

## A REVOGAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ARTIGOS 31 A 38 DO DECRETO-LEI 70/66.

### THE CONSTITUTIONAL REVOCATION OF THE ARTICLES 31 TO 38 OF THE 70/66 DECREE LAW

Débora Brito MORAES<sup>1</sup>

#### RESUMO

O Sistema Financeiro da Habitação foi criado pela Lei 4.380/64, com a finalidade de facilitar à população de baixa renda a aquisição da casa própria. Os mutuários contraem o financiamento e gravam o imóvel de ônus real, por meio da hipoteca habitacional. Caso o mutuário se torne inadimplente, o credor por intermédio de um agente fiduciário, executa extrajudicialmente a garantia do débito. O Judiciário somente participa da execução se, após a aquisição do imóvel o adquirente ingressar com ação de imissão de posse, para retirar o mutuário devedor da moradia liminarmente, pois se o mutuário sair sem resistência, não há qualquer participação do Judiciário. Somente após a saída do imóvel é que o mutuário pode defender-se em Contestação da Ação de Imissão de Posse, e caso consiga provar que há algum vício no procedimento, já perdeu seu imóvel, em total afronta aos princípios processuais constitucionais. A execução extrajudicial não observa preceitos esculpidos na Constituição Federal, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, do juiz natural, da inafastabilidade do Poder Judiciário. O decreto-lei 70/66 já foi considerado revogado pela maioria dos nossos Tribunais, inclusive pelo STF, entretanto continua sendo utilizado.

**Palavras-chave:** execução; extrajudicial; hipoteca habitacional

---

<sup>1</sup> Advogada e Assessora Jurídica da Associação de Ensino de Marília Ltda., Mestranda em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudanças Sociais pela UNIMAR.

### ABSTRACT

The Sistema Financeiro da Habitação (Housing Financial System) was created by the Law 4.380/64, with the objective of facilitating the acquisition of a house by the lower-class population. The mortgagees take the loan and apply a real charge to the realty through the home mortgage. In case of the mortgagee become overdue, the creditor through a fiduciary agent, executes extrajudicially the debt warranty. The Judiciary power takes part on the execution only if after acquiring the realty, the acquirer ingress a possession immission deed to remove liminally the debtor mortgagee from the realty, but if the mortgagee offers no resistance, there is no participation of the Judiciary power. Only after leaving the realty, the mortgagee can defend oneself with a Possession Immission Deed Contestation, and in that case he can prove there is a flaw on the procedure, one has already missed his realty, in total disaccordance to the constitutional processual principles. The extrajudicial execution does not observe precepts sculpted on the Federal Constitution, as the due legal process, the contradictory and the wide defense, of the natural judge, of the irremovability of the Judicial System. The 70/66 decree law has already been considered extinct by most of our Courts, including by the Supreme Court, however it is still being used.

**Key-words:** execution; extrajudicial; home mortgage

## 1. A hipoteca

A hipoteca pode ser conceituada, brevemente, como um direito real de garantia, cuja finalidade é assegurar o cumprimento de uma obrigação de caráter patrimonial. Diniz conceitua como:

[...] um direito real de garantia de natureza civil, que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou terceiro, sem transmissão de posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se, preferentemente, se inadimplente o devedor. <sup>2</sup>

A hipoteca constitui-se de três formas: por contrato, por disposição legal e por sentença. Hipoteca convencional, legal ou judicial, respectivamente. No presente estudo tratar-se-á da hipoteca contratual, já que a execução extrajudicial da hipoteca é ajustada no contrato de financiamento da casa própria, surgindo da vontade das partes, tanto daquele que recebe o ônus real (credor), como daquele fornece (devedor).

---

2 DINIZ, Maria Helena. *Teoria Geral dos Contratos*. Vol V. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 193.

A hipoteca deve ser registrada na matrícula do imóvel gravado, para dar publicidade do ato a terceiros, lá ficará anotada a data da sua constituição, já indicando seu termo final, pois o seu prazo de vigência é de 20 (vinte) anos, podendo ser prorrogado por acordo das partes, mediante novo título e novo registro, pelo prazo de 30 (trinta) anos (Art. 1.485 do CC). Ela cessa seus efeitos pelo cancelamento e pelo decurso do prazo de vigência.

Pela possibilidade de o devedor não ser privado da utilização do bem enquanto ainda estiver gravado de ônus real, a cédula hipotecária tem sido utilizada nos contratos de financiamento para aquisição da casa própria.

Estando o devedor inadimplente, procede-se a venda do imóvel gravado, preferencialmente, pela via judicial. E aqui surge o problema, pois há a opção de a hipoteca ser executada extrajudicialmente. Por isso, a execução da cédula hipotecária no SFH tem sido executada, em sua imensa maioria extrajudicialmente, por força dos Arts. 31 a 38 do decreto-lei 70, de 21 de novembro de 1966.

## 1.2 O Sistema Financeiro de Habitação - Sfh

O Sistema Financeiro de Habitação foi criado pela Lei 4.380/64, com a finalidade de fornecer financiamentos de caráter social, no qual fosse facilitado o acesso das pessoas, em especial, de menor renda, à casa própria.

Art. 1º. O Governo Federal, através do Ministro de Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.<sup>3</sup>

Para que a finalidade social fosse cumprida, o Governo Federal emprestava o dinheiro para os financiamentos com recursos captados na Poupança e no FGTS, “emprestando este dinheiro a juros de 10% ao ano, prestações corrigidas de acordo com a categoria profissional do mutuário (à partir de 1984)”.<sup>4</sup> Assim, o mutuário tinha a certeza de poder contrair um financiamento, no qual durante 15, 20 ou 25 anos ele pagaria prestações que não subiriam mais do que o seu salário e nem comprometeriam mais de 30% de sua renda familiar.

Uma vez estando o mutuário em atraso, duas hipóteses se abrem para o agente financeiro: executar a garantia da dívida, a cédula hipotecária habitacional

---

3 NEGRÃO. Teotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código Civil e Legislação Civil em vigor*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 653.

4 Associação Brasileira de Mutuários da Habitação. Disponível em: [www.abmh.org.br](http://www.abmh.org.br). Acesso em: 01 out. 2006

extrajudicialmente pelo DL 70/66, ou; executar a dívida judicialmente, sob o crivo do Estado Juiz, pela Lei 5.741/71, que dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, que embora tenha seus defeitos, tem a participação do Juiz Natural.

### 1.3 A execução extrajudicial

Proposta a execução extrajudicial, regra geral, o imóvel é tirado das mãos do devedor, para ser vendido com base no decreto-lei 70/66. “O Decreto-lei 70/66 instituiu a cédula hipotecária destinada a financiamentos do Sistema Financeiro de habitação. Atualmente, colocado em xeque o sistema, aguardam-se novas modificações, de tantas já efetuadas no curso das últimas décadas”.<sup>5</sup> O credor ainda poderia escolher a execução estabelecida pelo Código de Processo Civil, em detrimento do DL 70/66.

O direito de execução pressupõe a liquidez, certeza e exigibilidade da dívida, mas tal não ocorre na utilização do DL 70/66, que se traduz como uma verdadeira expropriação privada de bens, mitigando a participação do Estado Juiz a apenas conceder a medida liminar ao credor hipotecário, ou terceiro arrematante, e apenas e tão somente após este ato é que o devedor poderá defender (Art. 37, §2º, DL 70/66).

Maria Helena Diniz ensina que

Alterando o direito tradicional, o Decreto-Lei 70/66 permitiu a execução de créditos hipotecários por via extrajudicial e a Lei n. 5.741/71 estabeleceu rito sumário para a ação de cobrança de dívidas hipotecárias vinculadas ao sistema financeiro de habitação. Atribuindo-se a um “agente fiduciário” a venda extrajudicial e sumária do bem gravado, quando o credor é instituição financeira (Dec.-Lei n.º 70/66, arts. 29 a 31).<sup>6</sup>

O credor poderá utilizar a via processual, como afirmando, com participação do Estado Juiz, ou poderá escolher a via extrajudicial, dirigida pelo agente fiduciário, ainda que com isto sejam tolhidos os direitos do devedor hipotecário.

Com o vencimento da dívida ou parte dela, o credor deverá comunicar ao agente fiduciário, o qual deverá notificar o devedor para purgar a mora em 20 (vinte) dias. Caso o devedor não atenda a notificação, terá o seu imóvel vendido em hasta pública nos primeiros 15 (quinze) dias após a publicação do edital de leilão (Art. 31 e 32 do DL 70/66).

5 VENOSA, Silvio. *Direito Civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2002, v. V, p. 530.

6 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 5. ed. rev. amp. e atual. Com novo C.C. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 208-209.

Pode efetuar a cobrança extrajudicial, os agentes fiduciários credenciados no Banco Central, em qualquer das hipóteses deverão ser nomeados pelas partes já no contrato. Na prática o que ocorre é que o próprio credor hipotecário é quem promove a execução, como principal interessado, aparecendo o agente fiduciário apenas para formalizar o ato. o agente, muitas vezes, é escolhido unilateralmente pelo credor, sem a anuência dos devedores.

Por vezes, o devedor nem é notificado para purgar o débito, e pior, os editais do leilão não são publicados em seu domicílio, quando são publicados. Isso é pior ainda, pois além, de não ter direito de defesa, ainda fica sem saber que está prestes a perder seu imóvel.

Não há participação do Poder Judiciário, não há imparcialidade na execução, os devedores por vezes nem ao menos sabem realmente a quantia que ainda é devida, pois todo o procedimento executório está nas mãos do credor, já que não há qualquer fiscalização por parte do Banco Central.

Além de ser juiz em causa própria, o credor quando não consegue proceder à venda mediante o leilão público, adjudica o imóvel, sem qualquer avaliação. E nessa situação, ele contraria o próprio Dec.-Lei 70/66, que prevê apenas a arrematação do imóvel hipotecado, e não a adjudicação, cabendo frisar que são institutos diferentes. A adjudicação do imóvel vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação somente poderá ser feita pela via judicial estabelecida na Lei 5.741/71.

A execução extrajudicial retira do devedor o direito de ser assistido pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, de ter o processo executório, que poderá desaguar na perda do imóvel, conduzido com imparcialidade. Enfim, perde a propriedade da moradia familiar, sem defesa técnica, por meio do advogado. Nesse sentido, vale mencionar o voto do Desembargador Raphael Salvador:

Se admitida fosse a execução extrajudicial, haveria um momento em que o devedor não poderia discutir o crédito, podendo simplesmente pagá-lo, ficando impedido de apresentar suas provas e seus argumentos de defesa, quebrando com isso o princípio constitucional da jurisdição entregue ao Judiciário e do contraditório, tratando dentro do processo desigualmente as partes. [...] Nem se pretenda que o Decreto-lei n.º 70, em exame, traz apenas uma opção para o credor, que aceita ou não essa forma de execução. Não há opção de ação, a ser proposta perante o judiciário, mas sim uma opção de cobrança à sua vontade, sem possibilidade de discursão pelo devedor, podendo levar à execução extrajudicial, com o credor se pagando sem necessidade do Judiciário. Isso não existe, não é autorizado pela Constituição e precisa ser repellido, sob pena de ruir toda segurança que devemos ter no devido processo legal. <sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Extinto 1º Tribunal de Alçadas Cível de São Paulo, Agravo n.º 891.024-7, Marília/SP, Voto 5147, Rel. Armindo Freire Mármora, julgado em 09/11/1999.

O devedor é notificado para purgar a mora, mas não pode discutir o valor do débito, nem mesmo para saber se os valores que estão sendo cobrados estão corretos, se as taxas de juros estão sendo aplicadas corretamente, se os valores pagos estão sendo abatidos do montante do débito, o que somente poderá ser feito após perder seu imóvel, em total afronta aos preceitos constitucionais.

Por essas Silvio Venosa afirma: “O sistema executório estabelecido nesta lei foi tido por inúmeros julgados como draconiano, ranço da chamada legislação autoritária do passado”<sup>8</sup>, não podendo mais ser aplicado.

## 2. Dos preceitos constitucionais

O Estado Democrático de Direito pressupõe um Estado em que o poder é limitado por uma Constituição escrita, como também aquele em que a lei possui conteúdo de justiça, não sendo a lei mera vontade do legislador. A lei é emanada do povo, por meio de seus representantes legítimos, eleitos pelo voto direto.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou um novo Estado, deixando para traz um longo período de ditadura militar, em que o autoritarismo predominou, tolhendo em demasia os direitos e garantias individuais. A Constituição do Brasil de 1937, serviu entre outras coisas, para fortalecer o Poder Executivo, atribuindo a ele intervenção direta e eficaz na elaboração das leis, cabendo em alguns casos a iniciativa, e em outros podendo expedir decretos-leis, reduzindo assim, o poder dos parlamentares da época.

O Estado era orientador e coordenador da economia nacional. Nas palavras de José Afonso da Silva “Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via dos decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo”.<sup>9</sup>

Nesse contexto, começaram a ser editados os Atos Institucionais. O AI 1 manteve a ordem constitucional vigente, também

dava poderes para cassar mandatos parlamentares, suspender direitos políticos, aposentar civis e militares e decretar o estado de sítio sem autorização do Congresso Nacional. O mandato presidencial foi prorrogado por mais um ano, e o país passou a ser governado por meio de decretos-leis, sem a interferência do Congresso Nacional.<sup>10</sup>

---

8 VENOSA, Silvio. *Direito Civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2002, V. V, p. 530.

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 85.

10 O Senado e a 4ª República. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/história>. Acesso em: 13 out.2006.

Em 27.10.1965 foi decretado o Ato Institucional n.º 2, extinguindo os partidos políticos e estabelecendo eleições indiretas para Presidente da República, “[...] os militares proclamaram-se senhores absolutos do poder, adotando um modelo político-econômico fundamentado na ditadura política e no crescimento acelerado da economia”.<sup>11</sup> O regime endureceu, fazendo com que o grupo militar que se estabeleceu no Governo transformasse um período de transição num regime ditatorial duradouro e violento.

Qualquer criação legislativa desse período deve ser recebida pela nova ordem constitucional com cautelas, sobretudo quando estribada em Ato Institucional, no presente caso o AI 2, Art. 31, parágrafo único, fruto de um regime militar autoritário, que não observava qualquer direito de cidadania, como acontece com o decreto-lei 70/66. Vejamos o Art. 31, parágrafo único do AI n.º 2.

**Art. 31** - A decretação do recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores pode ser objeto de ato complementar do Presidente da República, em estado de sítio ou fora dele.

**Parágrafo único** - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente, fica autorizado a legislar mediante decretos-leis em todas as matérias previstas na Constituição e na Lei Orgânica.

O Decreto-lei em estudo foi editado com base no disposto no Art. 31, parágrafo único, do Ato Institucional n.º 2, de 27/10/65, tendo em vista o ato complementar n.º 23, de 10/10/66.

Pela disposição do artigo que estribou o DL 70/66, pode-se chegar à conclusão de que ele foi editado durante um recesso do Congresso Nacional, decretado pelo Presidente da República, no Ato Complementar n.º 23, de 20/10/66. Não foi submetido aos parlamentares para deliberação e aprovação, ou rejeição.

O Decreto Lei foi suprimido pela CF/88. Com algumas alterações, foi incluída em seu lugar a medida provisória, tendo como principais característica, a sua submissão ao Congresso Nacional para ser aprovado ou rejeitado no prazo de sessenta dias. Caso não houvesse deliberação nesse prazo, o decreto-lei seria incluído na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subseqüentes, em dias sucessivos, considerando-se aprovado se não fosse apreciado nesse prazo, passnado a valer então com força total.

Questiona-se a constitucionalidade dos Arts. 31 a 38 do decreto-lei 70, de 21.11.66, por ter sido editado em meio a um período de ditadura militar,

---

<sup>11</sup> Idem, *ibidem*.

estribado em normas não constitucionais e também por não permitir ao devedor os direitos inerentes à defesa, não prevendo contraditório, nem participação do Estado Juiz, do Juiz natural.

Ensina Silvio Venosa:

Esse meio extrajudicial estreita em demasia o direito do devedor. Praticamente não lhe outorga o direito de defesa garantido constitucionalmente. A notificação não permite certeza do procedimento. Constitui verdadeiro abuso de direito.<sup>12</sup>

Além de esse DL 70/66 ter sido criado com base em norma não constitucional, contraria princípios constitucionais, direitos individuais previstos no Art. 5º da Constituição Federal.

O decreto-lei colide com o Art. 5º da CF/88, inciso LIV, pois ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal, isto é, sem defesa e sem contraditório, sem participação do Estado Juiz, do Juiz Natural, que são corolários do Estado de Direito, adverso ao Estado ditatorial. Todas estas garantias são inerentes ao devido processo legal.

É óbvio que o processo de execução extrajudicial não permite oportunidade para o exercício de defesa. O Decreto-lei 70 não permite à parte defender-se, sem mostrar o valor da dívida, discutindo-o, e, com isso, obter uma decisão sobre o real montante da dívida. 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, na qual se tolhe um dos direitos mais primários, que é o de defender-se, o que leva a derrogar uma longa tradição do direito processual civil.<sup>13</sup>

O processo legal ainda compreende a segurança jurídica, a igualdade processual e a plenitude de defesa, que se traduz em direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à ciência dos atos, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, ao duplo grau de jurisdição.

Para os juristas americanos, o *due process of law* tem duas faces: uma formal e outra material. O aspecto formal consiste na sujeição de qualquer questão que fira a liberdade ou os bens de um ser humano ao crivo do Judiciário, por meio do juiz natural, num processo contraditório, em que se assegure ao interessado ampla defesa. O substancial importa em que as normas aplicadas quanto ao objeto do litígio não sejam desarrazoadas, portanto, intrinsecamente justas.<sup>14</sup>

---

12 VENOSA, Silvio de Sálvio. *Direito Civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 531.

13 RIZZARDO, Arnaldo. Apud VENOSA, Silvio de Sálvio. *Direito Civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, p.

14 FERREIRA FIHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed.. v 1, art. 1º a 103. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 65.

Certamente o devido processo legal não restará atendido numa execução de caráter administrativo. O juiz deve presidir todo o conjunto de atos que culminam com a retirada da propriedade do devedor hipotecário, a fim de assegurar-lhe o contraditório, ampla defesa, decisão fundamentada e recursos inerentes. O eventual controle Judicial posterior de eventuais lesões a direito, como a perda do imóvel, não realiza a garantia constitucional.

O Art. 5º, inciso XXXV ensina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>15</sup>, e não é isso que ocorre quando a cédula hipotecária habitacional é executada pelo DL 70/66. De fato, o procedimento expropriatório está nas mãos do particular, retirando do Judiciário a oportunidade de apreciar a ameaça ao direito da moradia do mutuário, chegando a lesão ao ápice quando ele perde o seu imóvel, na imissão de posse, sem poder discutir o débito.

Não retira só do Judiciário a apreciação da lesão ou ameaça a direito, retira também do mutuário, devedor hipotecário, a garantia de que o procedimento executório será guiado com imparcialidade, por quem tem o conhecimento técnico, conhece as normas de interpretação e aplicação das leis, o que somente poderá ser conseguido através do Juiz de Direito. Esse princípio assegura que em cada caso em que se manifeste lesão a direito de qualquer espécie, o Judiciário dirá a última palavra e, como é sua função, aplicará a lei.

Na maioria das vezes, na execução extrajudicial o credor hipotecário é quem escolhe, unilateralmente, o agente fiduciário que irá proceder à execução.

Na verdade, o que o agente fiduciário faz é aplicar a lei ao caso concreto, uma vez que ele verifica o montante que o credor hipotecário alega estar sendo devido, imediatamente já notifica o devedor para em 15 dias purgar a mora.

É exercício de jurisdição, como já entendeu o TRF da 3ª região:

Os artigos 31 a 38 do Decreto-lei n.º 70/66 trata do rito que é o seguido para a satisfação da dívida garantida com hipoteca do imóvel. Não pago o débito, culmina com alienação do imóvel por meio de leilão público. É o agente fiduciário quem conduz todo o procedimento, por provocação do credor e notificação ao devedor. Verifica-se que se tem uma execução forçada que nada mais é do que o exercício de Jurisdição.

[...]

É a Constituição Federal que estabelece quem pode exercer a jurisdição, seja pelo Poder Judiciário ou outro Poder, bem como por agentes públicos ou, excepcionalmente, particulares. O artigo 98, inciso, I, da Carta Magna, prevê juizados especiais de que participem juizes leigos. Porém, integram o próprio Judiciário. A execução

---

15 Brasil. Constituição da República Federativa, de 05 de outubro de 1988.

forçada extrajudicial não está prevista na Carta Magna e o legislador ordinário não poderia autorizá-la.<sup>16</sup>

A título de argumentação, caso o devedor não purgue a mora, por discordar do montante do débito, somente poderá questionar os valores em contestação, quando o credor já praxeou o imóvel, por intermédio do agente fiduciário. O DL 70/66 não prevê outra opção para o mutuário a não ser purgar a mora sem discutir o débito.

Outro dispositivo constitucional afrontado pelo DL 70/66, é o esculpido no Art. 5º, inciso LV, que afirma, “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>17</sup> O dispositivo exige que em cada passo do processo, cada parte tenha oportunidade de apresentar suas razões, ou, se for o caso, as suas provas. Ampla defesa, livre debate e livre produção de provas.

Por *ampla defesa*, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.<sup>18</sup>

Na execução extrajudicial o devedor hipotecário não tem oportunidade de defesa, sua única opção é sair do imóvel para só então argumentar. Da mesma forma, não lhe é deferido o direito de conhecer o andamento do procedimento, que fica nas mãos do credor.

O Art. 5º, XXXVII proíbe juízo ou tribunais de exceção, isso porque o juiz natural é inerente ao devido processo legal, ao Estado Democrático de Direito. “O juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal”.<sup>19</sup>

O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador.<sup>20</sup>

---

16 TRF 3ª região. Apelação Civil – 660756. Proc. n.º 199961000462764 UF/SP, 5ª Turma, julg. 07.08.2006. Disponível em: <http://juris.cjf.gov.br/cjf>. Acesso em: 16 out.2006.

17 Brasil. Constituição da República Federativa, de 05 de outubro de 1988.

18 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 125.

19 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 109.

20 Op. cit.

Como se percebe, o decreto-lei em estudo autoriza alguém que não possui competência constitucional, nem mesmo as garantias constitucionais, para guiar um procedimento executório, altamente ofensivo aos direitos e garantias individuais, atuando como juízo de exceção.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Art. 5º, inciso XXXV, a afirmação de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O inciso LIX afirma que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Isso, combinado com o inciso LV, mostra aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral que lhes são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, e, finalmente, no inciso XXXVII encontramos a proibição de juízos ou tribunais de exceção, completando-se o ciclo das garantias processuais constitucionais.

Observando esses corolários constitucionais, tem-se a garantia do processo, como instituído pelo Estado, conforme os imperativos da ordem jurídica justa, a qual tem como pressuposto o contraditório, a plenitude de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.

O decreto-lei em comento não traz em seu bojo as garantias constitucionais que somente foram solidificadas com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito do assunto, entendendo que não é caso de inconstitucionalidade, mas de não recepção da Lei anterior.

Trata-se de caso inconfundível de revogação de lei, pois a lei posterior e hierarquicamente superior dispôs de forma diversa. No que se relaciona à revogação pela superveniência da Constituição Federal de 1988, Maria Helena Diniz leciona:

[...] ante a sua supremacia, ter-se á a subordinação da ordem jurídica aos novos preceitos. Deverá haver compatibilidade de um dispositivo legal com a norma constitucional. Havendo contradição entre qualquer norma preexistente e preceito constitucional, esta deve, dentro do sistema, ser aferida com rigor, pois é indubitável o imediato efeito ab-rogativo da Constituição sobre todas as normas e atos normativos que com ela conflitarem, não sendo nem mesmo necessário quaisquer cláusula expressas de revogação. Logo, está ínsita no sistema a regra de que a nova Carta não repudia as normas anteriores com ela compatíveis. A ordem normativa anterior à nova Carta só prevalecerá se for por ela, expressa ou tacitamente, admitida, verificando-se a segunda hipótese sempre que as normas antigas forem conformes com as novas disposições constitucionais.<sup>21</sup>

---

21 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 10. ed. Adaptada à Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 70.

Como se percebe, a norma anterior tem que ser totalmente compatível com a nova ordem constitucional, sob este prisma, o DL 70/66 encontra-se revogado parcialmente, de forma tácita.

O Código de Processo Civil instituído pela Lei 5.869, de 11/01/73, também revogou o DL 70/66, no que tange à execução coativa extrajudicial. Logo em seu Art. 1º estabeleceu que a Jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, e segundo suas disposições. Tanto o processo de conhecimento, como o de execução e o cautelar são dirigidos por magistrados integrantes do Poder Judiciário. Seguem em princípio, que não podem realizá-los aqueles não investidos de tal tarefa estatal, sobretudo por particulares. É o princípio constitucional do Juiz Natural, segundo o qual ninguém será processado senão pela autoridade competente.

O “referido decreto-lei não foi apreciado pelo Congresso nacional e é considerado rejeitado, conforme Art. 25, §1º, incisos I e II, do ADCT. Logo perdeu sua validade e não pode ser aplicado”<sup>22</sup>, como já decidiu o TRF da 3ª á decidiu o TRF da 3ª Região.

Por outro lado, as relações de consumo de natureza bancária ou financeira devem ser protegidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Assim, as relações contratuais de mútuo para financiamento de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação se submetem às normas desta Lei (8.078/90).

Percebe-se que a previsão contratual de execução extrajudicial do bem imóvel cria vantagem exagerada ao agente financeiro e, em contrapartida, enorme desvantagem ao consumidor mutuário, porquanto, além de ofender a natureza social do contrato de mútuo para o financiamento de imóvel, que visa ao acesso de todos à moradia, viola princípios fundamentais do Ordenamento Jurídico a que pertence, ao qual não permite a perda da propriedade sem a observância do devido processo legal.

Também, a propriedade deverá atender a sua função social (Art. 5º, inciso XXIII da CF/88) que no presente caso é a moradia familiar. É o que se depreende do texto ora em exame, que implicitamente condena a concepção absoluta da propriedade, segundo a qual esta é o direito de usar, fruir, gozar e abusar, de modo egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade.

Sem sombra de dúvidas, o Dec. Lei 70/66 não se amolda às garantias oriundas do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, pois é o próprio credor quem realiza a excussão do bem, subtraindo o monopólio da jurisdição do Estado, quando na verdade deveria ser realizada por autoridade competente, investida constitucionalmente na função jurisdicional, a fim de conduzir o litígio com imparcialidade até a decisão final da causa.

---

22 TRF 3ª região. Apelação Civil – 660756. Proc. n.º 199961000462764 UF/SP, 5ª Turma, julg. 07.08.2006. Disponível em: <http://juris.cjf.gov.br/cjf>. Acesso em: 16 out. 2006.

### 3. Das decisões dos tribunais

Várias são as decisões dos Tribunais em relação aos Arts. 30, parte final, 31 a 38 do decreto-lei 70/66, como abaixo pode notar, que entenderam pela não recepção do texto legal pela nova ordem constitucional, inclusive o Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: Agravo Regimental. Recurso Extraordinário. Interposição pela letra “B” do Inciso III do Artigo 102 da Carta Federal. Imprescindibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade dos Dispositivos Legais Impugnados. 1. Revela-se inadmissível o recurso extraordinário interposto com base na letra “b” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, no caso em que a decisão recorrida não traz declaração formal de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Hipótese inconfundível com reconhecimento de que a norma legal anterior à Carta de 1988 não foi recebida por incompatível. 2. Não-ocorrência de erro material na indicação do dispositivo em que fundado o recurso cujas razões dirigem-se contra a inconstitucionalidade dos artigos 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66. Imprescindível para a admissibilidade do apelo pela letra “a” da previsão constitucional que sejam expressamente assinalados os preceitos tido como violados. Agravo Regimental desprovido.<sup>23</sup>

EMENTA: Constitucional. Processual Civil. SFH: Execução Extrajudicial D.L. 70/66. Recurso Extraordinário: Prequestionamento. I. – O Tribunal Regional Federal decidiu, em turma, pela não recepção pela CF/88, da execução extrajudicial do D.L. 70/66. II. – No RE afirma-se ofensa ao art. 97, C.F., dado que a decisão do TRF não foi proferida pelo Plenário. Acontece que o Tribunal não declarou inconstitucionalidade, senão que decidiu pela não recepção da execução extrajudicial pela CF/88, coisa diversa. E a questão constitucional do art. 97, C.F., não foi prequestionada no acórdão recorrido. III. – R.E. inadmitido. Agravo não provido.

O extinto Primeiro Tribunal de Alçadas Cível do Estado de São Paulo já editou uma súmula, pacificando o assunto no âmbito de sua competência: “Súmula 39 do PTACSP: “São inconstitucionais os artigos 30, parte final, 31 a 38 do Decreto-lei n.º 70 de 21-11-1966/1” .<sup>24</sup>

---

23 STF RE-AgR 250545/SP São Paulo. Rel. Maurício Corrêa. 2ª Turma, julg. 20.08.2002. <http://stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?s1>. Acesso em: 11 out. 2006.

24 Decorrente do processo de arguição de inconstitucionalidade n.º 493.349-9/0.

O extinto Tribunal de Alçadas do Rio Grande do Sul proferiu várias decisões sobre a inconstitucionalidade do DL 70/66, vejamos.

EMENTA: Execução Hipotecária com base no Decreto-Lei 70/66, prenunciada por notificação editalícia revela-se, presentemente, inconstitucional a execução alinhada segundo o rito extrajudicial do citado diploma, por ofender primados básicos dos direitos e garantias individuais, como o da apreciação pelo Poder Judiciário de procedimentos limitativos dos interesses das pessoas, o da garantia da ampla defesa em processo judicial e administrativo e o que exclui juízos ou tribunais de exceção. [...].<sup>25</sup>

EMENTA: Sistema Financeiro de Habitação. Execução Extrajudicial. Decreto-Lei 70/66. Inconstitucionalidade. Pode o Juiz, em determinado caso concreto, deixar de aplicar determinado dispositivo legal, com fundamento (sic) na inconstitucionalidade daquele. Inconstitucional é a execução extrajudicial fundada no Decreto-Lei 70/66, por caracterizar cerceamento de defesa. Deram provimento, declarando nula a execução extrajudicial.<sup>26</sup>

O Tribunal Regional Federal da 1ª região entendeu que a execução extrajudicial esculpida no DL 70/66 não foi recepcionada pela CF/88, por tratar-se de execução privada.

EMENTA: Processo Civil. Sfh. Execução Extrajudicial. Decreto-Lei 70/66. Inconstitucionalidade.

1. O Decreto-lei n.º 70, de 1966, cuida de uma execução privada, e, portanto, como observa Liebman, é “um retrocesso que rompe o fio da história, volvendo a fase mais primitiva do direito romano, ou seja, aquela em que após apossar-se da própria pessoa do devedor, o credor obtinha a *addictio*”.
2. A execução extrajudicial de bem, realizada no Decreto 70/66, deve ser anulada tendo em vista que o decreto supra-referido não foi recepcionado pela CF/88.
3. Sentença mantida.<sup>27</sup>

---

25 Apelação cível n.º 191109115, 3ª Câmara Cível, Tribunal de Alçadas do RS, Relator: Arnaldo Rizzardo, julgado em 02/10/1991. / Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 22 set. 2006.

26 Apelação Cível n.º 197249675, 4ª Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 30/04/1998.

27 TRF 1ª região, Apelação em mandado de segurança, 199701000547370, 3ª turma, UF-DF, jul. 10.3.1998, TRF 100062703. Disponível em: <http://juris.cjf.gov.br/cjf>. Acesso em: 16 out. 2006.

Essas são apenas algumas das decisões proferidas pelos nossos Tribunais. Existem contradições entre as Turmas de vários dos Tribunais ao analisarem o DL 70/66. No mesmo Tribunal encontramos decisões que entendem pela sua não recepção pela nova ordem constitucional, e decisões que o julgam inconstitucional. Há situações, ainda, em que uma Turma entende pela constitucionalidade, enquanto outra entende pela inconstitucionalidade.

A título de argumentação, vale citar alguns processos que foram contra a aplicação do decreto-lei 70/66, TRF 1ª Região, Proc. n.º 199701000547370, DF, 3ª Turma, TRF 2ª Região, Proc. n.º 9802076210, RJ, 2ª Turma, TRF 3ª Região, Proc. n.º 9203044360-6, SP, 4ª Turma. A favor do decreto-lei TRF 1ª Região, Proc. n.º 9501329976, MT, 4ª Turma.

Enquanto os Tribunais não pacificam a questão, os Arts. 31 a 38 do DL 70/66 continuam a sendo aplicados, ao arrepio do texto constitucional. Mas vale mencionar que tramita no Senado um projeto de Lei, n.º 413/2003, revogando expressamente estes artigos.

O projeto traz entre suas justificativas: o fato do decreto-lei ter sido concebido numa época intolerante; permite ao credor a dispensa dos mecanismos do Poder Judiciário e a opção por leiloar o imóvel hipotecado; não permite ao devedor a demonstração de seu direito. O Senador Valdir Raupp foi o autor do projeto, e concluiu o seu voto da seguinte forma:

O contraste entre, de um lado, a força do comando constitucional no sentido da apreciação, pelo Poder Judiciário, de condição ou fato capaz de lesar ou de ameaçar direito, e, de outro, o anacronismo normativo concebido sob circunstâncias políticas e sociais superadas, deixa evidente a não recepção, pela Carta, da medida executiva extrajudicial nos arts. 31 a 38 do Decreto-Lei n.º 70, de 1966, donde a presente proposição pode retirar esses dispositivos do ordenamento jurídico.<sup>28</sup>

O DL 70/66 ainda traz em seu bojo um erro de terminologia, uma vez que se refere a leilão quando na verdade se trata de praça, haja vista que está a vender bem imóvel, e não bem móvel, que é reservada aos leilões. Enfim, este Dec-lei é uma aberração legislativa, e deve ser retirado do Ordenamento Jurídico o mais rápido, pois já causou estragos demais.

## Considerações finais

Sem maiores dificuldades constata-se que procedimento executório extrajudicial, disciplinado pelo decreto-lei 70/66 não atende aos princípios

---

<sup>28</sup> Disponível em: [www.senado.gov.br/sf/atividade/materia](http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia). Acesso em: 20 out. 06.

processuais constitucionais, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural. Fere o Código de processo Civil, que rege a jurisdição voluntária e contenciosa, e procede a uma execução sem certeza e liquidez. Também, em sua aplicação não há observância dos preceitos de proteção e defesa do consumidor mutuário.

Há expropriação privada de bem que cumpre a sua função social, a moradia familiar das pessoas de baixa renda, exercida por quem não é investido na função jurisdicional, afastando do Judiciário a apreciação da ameaça e lesão ao direito habitacional.

A execução somente poderá ser feita por quem tem competência para tanto e goza das garantias constitucionais, ou seja, pelo juiz natural, inerente ao devido processo legal. Vê-se que, embora a força do poder econômico tenha o objetivo de guardar para si uma parte da função jurisdicional, com apoio dos Arts. 31 a 38 do decreto-lei 70/66, esses dispositivos não podem mais prevalecer, porque se encontram revogados pela Constituição Federal de 1988.

Portanto, aguarda-se a aprovação do projeto de lei que tramita pelo Senado, ou mesmo um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, para que este malfadado decreto seja definitivamente extirpado do Ordenamento Jurídico.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA de Mutuários da Habitação. Disponível em: <http://www.abmh.org.br>. Acesso em: 13 out. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Teoria Geral dos Contratos*. Vol V. 5. ed. rev. amp. e atual. Com novo C.C. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 10. ed. Adaptada à Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. (v 1, art. 1º a 103).

NEGRÃO, Teotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código Civil e Legislação Civil em vigor*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

O Senado e a 4ª República. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/história>. Acesso em: 13 out. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://stf.gov.br/jurisprudencia/nova/>

doc.asp?s1. Acesso em 11 out. 2006.

VENOSA, Silvio de Sálvio. *Direito Civil: direitos reais*. Vol. 5. São Paulo: Atlas, 2002.

TRF 1ª região. Disponível em: <http://juris.cjf.gov.br/cjf>. Acesso em: 16 out. 2006.

TRF 3ª região. Disponível em: <http://juris.cjf.gov.br/cjf>. Acesso em: 16 out. 2006.

Tribunal de Alçadas do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 22 set. 2006.

