais de leilão do imóvel hipotecado. A sistemática consagrada no art. 31 do Decreto-lei 70/66 dá conta de que a notificação dos devedores deve ser pessoal, por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos. Apenas na hipótese de o devedor encontrar-se em lugar incerto ou não sabido é que estará o agente fiduciário autorizado a promover a notificação por edital e, nesse caso, mister haja certidão do oficial detalhando essa circunstância. A simples ocultação do devedor não dá direito à notificação via edital, sendo imprescindível para tanto o total desconhecimento do paradeiro do credor, sob pena de nulidade do ato, e, conseqüentemente, do leilão porventura realizado.

In casu, não existem provas de que tenha sido tentada a notificação pessoal do devedor, antes da realização do leilão, para eventual purgação de mora, de acordo com a exigência prevista no § 1º do art. 31 do Decreto-lei 70/66, *in verbis*:

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:

(...)

§ 1º Recebida a solicitação da execução da dívida, o agente fiduciário, nos dez dias subsequentes, 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.

§ 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 noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

Diante de tal alegação, cabia ao apelado, nos termos do inciso II do art. 333 do CPC, a prova da possível notificação. Mas tal providência não foi demonstrada, sendo trazidos aos autos apenas os editais e a carta de ciência referentes à realização do leilão.

Tal formalidade é essencial e sua inobservância acarreta a nulidade da execução extrajudicial.

Nesse sentido:

Ação anulatória de leilão extrajudicial. Cautelar. Decreto-Lei 70/66. Impugnação

específica. Artigo 302 do CPC. Ausência. Efeitos.

- (...)

- Impõe-se a declaração de nulidade do leilão extrajudicial de imóvel hipotecado, se não verificado o cumprimento dos exatos e precisos termos do procedimento inscrito no Decreto-lei 70/66, especialmente em seus arts. 31 e seguintes (1ª CC TAMG, AC nº 339.774-6, Rel. Juiz Silas Vieira, j. em 28.06.2001).

Ante tais considerações, dou provimento ao recurso, para julgar procedente o pedido inicial e decretar a nulidade da execução extrajudicial, bem como dos efeitos dela decorrentes.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Moreira Diniz e Dárcio Lopardi Mendes*.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO.

-:-