



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
Curso de Especialização em Direito Processual Civil
Convênio UFPR – FUNPAR – INCIJUR

ADAUTO JOSÉ SILVA FILHO

REVOGAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS
ESTABELECIDOS NO DECRETO-LEI 70/66,
QUE DISCIPLINAM A EXECUÇÃO
EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS
HIPOTECÁRIOS

Trabalho final apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil oferecido em Joinville pelo Departamento de Direito Civil e Processual Civil, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Alcides Munhoz da Cunha

JOINVILLE

2001

REVOGAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS, ESTABELECIDOS NO DECRETO-LEI 70/66, QUE DISCIPLINAM A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS HIPOTECÁRIOS

“Numa época em que reina a confusão/Em que o arbítrio tem força de lei/Em que a humanidade se desumaniza/Não diga nunca: isso é natural/A fim de que nada possa ser imutável.”. (BERTOLT BRECHT)

Sumário: 1 – Delimitação do tema. 2 – Procedimento da execução extrajudicial. 3 – Incompatibilidade dos dispositivos legais que disciplinam a execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei 70/66 com a CF do 1988. 4 – Desrespeito ao princípio constitucional da igualdade. 5 – Desrespeito ao princípio constitucional do devido processo legal. 6 – Violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 7 – Conclusão. 8 – Bibliografia.

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA

O presente trabalho tem por objeto a análise, ainda que não exaustiva, da compatibilidade ou não dos dispositivos do Decreto-Lei 70, de 21 de novembro de 1966, com diversos princípios constitucionais estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Referidos dispositivos regulam a execução extrajudicial dos créditos hipotecários relacionados com o Sistema Financeiro da Habitação.

A dificuldade de efetivação da tutela executiva, já existente na década de 60, a grande procura de imóveis destinados à casa própria e o autoritarismo político vigente nos

idos de 1966, foram fatores decisivos para a criação das regras legislativas destinadas à execução extrajudicial dos créditos hipotecários vinculados ao SFH.

O Decreto-Lei 70/66 foi o instrumento legislativo engendrado para possibilitar aos agentes financeiros a rápida recuperação de seus créditos, em detrimento de diversas garantias constitucionais outorgadas aos adquirentes da casa própria. Com apoio legal, os bancos e outras sociedades de crédito imobiliário, legitimados a operarem no âmbito do SFH, passaram a expropriar, sem o crivo do Poder Judiciário, os imóveis dos seus devedores hipotecários.

Neste estudo, se verificará a compatibilidade ou não dos dispositivos do Decreto-Lei 70/66, que estabeleceram a possibilidade de execução extrajudicial das hipotecas vinculadas ao SFH. Para tanto, serão analisados, tão somente, quatro princípios constitucionais que, de forma mais intensa, influenciam o processo civil: (a) princípio da igualdade; (b) devido processo legal; (c) ampla defesa e (d) contraditório. Com certeza, uma interpretação sistemática das normas constitucionais, poderá revelar o desrespeito a outros princípios e normas constitucionais. Tendo em vista os limites do presente trabalho, no entanto, nos basta o confronto das normas disciplinadoras da execução extrajudicial com os princípios constitucionais acima mencionados.

O procedimento da execução extrajudicial das hipotecas vinculadas ao SFH, é regulado, também, pela Resolução de Diretoria 08, de 18 de fevereiro de 1970, do extinto BNH. O presente trabalho, no entanto, não tem por objeto o estudo das infrações, cometidas pelas instituições financeiras e seus agentes fiduciários, às regras legais que disciplinam a execução extrajudicial, mas sim o confronto destas com diversos dispositivos constitucionais.

2. PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

O Decreto-Lei 70/66, a partir do seu art. 29, estabelece o procedimento para a execução extrajudicial das hipotecas vinculadas ao SFH. Além destes dispositivos legais, conforme já mencionado no item anterior, o referido procedimento executacional é regulado pela Resolução de Diretoria 08, de 18 de fevereiro de 1970, do extinto BNH.

Vencidas e não pagas três ou mais prestações do financiamento (art. 21, da Lei 8.004, de 14 de março de 1990), pode o agente financeiro dar início ao procedimento para a satisfação de seu crédito. A execução extrajudicial dos financiamentos hipotecários, regulada pelo Decreto-Lei 70/66, é realizada por agente fiduciário, regularmente credenciado pelo Banco Central, que deve ser consensualmente escolhido pelas partes.¹

Para dar início ao procedimento executivo, deve o credor hipotecário formalizar ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida – SED – e instruí-la com cópia do título da dívida – contrato de financiamento hipotecário – devidamente registrado, discriminação dos valores referentes a prestações e encargos em aberto, demonstrativo detalhado do saldo devedor e a cópia dos avisos reclamando o pagamento do débito (art. 31, *caput*, e incisos, do Decreto-Lei 70/66).

De posse da SED, o agente fiduciário deve, nos 10 dias subseqüentes, promover a notificação do devedor, por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, para que, no prazo de 20 dias, purgue a mora (art. 31, § 1º, do Decreto-Lei 70/66).

Não havendo a purgação da mora, o agente fiduciário publicará editais e realizará, no decurso dos 15 dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel (art. 32, *caput*, do Decreto-Lei 70/66). Se, neste leilão, o maior lance for inferior ao saldo devedor do contrato, acrescido dos valores referentes a débitos com a fazenda pública e companhias de seguro habitacional, além das despesas efetuadas para a realização da praça, será realizado, nos 15 dias subseqüentes, o segundo leilão, no qual será aceito o maior lance (art. 32, § 2º, primeira parte, do Decreto-Lei 70/66). Se, no segundo leilão, houver quantia remanescente, esta poderá ser exigida pelo credor hipotecário através da via executiva (art. 32, § 2º, 2ª parte, do Decreto-Lei 70/66).

Do que acima ficou dito, dois aspectos se destacam. De acordo com a normativa legal, o devedor hipotecário é notificado para, dentro do prazo estabelecido, purgar

¹ Na prática, o que ocorre, é a inserção de cláusula nos contratos de financiamento, autorizando o credor hipotecário a escolher, dentre as instituições credenciadas pelo BACEN, aquela que melhor lhe aprouver. A abusividade desta cláusula, segundo pensamos, é evidente.

a mora, ou seja, quitar o débito. Não lhe é possível deduzir qualquer espécie de irrisignação contra o valor da dívida unilateralmente estabelecido pelo credor hipotecário². Além disso, também de acordo com a disciplina legal estabelecida pelo Decreto-Lei 70/66, havendo saldo não coberto pelo valor de venda do imóvel, é possibilitado ao credor a propositura de ação de execução para se pagar³.

Realizada a venda, será emitida a carta de arrematação ou adjudicação que servirá para registro no Registro Geral de Imóveis (art. 37, *caput*, do Decreto-Lei 70/99). Após o registro da carta de arrematação, o adquirente pode ingressar com ação de imissão de posse. Nesta ação o devedor tem 48 horas para alegar e provar que resgatou ou consignou judicialmente o valor do débito, antes do primeiro ou do segundo público leilão, sob pena da concessão liminar da imissão na posse do imóvel (art. 37, § 3º, do Decreto-Lei 70/66).

Conforme facilmente se nota do resumo procedimental acima realizado, o Decreto-Lei 70/66 estabelece dispositivos extremamente gravosos para o devedor hipotecário. Referidos dispositivos legais, estabelecidos no exclusivo interesse dos agentes financeiros que atuam no mercado imobiliário, não se coadunam, conforme a seguir se sustentará, com diversas garantias individuais estabelecidas na carta constitucional de 1988.

3. INCOMPATIBILIDADE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE DISCIPLINAM A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL PREVISTA NO DECRETO-LEI 70/66 COM A CF DE 1988

O estabelecimento de uma nova ordem constitucional não faz cessar, automaticamente, a vigência da legislação ordinária anterior. Esta, ainda que com novo fundamento de validade, continua a regular as relações jurídicas estabelecidas na sociedade.

² Esclareça-se que não é possível a discussão no próprio procedimento executacional. Isto não que dizer, por óbvio, que o devedor não possa, de imediato, ingressar em juízo para fazer valer suas razões.

³ É necessário observar que, de acordo com os princípios que regem o SFH, todos os créditos nele utilizados têm a destinação específica de facilitar a compra da casa própria. Esta é a finalidade inequívoca dos financiamentos do SFH. Não se compreende, portanto, como possa o mutuário perder o imóvel e, ainda assim, estar sujeito à execução de eventual saldo. Por óbvio, se esta disciplina legislativa for aplicada, haverá um grave desvirtuamento dos objetivos do sistema.

Somente quando estiverem em dissonância com a nova ordem constitucional, os diplomas legislativos anteriores não podem mais ser aplicados em decorrência de sua não recepção.⁴

Quando ocorre conflito entre norma infraconstitucional anterior e Constituição posterior este se resolve com a revogação do diploma legislativo precedente contrário à norma constitucional. Não se trata, portanto, da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo anterior à nova ordem constitucional – posto ser este juízo privativo das normas editadas após a promulgação da Carta Magna –, mas sim a declaração de sua revogação por ser contrário às normas e princípios constitucionais.⁵

Neste sentido, ensina RONALDO POLETTI:

*“As normas legais anteriores a qualquer outra de hierarquia constitucional não merecem havidas por inconstitucional, e, sim, como revogadas pela regra posterior de natureza constitucional. A norma revogada por outra de natureza constitucional é norma desfeita, e não regra contrariante da Carta Política. Assim tem decidido o Supremo Tribunal. Não há que cogitar de inconstitucionalidade, mas sim, e se for o caso, de revogação, matéria estranha à representação de inconstitucionalidade.”*⁶

Da mesma forma entende OSWALDO LUIZ PALU:

“Entre nós, como se disse, não se admite a tese da inconstitucionalidade superveniente. As normas inferiores, anteriores e incompatíveis estão revogadas. Não cabe a ação direta de inconstitucionalidade para a declaração, os efeitos são da revogação comum e não há a necessidade de

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 16ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 115.

⁵ Sustentando, de acordo com votos vencidos do STF, a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade incidir sobre normas anteriores à Constituição, ver Clèmerson Merlin Clève, A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 219/224.

⁶ POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 164/165.

*quorum especial (art. 97 da Constituição da República) para que seja reconhecida a revogação.”.*⁷

A respeito da questão, corroborando jurisprudência cinquentenária, pronunciou-se o STF:

*“A lei é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir a Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade do pedido.”.*⁸

Conforme já se disse no item 1, os dispositivos do Decreto-Lei 70/66 contrariam frontalmente, entre outros, os seguintes princípios constitucionais estabelecidos pela Carta Política de 1988: (a) princípio da igualdade; (b) devido processo legal; (c) ampla defesa e (d) contraditório. Assim, por ter a CF de 1988, legislado de forma contrária aos dispositivos do Decreto-Lei 70/66 que disciplinam a execução extrajudicial das hipotecas vinculadas ao SFH, tem-se que as normas engendradas por este último diploma legislativo estão revogadas implicitamente (art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil) não podendo mais ser aplicadas.

⁷ PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 72/73.

⁸ STF, Adin 02, Rel. Min. Paulo Brossard, julgada em 06.02.92, publicada no DJU em 12.02.92.

Não há dúvida que é absolutamente nula as execuções extrajudiciais, com a conseqüente perda de eficácia de todos os atos praticados em seu bojo, efetivadas com base no Decreto-Lei 70/66 pois-calcadas em ato normativo revogado pela Constituição de 1988, tendo em vista a flagrante incompatibilidade com diversos princípios constitucionais estabelecidos pela referida Carta Política.

A anulação dos atos executivos, realizados de acordo com o procedimento criado pelo Decreto-Lei 70/66, poderá ser pleiteada em ação anulatória, com pedido de tutela antecipada, para que fiquem suspensos os efeitos da carta de arrematação ou de adjudicação, mantendo-se o mutuário na posse do imóvel até julgamento final da ação. Além disso, caso já tenha ocorrido o desapossamento do imóvel, é possível requerer o retorno imediato do mutuário com a indenização dos danos morais e materiais por ventura suportados.

4. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

A República Federativa do Brasil, segundo expressamente está disposto no art. 1º da Constituição Federal de 1988 é um Estado Democrático de Direito, cuja existência depende da observância dos princípios da igualdade e da liberdade, vigas mestras da democracia moderna.

Seguindo os ensinamentos de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO ⁹ podemos verificar, inicialmente, a existência de dois âmbitos de atuação do princípio da isonomia. Em primeiro lugar, referido princípio determina a aplicação da lei de forma idêntica a todos que se encontram na mesma situação. Além disso, o princípio constitucional da isonomia, determina a criação de uma ordem jurídica igual para todos os cidadãos. Nesta última conotação, o princípio da igualdade dirige-se ao próprio órgão legiferante.

Na última dimensão acima mencionada, o princípio da isonomia determina, não propriamente, ou não tão somente, a elaboração de diplomas legislativos que tratem todos

de forma igual, mas sim, uma legislação que trate igualmente os iguais e de forma diversa os desiguais, na medida de suas desigualdades.

A respeito escreve JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO:

“Intui-se, com facilidade, não ser no sentido da igualdade formal que se consagra no artigo 13º/1 da CRP o princípio da igualdade. Exige-se uma igualdade material, devendo tratar-se por ‘igual o que é igual e desigualmente o que é desigual’. Todavia, nesta fórmula avulta também já a ideia de a igualdade material se reconduzir sempre a uma igualdade relacional, pois ela pressupõe uma relação tripolar (Podlech): o indivíduo a é igual ao indivíduo b, tendo em conta determinadas características. Um exemplo extraído da jurisprudência portuguesa: o indivíduo a (casado) é igual ao indivíduo b (solteiro) quanto ao acesso ao serviço militar da Marinha, desde que reúna as condições de admissão legal e regularmente exigidas (características C1, C2 e C3).”

Assim, portanto, o princípio da igualdade impõe o tratamento igual aos iguais e diferenciado aos desiguais, objetivando, com isso, alcançar a igualdade material entre todos os cidadãos. Desta forma, quando houver uma desigualdade fática entre determinadas categorias, a lei deve privilegiar a hipossuficiente em detrimento da hipersuficiente para, com isso, realizar a igualdade material. O Código de Defesa do Consumidor é um forte e recente exemplo de diploma legislativo que buscou a igualdade material de categorias distintas. Todo e qualquer ato normativo que se afastar das diretrizes fixadas pelo princípio da isonomia é incompatível com nossa ordem constitucional.

Conforme já se mencionou, o Decreto-Lei 70/66, nos seus artigos 29 e seguintes, criou o procedimento extrajudicial para a execução das hipotecas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação. Por este diploma legislativo, o credor hipotecário, parte hipersuficiente na relação jurídica travada com o mutuário, é privilegiado, na execução de seu

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra:

crédito, por um procedimento mais célere e sem as garantias do processo judicial.

Além de consubstanciar verdadeira institucionalização da violência, com a excussão dos bens do devedor sem a plenitude do direito potencial de defesa, o procedimento estabelecido pelo Decreto–Lei 70/66 fere o princípio constitucional da igualdade, posto que privilegia a parte mais forte na relação jurídica. Distancia-se, portanto, do objetivo visado pelo mencionado princípio, ao tratar de forma privilegiada as instituições financeiras, acirrando as desigualdades existentes.

É de se notar, por outro lado, que o procedimento execucional estabelecido pelo Decreto–Lei 70/66, não respeita, nem mesmo, a devida igualdade intraprocessual, ou seja, o estabelecimento de oportunidades iguais para as partes no bojo do próprio procedimento, posto que estabelece uma forma unilateral de expropriação do imóvel do devedor hipotecário.

A respeito da influência do princípio constitucional da igualdade na estruturação dos procedimentos judiciais, escreve ITALO AUGUSTO ANDOLINA:

“In virtù, infatti, del canone costituzionale dell’eguaglianza la struttura del processo civile, la disciplina dei suoi singoli atti, la distribuzione dei poteri e doveri processuali devono essere organizzati in guisa tale da assicurare (in linea di principio e salve le eccezioni e limitazioni costituzionalmente consentite) ‘il perfetto equilibrio delle parti’: la possibilità, cioè, per ciascuno dei destinatari del provvedimento giurisdizionale di partecipare al relativo procedimento formativo su un piano di reciproca e simmetrica parità e con la garanzia di ‘potere fare quello che fa l’altra parte per farsi ragione’.”¹⁰

Por não respeitar o princípio constitucional da isonomia, os dispositivos do Decreto–Lei 70/66 que versam sobre execução extrajudicial não podem mais subsistir em

Almedina, 1998, pp. 398/405.

¹⁰ ANDOLINA, Italo Augusto. “Il modello costituzionale del processo civile”. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 7, ano III, janeiro/março de 1998, p. 150.

nosso ordenamento jurídico, posto não terem sido recepcionados pela Constituição de 1988. Deste modo, também por esta razão, os arts. 30, parte final e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66, foram revogados pela Carta Política de 1988.

5. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio constitucional do devido processo legal, estampado no art. 5º, LIV, da CF/88, condiciona a perda de bens do cidadão a processo que tramite perante autoridade judiciária competente e que esteja de acordo com normas formais pré-estabelecidas. Referido princípio é um dos mais importantes insculpidos na ordem constitucional e dele se inferem outros que regem a processualística infraconstitucional.

Estabelece o art. 5º, LIV, da CF:

*“Art. 5º
LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”.*

Quem se debruçar sobre a interpretação da garantia constitucional do devido processo legal deve ter em mente que ao acolher expressamente referido princípio, a Carta Política de 1988 inovou em relação às constituições anteriores.

A respeito escreve JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“ O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Magna Carta inglesa: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e “quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas

*instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”, conforme autorizada lição de Frederico Marques.”.*¹¹

O Decreto–Lei 70/66, editado na vigência da Constituição de 1946, estabeleceu um procedimento extrajudicial, para a privação dos bens dos mutuários, totalmente incompatível com a norma garantidora do devido processo legal, de que trata a CF de 1988, não tendo sido por ela recepcionado. Para que se satisfaça a exigência constitucional do devido processo legal, é necessária a tramitação de um processo judicial regular, na acepção técnica do termo, destinado à expropriação de bens do devedor e não mero procedimento extrajudicial, tal como o preconizado pelo referido diploma legislativo.

A respeito da incompatibilidade da execução extrajudicial frente ao princípio do devido processo legal, escreve ARNALDO RIZZARDO:

*“E, em vista da vigente Carta, é indubitosa a inconstitucionalidade, eis que, em face do art. 5º, LIV, ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR fez o seguinte comentário: ‘A expressão ‘devido processo legal’ é a versão ad litteram da expressão inglesa due process of law, cuja tradução correta e correspondente em nossa língua poderá ser ‘adequado processo jurídico’ (...) ‘Devido processo legal’ é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o tipo de prova – prova que entenda seu advogado deva produzir, em juízo. Sem processo e sem sentenças, ou prolatada por juiz incompetente, ninguém será privado da ‘liberdade ou de seus bens’.”.*¹²

¹¹ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed., rev. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 411.

No procedimento da execução extrajudicial, disciplinado pelo Decreto-Lei 70/66, o imóvel do devedor hipotecário, muitas vezes o único, lhe é subtraído sem a mínima observância do princípio constitucional do devido processo legal, através de mero procedimento extrajudicial lastreado no Decreto-Lei 70/66 e controlado por um agente fiduciário umbilicalmente ligado aos interesses do credor hipotecário.

Esta forma de expropriação é absolutamente nula, posto estar ancorada em dispositivos de diploma legal incompatível com a Constituição de 1988 e por ela revogados. Como consectário desta revogação, todos os atos praticados no procedimento de execução extrajudicial são absolutamente nulos.

6. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Como corolário do princípio do devido processo legal existe o princípio da ampla defesa e, no bojo deste, o princípio do contraditório. Pela importância que representam para o atingimento dos fins da jurisdição, referidos princípios foram erigidos à categoria de garantias constitucionais do cidadão e transformados em princípios constitucionais do processo (art. 5º, LV, da CF).

O princípio constitucional da ampla defesa garante às partes a utilização de todos os meios de defesa postos à sua disposição pelo ordenamento jurídico. O Decreto-Lei 70/66 afasta por completo a garantia da ampla defesa, pois não permite qualquer forma de insurgência contra os abusos cometidos em detrimento do mutuário. Não é possível vislumbrar no procedimento criado pelo referido diploma legislativo o necessário respeito ao princípio constitucional da ampla defesa.

A respeito do tema assim se manifesta LUIZ GUILHERME MARINONI:

“O conceito de processo de cognição parcial permite a visualização dos

¹² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista do

*valores contidos nos procedimentos especiais e, além disso, demonstra a insuficiência da análise de princípios, como o da ampla defesa, a partir de um ângulo que não considere as necessidades do direito material. Ora, pouco adianta constatar que o réu, no caso do Decreto-lei 70, tem a possibilidade de propor uma ação para discutir a matéria que não pôde ser abordada no procedimento especial da “execução privada”. Se for assim, ou seja, se basta dar ao réu oportunidade para discutir em outra via o ponto litigioso afastado, sempre será possível a construção de procedimentos que limitem a defesa. Mas serão construídos para quem? Para aqueles que podem patrocinar o lobby? É preciso que a doutrina acorde para o fato de que o procedimento, no Estado Social, tem de assumir a sua cor, não podendo permanecer neutro em relação às necessidades do direito substancial e aos valores constitucionais. Os procedimentos que foram construídos para privilegiar determinados grupos econômicos e os seus direitos não têm mais lugar no atual Estado Democrático de Direito.”*¹³ (Grifos não constantes do original)

A respeito da frontal incompatibilidade dos dispositivos que regulam a execução extrajudicial das hipotecas vinculadas ao SFH, com o princípio constitucional da ampla defesa, ensina ARNALDO RIZZARDO:

“É óbvio que o processo de execução extrajudicial não permite oportunidade para o exercício da defesa. O dec.-lei 70 não permite à parte defender –se, nem mostrar o valor da dívida, discutindo-o e, com isto, obter uma decisão sobre o real montante do devido. Não oferece condições para o exame do critério utilizado no cálculo da dívida, ou do reajuste das prestações. Enfim, constitui uma forma nítida de primitivismo na distribuição da justiça, onde se tolhe um dos direitos mais primário, que é de defender-se, o que leva a se derrogar uma longa tradição do direito processual civil. Sujeita-se o devedor, vingando a plena validade do citado diploma, a ter seu

Tribunais, 1997, pp. 185/186.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 154, nota 22.

*patrimônio dilapidado em vendas extrajudiciais adremente dirigidas para favorecer o arrematante ou adjudicante.”*¹⁴

O princípio do contraditório garante às partes a faculdade de fazerem valer suas respectivas razões no processo. A decorrência é que a lei deve dar oportunidades idênticas às partes em litígio de produzirem alegações e provas dos fatos controvertidos que lhes interessarem, competindo ao magistrado dar efetividade ao contraditório para cumprir o princípio constitucional da igualdade dentro do processo.

Esta é a lição de CARNELUTTI:

*“Por eso no son nunca excesivos los cuidados dirigidos a garantizar no solo la posibilidad sino también la efectividad del contradictorio. Al hablar de efectividad entiendo que cada parte esté en situación de desplegar en el proceso una acción tal que constituya un contrapeso eficaz a la acción de la otra. Se debe poner el acento sobre el principio de igualdad, que está en la base del contradictorio. Y, por ejemplo, una parte querría accionar, pero no tiene los medios para tal objeto, el contradictorio es aparente, más bien que efectivo. Quien tiene experiencia del proceso sabe que este peligro es frecuente y grave. El contradictorio implica una relación de fuerzas y esto no siempre va de acuerdo con la justicia. Varios institutos procesales, del patrocinio gratuito a las providencias cautelares, del litisconsorcio al ministerio público y a la intervención accesoría, deben ser considerados a luz de este principio.”*¹⁵

Tendo em vista os ensinamentos supra-transcritos, o Decreto-lei 70/66 não deu guarida ao princípio constitucional do contraditório. No procedimento por ele estabelecido, o crédito da instituição financeira é considerado, sem qualquer oitiva do mutuário, líquido, certo e exigível e, contra os passos procedimentais adotados pelo agente fiduciário nada resta ao devedor senão assumir a figura de mero espectador de uma verdadeira

¹⁴ *Op. cit.*, p. 185.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal – derecho y proceso*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa–America, 1971, p. 113.

execução privada. Ao desrespeitar o princípio do contraditório, referido diploma legislativo ignorou, também, ainda que por via transversa, o princípio da igualdade dentro do procedimento. Não há paridade de armas.

A respeito escreve ANTÔNIO CARLOS EFING:

*“Também convém analisar os processo e procedimentos de execução do débito, em caso de inadimplemento. Diversos contratos prevêem a utilização de execução extrajudicial disciplinada pelo Decreto–Lei 70/66. Entendemos que este decreto, impossibilitando o exercício de defesa do mutuário com vistas à discussão do valor do débito e outras condições contratadas, objetivando decisão quanto ao real montante devido, afronta, além do sistema de proteção ao consumidor, garantias constitucionais. [...] ”.*¹⁶

A gravidade da ausência de oitiva prévia do executado, antes da expropriação do seu imóvel residencial, ganha destaque, no âmbito das execuções hipotecárias ora tratadas, em decorrência das costumeiras ilegalidades cometidas pelas instituições financeiras. Com efeito, via de regra as instituições financeiras exigem dos mutuários valores indevidos, taxas abusivas, aplicam formas de cálculo equivocadas, aumentando ilegal e unilateralmente o valor da dívida.

Permitir, nestes casos, que o mutuário seja desapossado do seu bem sem antes deduzir suas alegações, é compactuar com o arbítrio do capital financeiro em detrimento dos direitos legítimos dos adquirentes da casa própria. O crédito dos agentes financeiros não pode ser considerado, sem a oitiva do devedor hipotecário, líquido e certo, passível, portanto, de execução.

A respeito do tema, demonstrando inequívoco conhecimento das práticas ilegais adotadas pelas instituições de crédito, ensina ANDRÉ LUIZ MENDONÇA DA SILVA:

“Ocorre que os agentes financeiros nem sempre obedecem a tais princípios, ou, de outro giro, quase sempre desobedecem ao referido plano, na medida em que repassaram e repassam percentuais de reajuste das prestações superiores àqueles havidos à categoria profissional. A prova de tais fatos reside no ajuizamento de milhares de ações em todo o País por parte dos mutuários postulando a redução da prestação e, em vários casos, a devolução do que foi cobrado até aquele momento a maior. Aliás, tal quadro é hoje público e notório, eis que a imprensa tem comentado o assunto repetidamente. Se este é o quadro e o processo extrajudicial não permite o contraditório e, conseqüentemente, a ampla defesa, os mutuários são privados de discutir e buscar o valor real devido. Em muitos casos, nada deve o mutuário, mas, ao contrário, é ele credor do agente financeiro por cobranças feitas a maior.”¹⁷

Não se diga, por outro lado, que no processo de execução não há contraditório. O princípio do contraditório, além de outras garantias para a perfeita entrega da prestação jurisdicional, objetiva a imparcialidade do juiz. Sendo facultado às partes igualdade de oportunidades na produção de alegações e provas o magistrado tem melhores condições de proferir uma decisão que considere as assertivas de todos os participantes do processo e não apenas de um deles, podendo, assim, decidir com imparcialidade.

Escreve CARNELUTTI:

“Aquí se plantea, también para el proceso ejecutivo, el problema del contradictorio. Sería un error creer que el contradictorio sea propio solamente del proceso de cognición. Para corregir tal error conviene reflexionar que el contradictorio no contempla solamente el interés de las partes: este interés proporciona el impulso al contradictorio, pero no constituye su fin. La verdad es que del contradictorio tiene necesidad el juez más todavía que las partes. Hemos visto, al estudiar el proceso de cognición, que en él consiste la garantía

¹⁶ EFING, Antônio Carlos. Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp.160/161.

*más eficaz de la imparcialidad del juez. No hay razón alguna para considerar que la imparcialidad del juez cuente menos para la ejecución que para la cognición.”*¹⁸

Por outro lado, em decorrência da existência de relação processual, no processo de execução, e sendo esta a instrumentalização do contraditório, conclui-se, sem maiores dificuldades, que no processo de execução há, ainda que de forma potencial, contraditório.

A respeito escreve CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

*“A execução forçada faz-se ao longo de um procedimento preestabelecido em lei e que serve para preparar o provimento final satisfativo, o qual por sua vez, se chegar a ser emitido, irá beneficiar a uma pessoa e desfalcá-la patrimonialmente a outra. Por isso é que, já no capítulo precedente, houve a preocupação em situar a execução forçada nos quadrantes do processo e explicar a dinâmica integral do seu procedimento sobre o pano de fundo da relação processual. E, como esta é a instrumentação jurídica da exigência política do contraditório, conclui-se que tal garantia constitucional se faz presente no processo de execução, sem ser limitada ao cognitivo. Sem isso não seria possível estabelecer o indispensável equilíbrio entre a exigência de satisfação do credor e a de respeito ao devedor e seu patrimônio.”*¹⁹

Acerca da afronta dos dispositivos do Decreto-Lei 70/66 que regulam a execução extrajudicial de hipotecas vinculadas ao SFH a diversos princípios constitucionais do processo civil, decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – Dec. Lei 70/66 – Ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, do Juiz natural, do contraditório e da

¹⁷ MENDONÇA DA SILVA, André Luiz. Questões do Sistema Financeiro da Habitação. Curitiba: Juruá, 2000, p. 124.

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 341.

ampla defesa – Impossibilidade da realização do leilão extrajudicial face à não recepção pela CF/88 dos arts. 31 a 38 da referida norma – Inteligência do art. 5º, XXXV, LIII, LIV e LV, da CF.

A execução extrajudicial prevista no Dec.-lei 70/66 não se amolda às garantias oriundas do devido processo legal, do Juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, constantes do Texto Constitucional em vigor, pois é o próprio credor quem realiza a excussão do bem, subtraindo o monopólio da jurisdição do Estado, quando deveria ser realizada somente perante um Magistrado constitucionalmente investido na função jurisdicional, competente para o litígio e imparcial na decisão da causa. Arts. 31 a 38 do Dec. -lei 70/66 não recepcionados pela Constituição Federal de 1988, face os princípios insculpidos no art. 5º, incs. XXXV, LIII, LIV e LV, a determinar seja mantida a decisão que determinou a sustação do leilão em sede de execução extrajudicial.”²⁰

No mesmo sentido julgado do TRF da 4ª Região:

“SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH). MEDIDA CAUTELAR. DEC.-LEI 70/66. MUTUÁRIO DO SFH. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADOS. SITUAÇÃO DOS LEILÕES MARCADOS.

Presentes os requisitos para a concessão da medida liminar e não tendo a CF/88 recepcionado o Dec.-Lei 70/66, manifestando-se o fenômeno da perda da eficácia, considerando que a execução especial em questão não é compatível com os princípios do Juiz Natural, do contraditório e do devido processo legal, consagrados expressamente no art. 5º, XXXV, LIV e LV da CF/88. Não é justo nem razoável permitir-se seja o devedor desapossado do bem financiado, antes mesmo de poder valer-se de qualquer oportunidade de prévia defesa, sob o crivo do contraditório. Correta, pois, a sentença

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 165.

²⁰ Agravo de instrumento nº 96.03.058855-5/SP, 5ª Turma, Rel. Suzana Camargo. In Revista dos Tribunais 746/414.

proferida, ao confirmar a medida liminar de sustação dos leilões do imóvel dos autores.”.²¹

Assim também decidiu o TRF da 1ª Região:

“SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH). MEDIDA CAUTELAR. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DEC.–LEI 70/66.

‘O Dec.–lei 70/66 cuida de uma execução privada e, portanto, como observa LIEBMAN, é ‘um retrocesso que rompe o fio da história, voltando a fase mais primitiva do direito romano, ou seja, aquela em que após apossar-se da própria pessoa do devedor, o credor obtinha a addccitio. O fumus boni iuris consiste na plausibilidade do direito que se pretende tutelar. Em razão de o direito material ser plausível, tutela-se o resultado útil do processo.

O melhor critério de aferir a gravidade da lesão (periculum in mora) é considerar-se a possibilidade ou não de ‘ressarcimento dos danos no próprio processo e a curto prazo ou com meios expeditos’ (CALMON DE PASSOS).”.²²

O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul também já positivou:

“ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A execução especial prevista no Decreto–Lei n. 70/66 é processo, submetido assim às normas constitucionais de natureza processual. Constituindo execução privada, realizada fora do poder judiciário, sem segurança de contraditório e ampla defesa, dita execução é incompatível com as garantias postas nos incs. XXXV, LIV e LV da Constituição do Brasil de 1988. Incidente acolhido.”.²³

²¹ TRF, 4ª Região, Apelação Cível 17.558-0, Rel. Juiz Joel Ilan Paciornik, julgado em 02.06.98, DJ de 08.07.98.

²² TRF, 1ª Região, Agravo de Instrumento 8.840-0, Rel. Juiz Tourinho Neto, julgado em 24.06.97, DJ de 22.08.97.

²³ Incidente de Inconstitucionalidade na Apelação Cível n.º 189040938, Órgão Especial, Canoas. In Julgados do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul n.º 76, p. 81/84.

O 1º TASP, por sua vez, já sumulou:

“Súmula 39.– São inconstitucionais os arts. 30, parte final, e 31 a 38 do Dec. Lei n. 70, de 21.11.66.”.

Por não respeitar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, os dispositivos do Decreto–lei 70/66 que regulam a execução hipotecária foram revogados pela Carta de 1988. Deste modo, todos os atos praticados, objetivando a expropriação dos bens financiados, são absolutamente nulos não surtindo os efeitos jurídicos que o diploma legislativo atacado os outorga.

7. CONCLUSÃO

Após a análise comparativa dos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, com os dispositivos do Decreto–Lei 70/66 que regulam a execução extrajudicial de créditos hipotecários, podemos concluir, sem qualquer sombra de dúvida, que mencionados dispositivos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 estando, pois, revogados.

Por estarem revogados, os dispositivos legais acima mencionados não podem dar suporte legal para as famigeradas execuções extrajudiciais dos financiamentos hipotecários outorgados no âmbito do SFH. As alienações realizadas com base no Decreto–Lei 70/66 são absolutamente nulas, sujeitando os agentes financeiros a responderem pelos prejuízos, morais e materiais, que referida expropriação conduta acarretar aos mutuários.

A revogação dos dispositivos do Decreto–Lei 70/66 ora estudados, é, segundo pensamos, de uma clareza solar. Não obstante, existem entendimentos contrários, sustentando a plena vigência e constitucionalidade do referido diploma legislativo²⁴. A jurisprudência do

²⁴ Assim, por exemplo, a posição de Melhim Namem Chalhub, Propriedade Imobiliária – Função social e outros aspectos, São Paulo, Renovar, pp. 218/264, *verbis*: “O que é certo é que as normas que autorizam a venda extrajudicial do bem objeto da garantia não são, em si mesmo, incompatíveis com os princípios constitucionais do art. 5º, XXXV, LIV e LV, podendo ser exercido o direito de ação sempre que ocorrer lesão ou ameaça de lesão a direito, inclusive a verificada por inobservância dos requisitos legais consubstanciados nos princípios

STF, da mesma forma, entende ser constitucional o Decreto–Lei 70/66²⁵. É de se notar, no entanto, que a maior parte dos julgados da suprema corte, analisam a questão tão somente sob o aspecto do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não apreciando a matéria, pelo menos com maior grau de profundidade, com fundamentos nos demais princípios constitucionais.

Deve-se insistir na tese da revogação, por incompatibilidade com a CF/88, do Decreto–Lei 70/66, na parte em que disciplina a execução extrajudicial, trazendo, sempre, argumentos novos, para que, no embate democrático realizado no processo, possam os tribunais, enfim, proporcionar a adequada tutela aos direitos e interesses dos mutuário.

de aplicação geral e nas normas específicas, que delineiam o regime legal e peculiar de cada modalidade de venda privada, sejam as normas do Código Civil e do Código Comercial, relativas ao penhor, ou aquelas contidas na legislação esparsa.”. (p. 259)

²⁵ A jurisprudência do STF, formada ainda sob a égide da CF de 1967, sempre prestigiou a tese da constitucionalidade do Decreto–Lei 70/66. Em julgado mais recente, a corte constitucional, voltou a prestigiar o antigo entendimento – RE 223.075-1, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed., rev. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ANDOLINA, Italo Augusto. “Il modello costituzionale del processo civile”. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 7, ano III, janeiro/março de 1998, pp. 142/157.
- ARAGÃO, José Maria. Sistema Financeiro da Habitação – uma análise sócio-jurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema. Curitiba: Juruá, 1999.
- ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 16ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BECKER, Laércio A. “SFI e SFH: Tutelas diferenciadas e ideologia”. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 88, ano 22, outubro/dezembro de 1997, pp. 144/158.
- CARNELUTTI, Francesco. Derecho procesal civil y penal – derecho y proceso. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa–America, 1971.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade Imobiliária – Função social e outros aspectos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993.
- EFING, Antônio Carlos. Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- HECK, Luís Afonso. “Princípios e garantias constitucionais do processo”. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 7, ano III, janeiro/março de 1998, pp. 46/52.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução

- imediate da sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- MENDONÇA DA SILVA, André Luiz. Questões do Sistema Financeiro da Habitação. Curitiba: Juruá, 2000.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- POLETTI, Ronaldo. Controle de Constitucionalidade das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de crédito bancário. 3ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.