

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MURILO RAFAEL CONSTANTINO

**CONTRATOS DE GAVETA NO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO: UM  
TIPO SOCIAL DE CONTRATO**

CURITIBA

2007

MURILO RAFAEL CONSTANTINO

**CONTRATOS DE GAVETA NO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO: UM  
TIPO SOCIAL DE CONTRATO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof.º Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

2007

## RESUMO

O presente estudo traz uma análise dos aspectos relativos à tipicidade e à atipicidade contratual, defendendo a inclusão dos tipos sociais de contrato dentro de tal classificação, e buscando nos contratos de gaveta no Sistema Financeiro da Habitação um exemplo de tal tipo de contrato. Para tal objetivo empreende-se uma localização histórica e normativa do tema dos contratos de gaveta, e busca-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o reconhecimento de efeitos que justifiquem um juízo social de tipicidade.

Palavras-chave: Contrato de gaveta; Cessão da posição contratual; Sistema Financeiro da Habitação.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	06
<b>Capítulo 1 - CLASSIFICAÇÃO ENTRE CONTRATOS TÍPICOS E CONTRATOS ATÍPICOS</b> .....	08
1.1 DOCTRINA TRADICIONAL E NOTAS HISTÓRICAS ACERCA DO TEMA.....	08
1.1.1 Classificação entre contratos típicos e atípicos <i>versus</i> nominados e inominados: em busca da desconstrução de uma pretensa linearidade históricas...08	
1.1.2 Tipicidade e atipicidade contratual na doutrina brasileira.....	13
1.2. O “TIPO” COMO FORMA DE PENSAMENTO.....	15
1.3 TIPICIDADE LEGAL E TIPICIDADE EXTRALEGAL:UM JUÍZO DE TIPICIDADE FEITO ALÉM DA LEI.....	19
<b>Capítulo 2 - SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO</b> .....	22
2.1 CONTRATO DE AQUISIÇÃO E FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO NO ÂMBITO DO SFH.....	27
2.1.1 Transferência da propriedade do imóvel.....	28
2.1.2 Financiamento imobiliário.....	29
2.1.3 Hipoteca.....	30
2.1.4 Seguro por morte ou invalidez permanente.....	30
2.1.5 Contratação feita por adesão.....	31
2.1.6 Proibição da venda e de qualquer cessão de direitos relativos a imóveis do SFH sem prévia anuência da instituição financeira.....	31
2.2 PROBLEMÁTICA EM TORNO DA PROIBIÇÃO DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL SEM A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: CONTROLE DE RECURSOS PÚBLICO, LIQUIDEZ DO SISTEMA, AUTONOMIA PRIVADA E IMOBILIZAÇÃO DO MUTUÁRIO.....	33
<b>Capítulo 3 - CONTRATOS DE GAVETA NO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO</b> .....	37
3.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS.....	37
3.1.1 Utilização de Instrumento Particular.....	38
3.1.2 Cessão da posição contratual.....	39
3.1.3 Contrato de gaveta e promessa de compra e venda.....	42
3.1.4 Outorga de procuração “em causa própria” em favor do cessionário.....	44

3.2 RISCOS ENVOLVIDOS NAS TRANSAÇÕES IMOBILIÁRIAS ATRAVÉS DOS CONTRATOS DE GAVETA.....	45
3.2.1 Riscos para o cedente.....	45
3.2.2 Riscos para o cessionário.....	46
3.3 RECONHECIMENTO DOS CONTRATOS DE GAVETA NO ÂMBITO DO STJ.....	47
3.3.1 Possibilidade de a concordância da instituição financeira ser tácita.....	48
3.3.2 Exigência de que a negativa da instituição financeira seja fundamentada.....	49
3.3.3 Oponibilidade do contrato de gaveta aos herdeiros do mutuário original.....	51
3.3.4 Obrigação de pagar taxa condominial transferida ao cessionário.....	53
3.3.5 Embargos de terceiro em execução.....	55
3.3.6 Legitimidade ativa do cessionário para discutir questões contratuais em juízo em nome próprio.....	56
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>63</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia propõe uma intersecção entre aspectos da Teoria Geral dos Contratos (especificamente sobre a questão da tipicidade contratual) e a casuística genuinamente brasileira da cessão de contratos de financiamento e aquisição de imóveis inseridos no Sistema Financeiro da Habitação através dos consagrados contratos de gaveta.

A partir da década de 60, com a criação do Sistema Financeiro da Habitação, o Estado brasileiro adotou como política pública de acesso à moradia um modelo que, desconectado da realidade, ao garantir os meios de aquisição da casa própria, acabou criando condições extremamente onerosas para que o adquirente pudesse vender o bem financiado ou fazer qualquer tipo de cessão de direitos relativos a este até a quitação total do valor financiado (o que normalmente leva em torno de vinte anos).

A consequência perversa desse modelo é que o adquirente, a partir de seu ingresso no Sistema Financeiro da Habitação, passa a ficar “imobilizado” no imóvel como se sua vida não pudesse mais ter alterações significativas que ocasionassem a necessidade de mudança de residência.

Neste trabalho pretende-se abordar tal problemática expondo os pontos de vista de todas as partes conflitantes, notadamente do Estado, das instituições financeiras e dos mutuários-adquirentes. Pretende-se também inserir tal questão dentro do contexto de festejada criação e melancólica decadência do Sistema Financeiro da Habitação brasileiro, além de esmiuçar o arsenal jurídico relativo ao tema (Capítulo 2).

Por outro lado, no Capítulo 1, será feita uma reflexão acerca da classificação entre contratos típicos e atípicos, procurando sempre uma linha de raciocínio que seja coerente com o paradigma epistemológico atual. A partir da utilização do tipo como método de abordagem do conhecimento e de apreensão de realidades plurais, serão enfrentadas questões como: O que é um contrato típico? São típicos somente aqueles contratos cujo modelo esteja previsto em lei? Ou também podem se considerar típicos aqueles contratos cuja regulamentação esteja consagrada na prática social sem que haja regramento legislativo específico, existindo portanto tipos sociais? Se positiva a última indagação, consistiriam então os contratos de

gaveta um tipo social de contrato?

A tipicidade social e a questão da validade e eficácia dos contratos de gaveta, quem em um primeiro momento eram abominados pelo ordenamento jurídico, terão como ponte de ligação nesta monografia a análise da jurisprudência do STJ pertinente ao assunto que, diante da complexidade da questão social, passou a reconstruir o Direito fazendo uma da legislação que veda a disposição do bem financiado e a cessão de direitos a ele relativos (notadamente a cessão da posição contratual).

## 1 CLASSIFICAÇÃO ENTRE CONTRATOS TÍPICOS E CONTRATOS ATÍPICOS

### 1.1 DOCTRINA TRADICIONAL E NOTAS HISTÓRICAS ACERCA DO TEMA

Há uma certa tendência na ciência do direito de se dar significações e aplicações próprias a termos que, em princípio, foram importadas de outras esferas do conhecimento. Este artifício pode trazer importantes avanços, pois tende a tornar o sistema jurídico mais coeso e seguro devido à precisão terminológica de seus institutos. Entretanto, muitas vezes a riqueza e a amplitude da idéia leiga, corrente ou não jurídica, são perdidas nesse processo. E nessa esteira o sistema passa a se desconectar gradativamente da realidade que pretendia abarcar para uma realidade e uma lógica internas.

Na presente monografia, pretende-se fazer uma reflexão acerca da idéia de tipo e tipicidade que é utilizada no plano dos contratos, especialmente na classificação entre tipos legais e tipos sociais. Pretende-se, com essa reflexão, extrair toda a riqueza da metodologia tipológica que permite, como será explorado no decorrer do trabalho, uma melhor análise das situações limítrofes e de transição no cenário jurídico e social em geral, o que é muito valioso para a abordagem do tema específico dos contratos de gaveta.

Entretanto, para se trabalhar com expressões como tipo, tipologia, tipicidade, tipificação, deve-se deixar claro o sentido e o posicionamento com que tais termos serão tratados. Estes são, antes de figuras recorrentes nos mais diversos ramos do Direito, métodos de apreensão e de construção do conhecimento utilizados em diversas outras ciências. Mas antes de tratar pormenorizadamente deste assunto, pretende-se investir algumas linhas no estudo da idéia de tipicidade que costuma ser encampada na Teoria Geral dos Contratos.

#### **1.1.1 Classificação entre contratos típicos e atípicos *versus* nominados e inominados: em busca da desconstrução de uma pretensa linearidade histórica**

Parte da doutrina iguala, para fins de classificação, os termos “típico” e



“atípico” a “nominado” e “inominado” (respectivamente)<sup>1</sup>. Ou então faz pequenas distinções entre ambas as classificações dizendo, em suma, que a melhor terminologia é a primeira (típico e atípico), pois há muitos contratos que possuem um nome e não são disciplinados na lei, e outros que são disciplinados na lei mas não possuem um nome específico<sup>2</sup>.

Contudo, essa comparação deve ser vista com cuidado, vez que a classificação entre contratos nominados e inominados é oriunda do direito romano e ao se utilizar dela para descrever o fenômeno da tipicidade no atual paradigma epistemológico da modernidade sem maiores questionamentos pode-se estar incorrendo em equívoco metodológico<sup>3</sup>.

Isso porque a idéia de contrato no direito romano pouco tem a ver com a idéia atual, pois o centro da idéia de contrato na modernidade está no acordo de vontades, no pacto, enquanto no direito romano o elemento mais importante era a observância das formalidades e rituais legais para a realização do ato, sendo o acordo mero pressuposto de fato<sup>4</sup>.

No direito romano clássico, os pactos (no sentido leigo da palavra) poderiam tomar duas conotações jurídicas. Se esse acordo fosse revestido de uma das fórmulas consagradas seria considerado um *contractus*<sup>5</sup>, e como tal, dotado de uma *actio* (possibilidade de execução coativa). Caso o tipo de acordo não fosse enquadrado em uma das fórmulas legais teria valor apenas de *pactum*<sup>6</sup>, desprovido de *actio*, e protegido apenas indiretamente por uma *exceptio*<sup>7</sup>. Todas essas fórmulas

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11ªed. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 60.

<sup>2</sup> Cite-se nesse sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. IV. Contratos. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 181; Além de: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 132.

<sup>3</sup> Sobre metodologia no estudo da história do direito: STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Algumas precauções metodológicas para o estudo do direito civil. *In*: CANEZIN, Claudete Carvalho (org.). **Arte jurídica**. v. I. Curitiba: Juruá, 2005. p. 299-316. Precisa também é a advertência de Ricardo Marcelo Fonseca no sentido de que o “estudo linear da história do direito, (que amontoa tudo o que já passou numa superposição harmônica e coerente de institutos jurídicos através do tempo) acaba impondo uma lógica ao passado que em verdade lhe é estranha, ao mesmo tempo em que lança sobre a época pretérita as questões, preocupações, valorações e ansiedade que pertencem ao presente (...)” (FONSECA, Ricardo Marcelo. **A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault**. Curitiba: Genesis, n. 17. jul./set. 2000. p. 572).

<sup>4</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 6ª ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 110.

<sup>5</sup> Vasconcelos ainda adverte que o termo *contractus* era usado para descrever o conteúdo da relação negocial e não o ato jurídico que emerge da vinculação, como atualmente (VASCONCELLOS, Pedro Paes. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 364).

<sup>6</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *Op. cit.* p. 110.

<sup>7</sup> Mas essa rigidez não chegava a obstar o trânsito jurídico. DUARTE assevera que, em que pese os tipos romanos formarem uma série fechada, e os tipos contemporâneos uma série aberta, alguns desses eram mais elásticos que os atuais. O principal exemplo que o Autor cita é o caso da *stipulatio*, na qual através do simples respeito a determinada forma pré-determinada, era possível celebrar praticamente qualquer conteúdo negocial. Nestes termos, os tipos existentes eram aptos, pelo menos em tese, a preencher as funções que seriam de contratos

de pacto tinham um nome, daí o termo “nominado”.

Devido à sofisticação do trânsito jurídico, os romanistas da idade média e principalmente do período justinianeu passaram a aceitar mais quatro fórmulas genéricas de contratação que, em tese, podiam se enquadrar a quase todas as hipóteses de pacto possíveis<sup>8</sup>. Tais fórmulas não possuíam nome, daí a utilização da terminologia “contratos inominados”, o que não significa que estas fossem menos rígidas ou que o centro axiológico da idéia de contrato deixasse de ser a observância das fórmulas legais. Significa, tão somente, que foram “criadas” fórmulas mais abstratas que abrangiam uma parcela maior da realidade.

Ademais, há de se ressaltar o grande senso prático que norteava a dinâmica do direito romano, pois para cada situação eram criadas soluções pontuais e específicas, sendo que, no plano contratual, havia para cada prática recorrente no trânsito jurídico e social um tipo específico e autônomo de contrato. Não havia portanto, sob uma perspectiva científica, uma categoria contratual geral e abstrata da qual pudesse decorrer de maneira lógica um tipo contratual específico, como ocorre atualmente. Uma outra questão que deve ser levada em conta é que o contrato, na modernidade, surge da idéia de acordo de vontades, da autonomia privada<sup>9</sup>, categoria esta estranha à história e à cultura romanas. Somente a partir destas premissas é que se pode traçar uma sistemática cientificamente correta.

Com as reservas que se fará neste trabalho ao juízo de tipicidade com base apenas na lei, defende-se que a tipicidade (e a atipicidade) contratual deve ser compreendida no ambiente histórico-cultural em que os contratos estão inseridos na modernidade. E para compreender tal inserção, é preciso se levar em conta tanto o caráter puramente individualista em que foi criada a sistemática contratual moderna, como as construções mais recentes que trazem à teoria contratual elementos de solidariedade e comutatividade.

---

atípicos no sistema contemporâneo. (DUARTE, Rui Pinto. **Tipicidade e Atipicidade dos Contratos**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 56-57). Além disso, KASER assevera que nos casos que não se amoldavam exatamente à hipótese prevista nas fórmulas, mas eram similares, os pretores podiam intervir para adaptá-las ao caso concreto depois que uma das prestações já tivesse sido efetuada, no que se convencionou chamar de *actiones in factum* (KASER, Max. **Direito Romano Privado**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 263-264). Contudo essa era uma solução paliativa e que não chegava a considerar como contratos tais tipos de avenças, mas tão somente dar um efeito de contrato.

<sup>8</sup> Eram agrupadas, com base num digesto de Paulo, em quatro grupos conforme a espécie de prestação: *do ut des* (“dou para que me dê”), *do ut facias* (“dou para que faça”), *facio ut des* (“faço para que dê”) e *facio ut facias* (“faço para que faça”)(MEIRA, Sílvio A. B. **Instituições de Direito Romano**. 4ª ed. v. II. São Paulo: Max Limonad,?. p. 386-387).

<sup>9</sup> COULANGES, Fustel de. Da onipotência do Estado; os antigos não conheceram a liberdade individual. *In. A Cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, p. 248-252.

A idéia predominante de contrato que herdamos em nossa codificação civil (principalmente no Código Civil de 1916) é aquela encampada pós-revolução francesa e que é indissociavelmente marcada pela filosofia individualista e voluntarista do iluminismo. As premissas de justiça de tal sistema estão ligadas à liberdade e à igualdade formais. O contrato, considerado como o espaço onde as pessoas - em tese iguais e também em tese livres -, possuem um amplo espaço de discricionariedade para gerir seus interesses através da manifestação bilateral de suas vontades, se mostra como instrumento “intrinsecamente justo” sendo uma verdadeira metáfora da liberdade individual<sup>10</sup>. Em um sistema desse é que a idéia de contrato atípico, considerado como aquele livremente preenchido e estipulado pelas partes, tem seu sentido e seu fundamento, pois parte-se da idéia de contrato a partir do elemento essencial do acordo de vontades, do auto-regramento, possibilitando a criação de normas através do acordo das partes contratantes. A idéia de atipicidade no paradigma da modernidade está atrelado, portanto, à consagração da autonomia privada.

Ao lado desse enfoque individualista, que se mostrou um grande catalisador de desigualdades ao por no mesmo nível contratantes economicamente e tecnicamente desiguais, a idéia de contrato sofre, a partir da intensificação da globalização, da revolução industrial, da ode ao progresso, e do conseqüente surgimento de uma sociedade despersonalizada e de massas, uma nova ruptura (não completa é verdade) no sentido de mudar o foco da individualidade para a coletividade, como meio de operacionalizar juridicamente o funcionamento desse novo sistema de intenso trânsito social<sup>11</sup>. A massificação social e a padronização dos meios de circulação de riquezas, também trouxeram uma massificação no plano contratual, pois a vontade (tão aclamada na concepção individualista) começou a ser cada vez mais objetivada, passando a ter maior importância os efeitos jurídicos que a caracterizam do que a maneira como ela é expressa nos contratos. Reduz-se cada vez mais, portanto, o espaço de discricionariedade dos contratantes (principalmente das partes mais fracas). Reflexo deste movimento é o surgimento dos contratos de adesão e das redes contratuais.

Aqui a idéia de tipicidade contratual renasce forte, pois a padronização dos meios de troca, tão aclamada pelo mercado, encontra no tratamento legislativo de

---

<sup>10</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. *In: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 500.

<sup>11</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 507-508.

determinado tipo de contratação um grande aliado. O Estado passa cada vez mais a intervir no cenário privado para disciplinar o *fair-play* contratual e, como interesse subjacente, para ter maior controle da atividade privada como meio de tutelar interesses estatais (notadamente a tributação)<sup>12</sup>. A tipicidade aparece nesse quadro por um lado como elemento racionalizador do sistema, e por outro como um meio de controle da atividade privada.

Porém esta festejada ode ao progresso, a auto-regulamentação privada, e a estandardização dos contratos acaba por deixar desprotegidos alguns elos mais frágeis desta cadeia. E para equalizar essa questão de manifestação mínima da vontade e da hipossuficiência de uma parcela dos contratantes, as criações doutrinárias e legais do último século passaram a identificar deveres gerais de conduta que decorrem do vínculo contratual e que independem da vontade dos sujeitos que o estabelecem<sup>13</sup>. É nesse contexto que estão inseridos a tutela da confiança, a proteção da boa-fé objetiva, a função social do contrato, e os poderes do juiz em intervir na relação contratual para reequilibrá-la<sup>14</sup>.

Concomitante a esta concepção de solidariedade nas relações privadas, que traz instrumentos para garantir o equilíbrio interno das relações contratuais, pode-se notar também um grande movimento legislativo no sentido de intervir abstratamente nas relações jurídicas privadas com fins de proteção dos contratantes hipossuficientes. O maior reflexo disso é tipificação legal de contratos como os de consumo e de inquilinato.

Portanto, as razões pelas quais um tipo legal de contrato é criado hoje em dia são muito diversas daquelas razões pelas quais alguns pactos romanos eram reconhecidos como contratos dotados de *actio*. Na modernidade a recolha dos tipos legais pode se dar com fins de disciplinar relações jurídicas recorrentes, de proteção de contratantes mais frágeis, de controle estatal sobre as relações privadas, ou tão somente com o objetivo de dar tratamento jurídico uniforme a certa situação por uma questão de equidade<sup>15</sup>. Já os contratos nominados e inominados tanto para o direito romano clássico como para o direito justinianeu só eram assim classificados pois eram inseridos em um sistema pautado em um formalismo jurídico ritualístico (até mesmo religioso), e com base em um monismo jurídico absoluto encampado pelo

<sup>12</sup> VASCONCELLOS, Pedro Paes. *Teoria Geral...* p. 367.

<sup>13</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 509.

<sup>14</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: Conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 173-183.

<sup>15</sup> VASCONCELLOS, Pedro Paes. *Teoria Geral...* p. 367.

Estado que ditava as fórmulas para contratar inclusive nos casos em que havia, em tese, um espaço maior de auto-regulação (nos casos dos contratos inominados).

Assim, a compreensão da tipicidade e da atipicidade contratual deve ser pautada no paradigma da modernidade, pois a recorrência à terminologia romana dos contratos nominados e inominados além de ser falha, pois pautada em premissas absolutamente diversas, acaba por traçar uma linearidade histórica onde há, na verdade, ruptura.

### 1.1.2 Tipicidade e atipicidade contratual na doutrina brasileira

O recurso à tipicidade não é exclusividade das teorias contratuais. Diversos são os ramos do Direito que em maior ou menor medida se utilizam, nem sempre com a mesma acepção, do tipo e da tipicidade para caracterizar ou instrumentalizar seus institutos.

Cite-se, apenas a título exemplificativo, o Direito Penal, para o qual o tipo penal e a tipicidade das penas constituem elementos fundantes de toda a sistemática interna da disciplina. Também o Direito Comercial para o qual há a chamada tipicidade das sociedades comerciais. Além de diversas figuras do Direito Civil às quais se imputa a tipicidade, como os negócios jurídicos unilaterais, as espécies de vícios na formação da vontade e de modalidades de direitos reais.

O uso que se faz do tipo e da tipicidade varia conforme o caso. Mas parece se empregar sem muito questionamento científico dois significados principais. O primeiro seria a idéia de tipicidade como delimitação de determinado instituto de maneira exaustiva na lei sem dar espaço a elementos externos (idéia de taxatividade, *numerus clausus*). Já o segundo é a idéia de hipótese legal, ou seja, previsão legal de determinada prática ou fenômeno.

Mais especificamente sobre a idéia de contratos típicos, uma primeira análise indica que grande parte da doutrina brasileira parece se inclinar para o segundo significado (hipóteses legais). Para Caio Mário, “Diz-se que um contrato é típico (ou nominado) quando as suas regras disciplinares são deduzidas de maneira precisa nos Códigos ou nas leis”<sup>16</sup>. Sílvio Rodrigues, na mesma esteira, define “Contratos nominados ou típicos são aqueles que a lei dá denominação própria e submete a

---

<sup>16</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit.. p. 60.

regras que pormenoriza”<sup>17</sup>. Álvaro Villaça de Azevedo encerra o assunto professando que “tipicidade significa presença, e atipicidade ausência de tratamento legislativo específico”<sup>18</sup>.

A tipicidade contratual, nesse apanhado doutrinário inicial, está atrelada, portanto, à idéia de tipo legal. Ou seja, é típico aquilo que a lei define como tal. O que for estranho à gama de contratos enunciados na lei é atípico.

Escudado nesse entendimento, qualquer prática contratual que, embora seja habitual, nominada e reconhecida no meio social em que está inserida, mas por motivos diversos não teve acolhida legal, é uma forma atípica de contratação. Também são atípicos os contratos *sui generis*, com o seu conteúdo livremente pactuado pelas partes sem se ater a qualquer modelo legal ou socialmente consagrado. São duas categorias de contrato que merecem tratamento absolutamente distinto, mas que são postas em uma vala comum nos termos desta classificação<sup>19</sup>.

Feitas tais considerações, tal classificação pode padecer de escasso interesse prático, uma vez que a mera distinção entre um tipo legal de todo o restante das categorias contratuais é um processo relativamente simples, pois basta uma consulta à lei para se constatar que determinado contrato possui regulamentação típica ou não.

Também é uma classificação pautada num certo monismo jurídico, pois restringe a tipicidade à regulação legal, oriunda exclusivamente do Direito do Estado. Descarta-se, de certa forma, as manifestações de auto-regulamentação privadas, que por vezes servem de elementos racionalizadores do sistema e possuem um grande potencial criativo dentro do Direito.

Por esta razão é que se propõe, à partir deste ponto, uma análise do tipo e da tipicidade a partir do seu sentido científico ou próprio (como métodos de abordagem do conhecer), em que se mostrará toda a riqueza e utilidade destas ferramentas na análise dos problemas suscitados nesta monografia.

---

<sup>17</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. III. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 36-37.

<sup>18</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit. p. 60.

<sup>19</sup> VILLAÇA AZEVEDO, embora não inclua em sua classificação a distinção entre contratos legalmente e socialmente típicos, também manifesta preocupação com tal classificação, defendendo que os contratos atípicos merecem regulamentação mais precisa no que tange à sua disciplina aplicável. Tal autor divide, com esse ânimo, os contratos atípicos em: contratos atípicos singulares (que são figuras atípicas consideradas individualmente) e contratos atípicos mistos que podem apresentar-se com elementos somente típicos (a), somente atípicos (b), ou com elementos típicos e atípicos (c), cada qual merecendo um regramento distinto (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit. p. 138-139).

## 1.2. O “TIPO” COMO FORMA DE PENSAMENTO

A ciência do direito, por tratar de uma realidade plural, dinâmica e complexa, precisa estar munida de instrumentos metodológicos capazes de abordar seu objeto de maneira a funcionalizar o processo de criação e aplicação das normas.

Um dos principais é tratar seus objetos a partir de uma perspectiva conceitual abstrata. Contudo essa metodologia não é a única e nem sempre é adequada a todos os institutos tratados pelo Direito. Dentre outros métodos possíveis<sup>20</sup>, propõe-se neste trabalho a utilização do método tipológico.

O estudo conceitual, antes de mais nada, trata de uma realidade plural, seja ela um conjunto de objetos, um grupo de pessoas, ou então eventos mais complexos como a análise de uma dinâmica de acontecimentos. Com essa perspectiva, para a elaboração do conceito geral e abstrato, são abstraídas, desconsideradas, todas as características que não se verificam em todos os indivíduos do grupo e são consideradas, levadas em conta, aquelas presentes em toda a coletividade. É um procedimento intimamente ligado com a lógica formal tradicional. Em suma, utiliza-se do método indutivo, aumentando-se a abstração até que todos os elementos da realidade abordada se subsumam ao enunciado criado<sup>21</sup>.

Os conceitos podem ser mais ou menos amplos. A tendência é que quanto mais elementos concretos ele carregue, ou seja, quanto maior o número de notas distintivas enunciadas, maior seja sua precisão e sua carga de compreensão, porém menor será sua extensão. Em outras palavras, um conceito bem detalhado exprime um objeto com mais precisão do que um outro conceito cujo nível de abstração é maior. Mas em aumentando o número de características tomadas em consideração, o conceito passa cada vez mais a reduzir seu espectro de abrangência tornando-se progressivamente engessado. Por outro lado, quanto menos elementos da realidade estiverem inseridos no conceito, maior será sua abrangência<sup>22</sup>.

Porém, o aumento excessivo da abstração, leva ao esvaziamento do sentido

---

<sup>20</sup>Karl Larenz aponta como formas de pensamento também utilizadas pela ciência do direito o tipo, a idéia diretiva, o princípio que precisa ser concretizado e o conceito determinado pela função (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 533). No âmbito deste trabalho serão desenvolvidos o método conceitual abstrato e o tipológico.

<sup>21</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 534-535.

<sup>22</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 25.

do conceito<sup>23</sup> até um ponto que ele se torna de escasso interesse prático por se tornar tão amplo a ponto de se desconectar da realidade. Nesse sentido é plenamente válida a afirmação de VASCONCELOS de que no plano conceitual “Extensão e compreensão relacionam-se no sentido inverso”<sup>24</sup>.

Para equalizar essa questão, a ciência do direito, pautada numa perspectiva conceitual abstrata, se utiliza de um sistema em que há, por um lado, um ordenamento dos objetos individualmente considerados em conceitos inferiores, e por outro a subsunção destes conceitos inferiores (menos abstratos) em conceitos superiores (mais abstratos)<sup>25</sup>. Segundo VASCONCELOS, este sistema garante ao ordenamento, em princípio, um elevado grau “cientificidade” pois permite uma operação em termos estritamente lógicos. A utilização da sistemática conceitual garante então ao Direito um elevado grau de segurança, dotando as decisões de uma certa previsibilidade e sindicabilidade que evitam o arbítrio e o abuso<sup>26</sup>. A ciência do direito, em seu viés positivista, foi toda construída sobre esses alicerces.

Devido a isso, as críticas que se fazem a esse modelo são, normalmente, as mesmas feitas ao positivismo no Direito. VASCONCELOS, embora aponte a importância que a metódica dos conceitos gerais e abstratos representa para o Direito, indica diversas limitações e lacunas graves neste modelo. Nesse sentido merece transcrição:

Não permite, ou dificulta muito, os juízos valorativos, é pouco apta para a concretização das cláusulas gerais e conceitos indeterminados carecidos de preenchimento valorativo, não consegue dar resposta satisfatória aos problemas colocados pelas formas mistas e de transição e é pouco eficiente no que respeita à determinação da exigibilidade concreta<sup>27</sup>.

LARENZ ainda adverte que tal sistemática só seria plenamente válida se o sistema formado fosse completo e fechado, pois assim poderia se achar uma solução a toda questão jurídica por via de uma operação lógica de pensamento<sup>28</sup>. Nestes termos, a lógica formal ocuparia o lugar da teleologia e da ética jurídica<sup>29</sup>. Contudo, a pretensão de se atingir um sistema jurídico que seja completo se constitui em uma utopia uma vez que, nas palavras do mesmo Autor:

---

<sup>23</sup> LARENZ, Karl. Op. cit.. P. 556.

<sup>24</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...** p. 25.

<sup>25</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 532 e VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...** p. 26.

<sup>26</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais. **Contratos atípicos...** p. 28.

<sup>27</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...** p. 26.

<sup>28</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 532-533.

<sup>29</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 533.



Os fenômenos da vida não apresentam fronteiras tão rígidas, com as exige no sistema conceptual, mas formas de transição, formas mistas e variantes numa feição sempre nova. É impossível ainda, porque a vida produz constantemente novas configurações, que não estão previstas num sistema acabado. É impossível, por último, porque o legislador (...) se serve necessariamente de uma linguagem que só raramente alcança o grau de precisão exigível para uma definição conceptual<sup>30</sup>.

Especificamente no campo dos contratos, a metodologia conceitual não consegue abarcar toda a gama de práticas contratuais extremamente dinâmicas e variadas existentes na sociedade, de maneira que um conceito de contrato tem caráter apenas pedagógico e de precisão terminológica, sem ter conteúdo regulativo<sup>31</sup>.

A metodologia que instrumentaliza os contrato de seu ponto de vista funcional, ou seja, a partir de sua disciplina jurídico-normativa, é o método tipológico. Este não pretende substituir o conceitual abstrato, mas tão somente aparece como opção complementar nos casos em que a sistemática tradicional não dá conta de tratar dos problemas limítrofes e de transição no cenário jurídico<sup>32</sup>, como no plano dos contratos ou, mais especificamente, no tema central da presente monografia que versa sobre os contratos de gaveta no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.

O tipo, diferentemente do conceito, não é construído a partir da abstração de tudo que seja incomum na pluralidade estudada. Ele é resultado de uma aglutinação dos elementos do grupo a partir de determinadas características que são comuns a todos (em maior ou menos medida) sem desconsiderar o que é incomum, a partir de um determinado centro axiológico que justifique a dinâmica interna do sistema<sup>33</sup>. Em outras palavras, os tipos designam determinada realidade a partir da união. Segundo VASCONCELLOS,

Nos tipos, a parcela de realidade designada mantém-se íntegra sem ser amputada do diferente. Os tipos juntam o comum e o incomum em torno de algo que constitui critério de tipificação e que dá coerência ao conjunto<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Idem. *Ibidem*. p. 552.

<sup>31</sup> Sobre esse aspecto VASCONCELLOS tece as seguintes ponderações: “O conceito geral abstracto de contrato é um instrumento metodológico que, todavia, não tem um conteúdo material regulativo. O contrato como conceito geral e abstracto não consegue exprimir a enorme riqueza regulativa da multidão dos contratos que são celebrados na vida jurídica de relação e que têm conteúdos e configurações variadíssimos” (VASCONCELLOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral...** p. 365).

<sup>32</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 656.

<sup>33</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...** p. 37.

<sup>34</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 37.

Este “algo que constitui critério de tipificação”<sup>35</sup>, este centro axiológico, é o que o autor chama de **sentido do tipo**. A partir dele é que são reunidas diversas características que constituem o objeto típico.

Essas características, ao contrário das notas que constituem o conceito geral e abstrato, são graduáveis e podem ser mais ou menos verificáveis no caso concreto. Por exemplo, ao se analisar uma situação pretendendo subsumi-la a determinado conceito que possui cinco elementos, caso não se verifique um deles, exclui-se a hipótese daquela prevista pelo modelo. Mesmo que o sentido geral da situação seja muito próximo à prevista na hipótese e que a característica seja muito semelhante àquela do conceito, o modo de operar da metódica conceitual não permite o enquadramento da situação<sup>36</sup>.

Já no método tipológico, tal operação seria plenamente possível. As características que integram o tipo podem se verificar com maior ou menor intensidade, e ao final o que importa é que elas se relacionem de maneira coesa com o sentido do tipo. É possível, inclusive, que uma das características não se verifique, caso a incidência das demais a supra de maneira a manter a coesão e o sentido do tipo. Assim, é possível se graduar a própria tipicidade, classificando as situações em mais típicas ou menos típicas<sup>37</sup>.

O defeito que se pode apontar a tal metodologia é que o produto científico da operação tipológica é por vezes muito fluído, sem contornos bem definidos, o que pode acarretar, ao tratar de temas jurídicos, uma certa insegurança indesejável. Mas a vantagem está justamente na liberdade e na mutabilidade que tal sistemática garante. Na abordagem de temas tão fragmentários como a dinâmica social (e o como o Direito se movimenta para acompanhá-la) a utilização do método tipológico se torna riquíssima justamente porque permite que as mudanças e nuances da realidade consigam ser filtradas e inseridas no tipo em sua essência. Nesse sentido vale a precisa colocação de LEONARDO de que:

O pensamento tipológico, justamente por reconhecer os contornos imprecisos daquilo que se pretende designar, procura estabelecer uma alternativa cognitiva mais maleável da realidade<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> VASCONCELLOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...** p. 37.

<sup>36</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 553.

<sup>37</sup> VASCONCELLOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...** p. 38-39.

<sup>38</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2006. p. 93. Disponível em:

Como as características do tipo admitem uma certa graduabilidade, as progressivas mudanças sociais que anteriormente não eram previstas vão se acomodando ao tipo pré-existente de maneira que esse não fique obsoleto ou inoperante (desde que mantido o sentido do tipo). Diferentemente, numa abordagem tradicional, caso uma das notas de um conceito não se verifique mais, ou então se altere, o conceito deixa de abarcar aquela hipótese.

Em síntese, o valor científico principal da utilização do tipo está na aproximação que tal metodologia faz entre a norma e a realidade, mantendo tais esferas sempre em comunicação indissociável devido ao processo próprio de criação do tipo que não se utiliza de abstrações. LARENZ sintetiza esse entendimento com as seguintes palavras:

O valor cognoscitivo do tipo como uma forma de pensamento reside em que, ao invés do conceito abstrato, põe a claro e permite conservar a plenitude de traços particulares neles contidos, precisamente na união plena de sentido. Na plenitude destes traços particulares reflecte-se a “natureza da coisa”. Pois que aqueles não são outra coisa senão os aspectos jurídicos especiais das relações interpessoais concretas, permanentemente efectivadas na realidade da vida jurídica. Por isso, como sublinha ARTHUR KAUFMANN, “o pensamento com base na natureza da coisa é pensamento tipológico”<sup>39</sup>

### 1.3 TIPICIDADE LEGAL E TIPICIDADE SOCIAL: UM JUÍZO DE TIPICIDADE FEITO ALÉM DA LEI

No plano da Teoria Geral dos Contratos, é possível se identificar a tipicidade em dois planos: o legal e o social.

Um tipo contratual legal é aquele que possui suas características principais elencadas na lei. Os particulares podem livremente dispor acerca dos termos do contrato, preenchendo o espaço deixado pelo legislador e até dispondo de cláusulas previstas na lei (desde que não sejam de matéria injuntiva). Mas o usual é que quando da realização do contrato legalmente típico as disposições legais já estejam subentendidas no negócio jurídico realizado, bastando, normalmente, que as partes manifestem o desejo de realiza-lo.

---

[<http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20070731121037.pdf>]. Acesso em 15.09.2007.

<sup>39</sup> LARENZ, Karl. Op. cit. p. 575-576.

Ao lado da tipicidade legal também há a tipicidade social. Esta se encontra no plano da consagração prática, corrente, usual, hodierna, de determinada maneira de contratação, mesmo que sem tratamento jurídico específico. Através da constatação de características recorrentes em determinado fenômeno jurídico contratual, é possível se identificar determinados tipos de contratos que são recorrentes no trânsito jurídico, sem que haja previsão legal nesse sentido.

VASCONCELOS aponta três critérios principais de análise de situações pretensamente típicas<sup>40</sup>: O primeiro seria a “pluralidade de casos”, pois como exposto, o próprio método tipológico é afeito a acontecimentos múltiplos, não abarcando eventos isolados; O segundo é que a pluralidade estudada constitua uma prática, e não apenas uma coincidência fortuita, ou seja, que esta pluralidade seja socialmente reconhecida como “aparentada ou do mesmo tipo”; E por fim, que no meio social em que a prática está inserida, haja um entendimento pacífico e generalizado de sua vigência como algo “vinculativo, como modelo de referência e padrão de comparação, e como norma de comportamento”<sup>41</sup>.

Normalmente os tipos sociais são resultantes da atividade volitiva dos particulares lapidadas ao longo do tempo até se chegar a determinado modelo ideal. Em regra se apresentam como um tipo contratual equilibrado em relação às partes e ao objeto devido ao fato de surgirem de um confronto de interesses e de forças até certo ponto equânime. Não deixam de ser uma expressão de auto-determinação privada. Por esta razão, inclusive, é comum que o legislador recolha os tipos contratuais que pretende dar tratamento jurídico específico dentre aqueles tipos sociais pré-existentes.

Devido a isso, a juridicidade desses modelos ultrapassa o limite da estipulação das partes e passa para outro plano mais geral. VASCONCELOS afirma que os critérios de análise dos tipos sociais acima expostos, são, em suma, os mesmo requisitos de reconhecimento do direito consuetudinário, chegando a afirmar que “Os tipos contratuais sociais são direito consuetudinário”<sup>42</sup>. O mesmo Autor também coloca o modelo regulativo dos tipos sociais no plano dos “usos” ou “conseqüências usuais do contrato”<sup>43</sup>.

Nestes termos, embora os tipos sociais não tenham suas características

---

<sup>40</sup> Embora reconheça que não é possível se cogitar critérios exatos e perfeitos para determinar se as situações são típicas devido ao fato de a própria tipicidade social ser graduável.

<sup>41</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...**, p. 60/61.

<sup>42</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...**, p. 61.

<sup>43</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...**, p. 62.

enumeradas pela lei, possuem uma normatividade própria. Não chegam a criar cláusulas indisponíveis ou de ordem pública como normalmente ocorre nos tipos legais, mas funcionam, no restante das disposições, como o direito dispositivo do tipo legal. O seu conteúdo regulativo é o que se pode chamar de usos ou de conseqüências usuais do contrato<sup>44</sup>.

Importante ressaltar que parte da doutrina, especialmente a pátria, não traz a classificação dos tipos contratuais nestes termos. Correntemente, como já exposto previamente no item anterior há a classificação apenas em contratos típicos e atípicos. Em linhas gerais, contratos típicos seriam aqueles aqui trazidos como tipos legais (hipóteses legais), enquanto atípicos seriam todos os contratos que não possuem tratamento jurídico específico (os contratos socialmente típicos seriam considerados atípicos nesta classificação). A maioria dos autores pesquisados sequer faz menção à classificação proposta neste trabalho. Importante ressaltar que o juízo de tipicidade para além da lei não encontra limitação alguma na metodologia tipológico enquanto forma de pensamento, mas apenas não é tão explorado talvez por falta de domínio metodológico dos juristas ou por um certo apego à antiga classificação romana.

Mas defende-se, no âmbito deste estudo, que a inclusão dos tipos contratuais sociais na classificação entre contratos típicos e atípicos permite ao jurista identificar com maior precisão as principais práticas negociais recorrentes na sociedade. A partir daí pode-se apontar soluções práticas e captar eventuais demandas legislativas e sociais que se manifestam por meio de determinados tipos de contratação. Assim, tem-se em mãos uma ferramenta que aproxima o Direito da realidade que o cerca e permite uma análise do fenômeno jurídico com uma maior sensibilidade social.

---

<sup>44</sup> VASCONCELLOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...** p. 62.

## 2 SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

A questão da habitação é extremamente complexa nos diversos aspectos pela qual pode ser abordada, seja no plano urbanístico, econômico, sociológico, e, no que toca ao presente trabalho, no plano jurídico. Mas é inconcebível a correta compreensão do fenômeno apenas a partir de sua estrutura jurídico-normativa.

É preciso se levar em consideração as diversas peculiaridades e os influxos políticos que permeiam o mercado habitacional para se traçar as linhas gerais da problemática dos contratos de gaveta nesse âmbito.

Entre as características do mercado habitacional apontadas por LEONARDO<sup>45</sup> estão o alto custo para o fornecimento e o alto custo para o consumo, ou seja, para o empreendedor o fornecimento de imóveis demanda grandes investimentos, com retorno do capital investido diferido no tempo, e para o consumidor a aquisição da moradia custa, muitas vezes, um valor equivalente a seu rendimento acumulado de anos.

Mas além dos fatores estritamente econômicos, um outro aspecto que deve ser levado em conta é que a habitação não é uma mercadoria comum. Atualmente a moradia se encontra elevada à condição de direito fundamental social indispensável à realização da dignidade da pessoa humana<sup>46</sup>.

Portanto, a equação entre as dificuldades econômicas para o fornecimento do bem e da importância de seu provimento satisfatório demanda uma complexa interatividade entre o setor público e privado para ser equalizada de maneira satisfatória. E a fórmula correta só é possível de ser apreendida se vista à luz das discontinuidades históricas em que está inserida a questão da moradia e das opções políticas eleitas para suprir sua demanda.

Na história recente do país se faz um recorte a partir de meados do século XX, quando o déficit habitacional já era crítico. A explosão do crescimento das cidades, resultante do processo de industrialização iniciado nas décadas anteriores, o êxodo rural, e o aumento da população, aliados com o fracasso das políticas públicas habitacionais das décadas anteriores agravavam o problema<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37. Outras características do mercado habitacional arroladas pelo mesmo autor são a heterogeneidade, durabilidade, imobilidade dos bens e destinação à satisfação de uma necessidade fundamental.

<sup>47</sup> Antes da proclamação da república eventuais interferências estatais no campo habitacional não se davam com fins propriamente voltados à racionalização do espaço urbano e sim, apenas indiretamente, visando suprimir

Os anos 60 se iniciam com grave crise econômica e institucional. Sucessivas recessões, escândalos, e a instabilidade dos governos Jânio Quadros e João Goulart, aliado com o assédio internacional pela preservação do capital investido no país, levaram os militares a tomar o poder de forma autoritária em março de 1964<sup>48</sup>. Dentro desse quadro de déficit habitacional e de caos no cenário político-institucional é que surge em agosto de 1964 o Sistema Financeiro da Habitação<sup>49</sup>, com a pretensão de ser um meio de facilitação à aquisição da casa própria principalmente para a população de baixa renda<sup>50</sup>. A solução política proposta pelos militares para o déficit habitacional era, portanto, o fornecimento de crédito subsidiado pelo Governo Federal com fins de estimular tanto o setor da construção civil como aqueles que se dispusessem a adquirir um imóvel. É uma clara opção por solucionar a questão habitacional a partir da transmissão de propriedade.

A dinâmica do SFH, na teoria, seria simples e funcional, pois requeria pouco investimento público direto e seria sempre retro-alimentado pelo pagamento dos mutuários feitos com correção monetária, pelo depósitos em cadernetas de poupança e pelos depósitos vinculados ao FGTS<sup>51</sup>. Inicialmente o programa seria gerido pelo Banco Nacional da Habitação, vinculado ao Ministério da Fazenda, com os contornos jurídicos dados, em princípio, pela Lei 4.380 de 1964. O que se sucedeu foi uma infinidade de leis, decretos, circulares, portarias, e toda sorte de diplomas normativos que buscavam interferir no funcionamento do programa e nas relações contratuais dele decorrentes<sup>52</sup>.

---

doenças e melhorar o saneamento básico que era precário devido ao crescimento desordenado das grandes cidades (ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 56) . Em momento posterior é que foram surgir dois programas estatais voltados à expansão da moradia urbana. O primeiro foi no governo Vargas, a partir de 1930, voltado no início à ocupação de terrenos urbanos centrais, e, em momento posterior ao financiamento de conjuntos residenciais operários . O segundo, intitulado de Fundação da Casa Popular, foi criado em 1946 pelo então presidente Eurico Gaspar Dutra e perdurou por 18 anos nos governos seguintes como o principal programa federal voltado à questão habitacional (LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais...** p. 44-45). Porém ambos os programas fracassaram em prover habitação de maneira satisfatória. Entre os motivos do fracasso estão a pequena abrangência e a escassez de recursos disponíveis, o uso político dos programas e a já citada explosão do crescimento da população urbana (ARAGÃO, José Maria. Op. cit. p. 62).

<sup>48</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais...** p. 46.

<sup>49</sup> A partir de agora toda vez que houver referência ao Sistema Financeiro da Habitação utilizar-se-á a sigla SFH.

<sup>50</sup> FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 21.

<sup>51</sup> “Com efeito o sistema parece simples. O capital emprestado ao mutuário retornaria atualizado pela correção monetária e acrescido de juros, que, no entender das autoridades da época era de Justiça Social. Todo cidadão que recebia um empréstimo para a aquisição do imóvel, deveria devolver o valor do financiamento atualizado, possibilitando que outro cidadão pudesse, também, participar do sistema” (FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Op. cit. p. 21).

<sup>52</sup> Abordagem detalhada em “FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Breve Histórico do Sistema Financeiro da Habitação. *In*: Op. cit. p. 21-34.

O surgimento do SFH bem como de todo o aparato burocrático estatal que estava sendo criado pelo governo militar sempre foi norteado por uma pretensa neutralidade política. Entrava em cena a racionalidade econômica e a tecnocracia como formas de atuação estatal, em contraposição à políticas demagógicas, populistas, socialistas, ou qualquer outra forma de manifestação política tidas como mais “emocionais”<sup>53</sup>. Verdade é que os militares, que em nenhum momento se auto-intitularam golpistas, buscavam ter uma certa legitimidade política. E já que a legitimidade democrática havia acabado em função da “revolução”, buscou-se como elementos de legitimação, por um lado, o reconhecimento jurídico, através dos inúmeros atos institucionais que violentavam a Constituição e a democracia no país, e por outro, a racionalidade da política econômica. Ou seja, criou-se uma verdadeira mística em torno da economia e da racionalidade governamental, do milagre econômico, e do desenvolvimento acelerado, para servir de cortina de fumaça à real situação institucional pela qual passava o país<sup>54</sup>.

E norteado por esse discurso econômico-racionalista-tecnocrático é que surgiu o SFH. A justiça social do programa estaria em suas fórmulas matemáticas<sup>55</sup> que assegurariam a oneração comedida das famílias contratantes, tornando o “sonho da casa própria” acessível a todos, principalmente às famílias de baixa renda, na medida de suas possibilidades, com todo um “sistema financeiro” voltado a consecução desse fim.

Porém, a proposta que se mostrava puramente voltada à questão habitacional foi se mostrando cada vez mais cercada de interesses oligárquicos, financeiros e políticos. Em verdade, a meta 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>56</sup> não passava de uma grande falácia política.

A verdade é que o SFH estava inserido num contexto programático muito mais amplo. Entre os verdadeiros interesses que nortearam sua criação cita-se a

<sup>53</sup> BECKER, ao expor a situação, afirma que “(...) a gênese tecnocrática está presente em todo discurso que envolve o PAEG, apelando para um retorno à racionalidade na política econômica, contra a demagogia populista-distributivista-emocional e destituída de apoio lógico do governo GOULART” (BECKER, Laércio Alexandre. **Procedimentos especialíssimos e concentração do capital**. Tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 1999. p. 72).

<sup>54</sup> LAFER, Celso. **O sistema político brasileiro**. São Paulo: Perspectiva, 1975. p. 74 e ss.

<sup>55</sup> “Com efeito o sistema parece simples. O capital emprestado ao mutuário retornaria atualizado pela correção monetária e acrescido de juros, que, no entender das autoridades da época era de Justiça social. Todo cidadão que recebia um empréstimo para aquisição do imóvel, deveria devolver o valor do financiamento atualizado, possibilitando que outro cidadão pudesse, também, participar do sistema” (FIGUEIREDO, Alcio Manoel. Op. cit. p. 21).

<sup>56</sup> Lei nº 4.380 de 21 de agosto de 1964, art. 1º.



necessidade de aglutinação de apoio político ao regime, de controle de acesso à propriedade e a desmobilização dos movimentos sociais de luta pela moradia<sup>57</sup>. “Um proprietário a mais, um revolucionário a menos”, esse era um dos motes amplamente difundidos pelos apologetas do governo militar<sup>58</sup>. Assim, a potencialidade de obter uma moradia, a segurança que a “casa própria” em tese proporciona, aliados com o comprometimento financeiro por toda uma vida para saldar o financiamento, esvaziavam muitas reivindicações populares e serviam como uma forma de alienação prévia da mão-de-obra<sup>59</sup> dos mutuários ingressantes no sistema.

Além destes, diversos interesses econômicos também se acomodam ao SFH. Por um lado o governo estimula o setor da construção civil que por sua natureza necessita de grandes investimentos. Por outro, cria novas frentes de trabalho devido à grande demanda por mão-de-obra (com pouca qualificação) que tal setor “recém aquecido” exigiria. E como pano de fundo está a intenção estratégica de fortalecer e ampliar a influência do sistema financeiro através da gestão de vultuosas quantias que foram destinadas ao BNH<sup>60</sup>.

Com tantos interesses diretamente ligados ao SFH, tornou-se questão de sobrevivência para muitos setores a sua manutenção. Não tardou para as falácias políticas dos militares travestidas de planos econômicos sucumbissem diante realidade. E o que se seguiu nas décadas de 70 e 80 foram diversas recessões e crises que geraram um progressivo esvaziamento em massa do poder de consumo da população em geral (notadamente das classes mais baixas), causando uma crescente inadimplência dos contratos de mútuo do SFH<sup>61</sup>.

Diante de tal circunstância, levando-se em consideração a quase romântica idéia de que o SFH era um programa puramente voltado à solução da questão habitacional no país, era de se esperar por medidas estatais que conseguissem contornar todo esse cenário de crise econômica e garantisse à população o efetivo acesso à moradia. Mas nesse momento a solução para o problema, ao invés de passar pela constatação da inadequação do modelo existente, foi justamente o contrário do esperado, optando o Governo Federal pela manutenção do SFH a

---

<sup>57</sup> BECKER, Laércio Alexandre. Op. cit. p. 81-82.

<sup>58</sup> PERUZZO, Dilvo. **Habitação: controle e espoliação**. São Paulo: Cortez, 1984. p. 39.

<sup>59</sup> BLAY, Eva A. Habitação: a política e o habitante. In \_\_\_\_ (Org.). **A luta pelo espaço**. Petrópolis: Vozes, 1978. p. 85.

<sup>60</sup> BECKER, Laércio Alexandre. Op. cit. p. 84-85.

<sup>61</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais...** P. 58-59.

qualquer custo. Nesse caso o “custo social” pois cada vez mais o programa que era voltado ao atendimento da demanda habitacional das classes de baixa renda, passou a ser direcionada para o financiamento de imóveis para a classe média e alta – leia-se, que podia arcar com o pagamento das parcelas com maior segurança, tendo em vista que seus ganhos tendiam ter um aumento maior que a inflação -, enquanto os mutuários inadimplentes eram sistematicamente excluídos do sistema através da execução das hipotecas firmadas com as instituições financeiras.

Assim, para a classe de baixa renda cujas normas do SFH tornavam-se impraticáveis, restava como solução habitacional economicamente viável as favela, os cortiços e a autoconstrução desordenada nas periferias<sup>62</sup>.

Ficou claro, através dessa opção política, os verdadeiros fins a que o SFH se propunha em última instância: a legitimação do regime militar, a sustentação do milagre “econômico” e a injeção de capital no setor imobiliário. E quanto se pôs cheque estes interesses frente ao efetivo acesso à moradia venceram os primeiros.

Mas quem pagou a conta foram os milhões de mutuários que ingressaram no SFH, pois este, antes de tudo, foi construído com uma série de garantias processuais muito eficientes para as instituições financeiras, de forma a preservar o “programa”<sup>63</sup>.

Não tardou para o castelo de areia ruir. O que se seguiu foi uma série de crises sociais, urbanísticas, políticas e jurídicas no âmbito do SFH (assim como em diversos outros entes criados pelos governos ditatoriais). O tema da presente monografia é justamente uma dessas crises, que trata dos “contratos de gaveta”. Entre as outras crises que podemos citar estão a derrocada das construtoras, a já citada inadimplência em massa dos mutuários, a correção do fundo devedor mediante aplicação de taxas abusivas (TR), a transferência dos riscos da operação econômica entre construtora e instituição financeira aos consumidores finais, o rombo de mais de R\$ 50 bilhões dos cofres públicos já em meados dos anos 80 resultante dos subsídios governamentais<sup>64</sup>, entre outras tantas.

Antes de se desenvolver diretamente o tema dos contratos de gaveta, há ainda um elemento importante que deve ser analisado neste ponto. São os contratos de financiamento e aquisição de imóvel que ligam o mutuário-comprador, à

<sup>62</sup> BECKER, Laércio Alexandre. Op. cit. p. 91-92.

<sup>63</sup> BECKER, Laércio Alexandre. Op. cit. p. 77-78.

<sup>64</sup> VASONCELOS, José Romeu de; CÂNDIDO JÚNIOR, José Osvaldo. **O problema habitacional no Brasil: déficit, financiamento e perspectivas**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acessado em 17.02.2001. *Apud*: LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais...** p. 60.

construtora, e à instituição financeira integrante do SFH. É o contrato através do qual o consumidor final adere ao SFH e dentro dessa lógica é que está inserida a problemática dos contratos de gaveta.

## 2.1 CONTRATO DE AQUISIÇÃO E FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO NO ÂMBITO DO SFH

O SFH, por estar inserido em uma complexa cadeia econômica e jurídica, tinha em seu organograma uma série de operações econômicas tendentes à satisfação de seus objetivos. E o instrumento principal eleito para operacionalizar o sistema no plano jurídico foi o contrato, através das redes contratuais<sup>65</sup>. Porém não cabe no âmbito deste trabalho esmiuçar toda a infinidade de tipos contratuais que permeiam o SFH. Importante é explorar o tipo contratual que liga o comprador final da unidade habitacional com a construtora, e com a entidade financeira que fornece o crédito, pois é nesse contexto que se inserem os contratos de gaveta, objeto desta monografia.

Defende-se neste trabalho que tal contrato é legalmente típico, pois foi criado a partir da Lei 4.380 de 1964 e das inúmeras alterações legislativas referentes à sistemática do SFH. Além disso, o contrato de aquisição e financiamento de imóvel no âmbito do SFH reúne em seu conteúdo uma série de prestações características de outros contratos típicos, notadamente da compra e venda, do mútuo, do seguro e da hipoteca, o que reputa à idéia de contrato misto<sup>66</sup>. Contudo, a conjugação das diversas prestações, aliadas à alteração substancial do sentido do tipo, devido às especificidades do arsenal jurídico do SFH, fazem surgir um outro tipo contratual que deve ser analisado em sua lógica interna, autônoma e própria, e não como uma mera conjugação de diversos negócios jurídicos autônomos entre si.

Resgatando a metodologia tipológica, foi visto que para se aferir se uma hipótese é típica ou não, é necessário mais do que a verificação de todas as notas

---

<sup>65</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais...** p. 22.

<sup>66</sup> Contratos mistos são aqueles construídos a partir da conjugação de prestações de diversos outros tipos. À princípio são contratos atípicos, e que suscitam diversos questionamentos quanto ao regime jurídico aplicável, gerando diversas teorias para tal (teoria da absorção, teoria da combinação, teoria da interpretação analógica, teoria da criação)(LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais...** p. 96-121). Mas quando são frequentemente celebrados, os contratos mistos acabam por tornar-se típicos na prática, podendo até ser tipificado na lei (VASCONCELO, Pedro Pais de. **Contratos atípicos...** p. 313).

do tipo. É fundamental que as notas do tipo se relacionem entre si de maneira coerente com o sentido do tipo. Para se fazer um juízo de tipicidade deve-se, portanto, verificar a lógica interna da hipótese.

No caso dos contratos de aquisição e financiamento de imóvel no SFH as prestações que são típicas de outros contratos se relacionam, e tendem a fins diversos, daqueles de cada tipo contratual tomado isoladamente. Há, portanto, um outro sentido do tipo. Passa-se agora a analisar as principais características deste contrato.

### **2.1.1 Transferência da propriedade do imóvel**

Uma das prestações do contrato de aquisição e financiamento de imóvel no SFH refere-se à transferência da propriedade do bem financiado feito pela construtora ao adquirente, assemelhando-se à compra e venda, aplicando-se em parte a disciplina jurídica do Código Civil Brasileiro no Capítulo “Da Compra e Venda”<sup>67</sup> e o regramento específico dos bens imóveis. A grande peculiaridade deste tipo contratual em relação ao contrato de compra e venda é o fato de uma ampla parcela do pagamento do valor estipulado no negócio ser feito pela instituição financeira através do repasse do valor financiado pelo mutuário/comprador diretamente à construtora<sup>68</sup>. Assim, esta prestação contratual está ligada, indissociavelmente, ao financiamento avençado entre o comprador e a instituição financeira<sup>69</sup>.

A outra parte do pagamento, caso o valor financiado seja inferior ao valor total do imóvel pode ser feito de diversas maneiras. Entra elas está: O pagamento à construtora de uma quantia a título de “sinal do negócio” sem interferência do SFH; A utilização como forma de pagamento inicial a “poupança parcelada” (também

<sup>67</sup> Capítulo I, Título VI, Livro I, Parte Especial, do Código Civil Brasileiro.

<sup>68</sup> O que torna tal tipo de operação muito vantajosa para as construtoras, uma vez que, nas bem colocadas palavras de LEONARDO “O empreendedor (incorporador), ao vender as unidades, deixa rapidamente de ser elemento do sistema, mantendo-se o vínculo contratual apenas com o contratante consumidor, o que, efetivamente, reverte-se em grande benefício para as construtoras, que potencializam as operações de venda sem assumir riscos ao longo dos inúmeros anos de financiamento” (LEONARDO. Rodrigo Xavier. Redes contratuais no mercado habitacional. São Paulo: RT, 2003. p. 52.

<sup>69</sup> Essa simbiose é apontada por SOUSA FIGUEIREDO inclusive no momento da proposta. De um lado haveria a proposta governamental, oferecendo aos cidadãos um financiamento em que as prestações mensais seriam reajustadas na mesma progressão da renda familiar, e de outro a proposta das construtoras que ratificam os termos da proposta estatal (incluindo em seus anúncios a possibilidade de financiamento, de utilização de linhas de crédito, etc)(FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Op. cit.. p. 35-37).

chamada de “poupanção”), que é uma das linhas de crédito disponíveis em que o interessado faz o depósito do valor mensal das prestações durante doze meses, e após esse período pode obter um empréstimo de até 100% do valor do imóvel, com juros anuais de 12%, livre de comprovação de renda; E a utilização do FGTS para saldar parte da dívida<sup>70</sup>.

Na análise da sistemática desta prestação pode-se notar estampada uma das principais finalidades do mercado habitacional: o fomento à indústria da construção civil. Isso porque o empreendedor que vende as unidades habitacionais logo recebe o pagamento e deixa de integrar o sistema, sendo os riscos e custos de anos de financiamento transferidos para o SFH e as instituições financeiras conveniadas<sup>71</sup>.

## 2.1.2 Financiamento imobiliário

Juntamente com a transferência do bem imóvel, há, como forma de viabilizar a operação econômica, o fornecimento de crédito pela instituição financeira ao contratante consumidor num tipo de financiamento que muito se assemelha ao contrato legalmente típico de mútuo oneroso<sup>72</sup>, tanto que os ingressantes no SFH normalmente são chamados de “mutuários da casa própria”<sup>73</sup>.

Em linhas gerais, o adquirente do imóvel financia uma quantia em dinheiro destinada ao pagamento do imóvel que é diretamente repassada à construtora, e se responsabiliza pelo pagamento das parcelas junto à instituição financeira. Ao longo dos anos o SFH apresentou diversos tipos de financiamento, variando, conforme o caso, a política de reajuste do valor das prestações, do saldo devedor, e da forma de liquidação final deste.

Mas a principal forma de financiamento do SFH foi a do chamado “plano de equivalência salarial”<sup>74</sup> em que as prestações mensais eram corrigidas com índices

---

<sup>70</sup> FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Op. cit. p. 31-32, 37-38.

<sup>71</sup> Sobre o assunto também se manifestou LEONARDO nos seguintes termos: “O empreendedor (incorporador), ao vender as unidades, deixa rapidamente de ser elemento do sistema, mantendo-se o vínculo contratual apenas com o contratante consumidor, o que, efetivamente, reverte-se em grande benefício para as construtoras, que potencializam as operações de venda sem assumir riscos ao longo dos inúmeros anos de financiamento” (LEONARDO. Rodrigo Xavier. **Redes contratuais...** p. 52.

<sup>72</sup> Pois a Lei 4.595/64 traz uma série de taxas e outras espécies de remunerações bancária além do pagamento das prestações em si.

<sup>73</sup> Termo este que se utilizará no decorrer do trabalho sem intenção de classificar o contrato de financiamento e aquisição imobiliária como contrato de mútuo.

<sup>74</sup> FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Op. cit. p. 87-90.

que levavam em conta a variação salarial da categoria trabalhista do mutuário e o saldo devedor total era corrigido com base em taxas de juros e de correção monetárias normais de mercado.

Como tal sistema gerava fatalmente distorções entre o valor que seria pago até o final, e o valor total do saldo devedor, foi criado o “fundo de compensação de variação salarial” (FCVS<sup>75</sup>), com o qual os mutuários contribuía mensalmente. Ao final do pagamento da última prestação do financiamento habitacional o FCVS se encarregava de liquidar eventual saldo devedor remanescente (o que era regra acontecer na prática).

Essa sistemática persiste nos contratos celebrados até a edição da Lei 8,692, de 28.07.1993. Após isso foi criado um sistema pretensamente mais equilibrado de atualização das parcelas e do comprometimento mensal de renda do mutuário<sup>76</sup>. Em compensação a mencionada Lei acabou com a possibilidade de utilização FCVS, sendo a utilização deste como meio de abrandar as distorções entre o valor da parcela mensal e do saldo devedor substituída pela possibilidade de prorrogação do financiamento caso ao final ainda reste algo a pagar.

### **2.1.3 Hipoteca**

Uma das prestações ajustadas no contrato de aquisição e financiamento imobiliário no SFH é a gravação do imóvel recém adquirido/financiado com ônus real através da constituição de hipoteca primeira e especial em favor do agente financeiro para assegurar o financiamento e demais obrigações assumidas<sup>77</sup>.

### **2.1.4. Seguro por morte ou invalidez permanente<sup>78</sup>**

Outra prestação inserida no tipo contratual em tela é o pagamento de taxa referente a uma apólice de seguro por morte ou invalidez permanente do mutuário contratante (também chamado de MIP) e outra por dano físico ao imóvel (DFI).

---

<sup>75</sup> FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Op. cit. p. 101-102.

<sup>76</sup> FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Op. cit. . p. 97.

<sup>77</sup> FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Op. cit. p. 39

<sup>78</sup> FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. Seguro habitacional do SFH. *In*: Op. cit. p. 103-110..

No primeiro tipo (MIP) há a quitação total ou parcial do saldo devedor no caso de morte ou invalidez permanente do mutuário causada por acidente ou doença. No segundo (DFI) há a cobertura dos prejuízos materiais sofridos pelo imóvel em casos como incêndio, explosão, desmoronamento, inundação, etc.

### **2.1.5 Contratação feita por adesão**

O contrato de financiamento e aquisição de imóveis no SFH é um típico caso de **contrato por adesão**, pois além das diversas cláusulas injuntivas criadas pelas leis e diplomas normativos, as instituições financeiras seguem modelos rígidos de contratação, permitindo uma margem muito estreita de negociação.

Além do amplo poderio econômico aglutinado que acaba refletindo no momento da contratação, as instituições financeiras concedentes de crédito habitacional normalmente são públicas e estão intimamente ligadas ao poder estatal, de modo que as criações legislativas pertinentes ao SFH são geralmente tendentes à proteção do sistema e das próprias instituições financeiras. A consequência perversa é, que em uma análise mais ampla, temos um mutuário que em geral é tecnicamente hipossuficiente, realizando uma contratação que compromete o orçamento de uma vida, em que a outra parte contratante detém amplo poder econômico, jurídico-processual e, indiretamente, político, podendo assim estabelecer tanto as cláusulas contratuais (por ser contrato de adesão), como, de maneira indireta, as cláusulas legais injuntivas (pela relação indireta com o poder estatuído). E para funcionalizar essa operação econômica tão desigual foi eleito como instrumento jurídico justamente o contrato, que tem como corolário principal a realização da justiça comutativa entre as partes...

### **2.1.6 Proibição da venda e de qualquer cessão de direitos relativos a imóveis do SFH sem prévia anuência da instituição financeira**

Acrescenta-se ainda, por último e mais importante para o presente estudo, a cláusula que proíbe a venda, a promessa de venda, a cessão e a promessa de cessão de débito nos contratos vinculados ao SFH, sem prévia anuência da

instituição financeira.

Tal disposição, à princípio, não era fruto de um imperativo legal e sim de uma cláusula contratual inserida na grande maioria dos contratos de financiamento do SFH. É uma nota do tipo surgida do fenômeno da homogeneização contratual, através da imposição em massa de tal disposição. Mas além disso, como veremos adiante, a vedação contratual passou a ganhar ares legislativos a partir de da década de 90.

A Caixa Econômica Federal, através de uma “escritura padrão declaratória”, impunha tanto aos mutuários que contratam com aquela instituição, quanto aos demais que optam por contrair financiamento em outras instituições financeiras<sup>79</sup>, que

a dívida será considerada antecipadamente vencida, independentemente de qualquer notificação judicial ou extrajudicial ensejando a execução do contrato – para efeito de ser exigido de imediato na sua totalidade com todos os seus acessórios, inclusive correção monetária, por qualquer dos motivos previstos em lei, e, ainda: I – Se o devedor: c) ceder ou transferir a terceiros, no todo ou em parte, os seus direitos e obrigações, vender ou prometer a venda imóvel hipotecado, **sem prévio e expresso consentimento da CEF**<sup>80</sup>.

Além disso, as leis que tentaram regulamentar a proliferação das centenas de milhares contratos de gaveta que surgiram decorrentes de tal proibição, passaram a endossar tal cláusula exigindo a anuência da instituição financeira para a alienação do imóvel financiado. A redação original da Lei 8.004 de 14 de março de 1990, no seu Art. 1º, Parágrafo único, trazia a seguinte disposição:

A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativa a imóvel gravado em favor de instituição financiadora do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, **com a interveniência obrigatória da instituição financiadora**, mediante a assunção, pelo novo mutuário, do saldo devedor contábil da operação, observados os requisitos legais e regulamentares para o financiamento da casa própria, vigentes no momento da transferência, ressalvadas as situações especiais previstas nos artigos 2º e 3º desta lei.

Também a Lei nº 10.150 de 21 de dezembro de 2000, que veio a alterar a lei supracitada no sentido de inserir outras condições para a transferência do imóvel a

<sup>79</sup> Segundo Fernandes Neto, “Tal cláusula é imposta aos consumidores que aderem ou aderiram aos contratos do Sul Brasileiro – Crédito Imobiliário S/A (cláusula 20º), Habitasul – Crédito Imobiliário S/A, Meridional Crédito Imobiliário S/A (cláusula 33º), Bradesco Sul S/A Crédito Imobiliário, entre outros” (FERNANDES NETO, Guilherme. Cláusulas Abusivas do SFH – Um interesse Coletivo. **Revista dos Tribunais**. v. 702. Abril de 1994. p. 15)

<sup>80</sup> Cláusula 23 da chamada escritura padrão declaratória com o texto extraído de: FERNANDES NETO, Guilherme. Op. cit. p. 15.



terceiros, traz a mesma disposição no tocante a necessidade de anuência da instituição financeira, conforme se extrai da redação do agora parágrafo primeiro do Art. 1º da Lei 8.004/90:

A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, **com a interveniência obrigatória da instituição financiadora.**

Em resumo, uma disposição que era inicialmente contratual e que passou a ser desafiada nos tribunais e nas contingências do dia a dia, passou a ter um tratamento legislativo *a posteriori* para melhor assegurar o discutível direito das instituições financeiras em interferir na livre disposição dos imóveis que se encontravam financiados.

## 2.2 PROBLEMÁTICA EM TORNO DA PROIBIÇÃO DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL SEM A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: CONTROLE DE RECURSOS PÚBLICO, LIQUIDEZ DO SISTEMA, AUTONOMIA PRIVADA E IMOBILIZAÇÃO DO MUTUÁRIO

Os dois maiores argumentos das instituições financeiras para justificar a necessidade de sua anuência com a transferência da posição contratual no contrato de aquisição e financiamento são de que os recursos destinados ao SFH possuem origem e subsídio público, e por isso seriam destinados a uma certa parcela específica da população a ser beneficiada pelas políticas públicas habitacionais, e de que sempre haveria, como corolário da livre iniciativa e da liberdade de contratar, a faculdade de as instituições financeiras avaliarem o potencial de crédito daqueles que com ela financiam.

Em um primeiro momento a questão política de viabilização da aquisição da casa própria àqueles que se enquadram no perfil dos programas habitacionais é refletida no próprio tipo contratual de aquisição e financiamento de imóveis no SFH. A maioria das prestações são estipuladas levando-se em conta aspectos pessoais do contratante. Por exemplo, a correção do valor da prestação seguia os índices de atualização salarial da categoria trabalhista ou da própria renda do mutuário com um fundo subsidiado pelo Estado com fins de compensar o descompasso entre o valor real da dívida e o valor pago ao final da última prestação, ou então o seguro por

morte ou invalidez do mutuário que visa proteger os recursos do sistema e garantir à família do contratante morto a propriedade do bem e, porque não, a eficácia do direito fundamental à moradia.

Tais características fazem com que eventual transferência da posição contratual tenha que ser, no mínimo, chancelada por algum organismo público sob pena de se desvirtuar a aplicação de recursos do programa habitacional. Pense-se na hipótese de pessoas que não se adequam ao perfil do programa tendo acesso aos recursos, ou então de grupos empresariais se utilizando dos recursos através de pessoas interpostas que preencham os requisitos necessários. O resultado disso seria (ou é?) a inserção desses bens, e dos recursos públicos, no mercado e na especulação imobiliária.

Estes argumentos são plenamente defensáveis e coadunam com os preceitos constitucionais tanto da necessidade de controle e transparência da aplicação de recursos públicos, como da livre iniciativa que norteia a atividade privada.

Contudo, ao deixar exclusivamente nas mãos das instituições financeiras (públicas e privadas) o controle dos recursos do SFH, e em última análise, a gestão da política habitacional, inseriu-se também uma lógica privada na necessidade de intervenção no processo de cessão da posição contratual.

Para anuir com a transferência, ainda que o ingressante na relação se encaixe no perfil do programa habitacional, a instituição financeira exige que o valor da prestação mensal seja recalculado com base no saldo devedor total da dívida. Porém, como visto, o valor da prestação paga pelo mutuário e o saldo devedor seguem parâmetros de atualização diferentes. Em regra, o saldo devedor é corrigido mês a mês com base nas taxas de juros correntes, enquanto as prestações são atualizadas conforme a variação salarial da categoria do mutuário ou por outros índices de correção monetária<sup>81</sup>.

O resultado é um enorme descompasso entre o valor da prestação e o valor do saldo devedor, sendo que este se torna proporcionalmente muito superior ao valor pago pelo mutuário mensalmente. Tanto é comum identificar casos em que a dívida imobiliária é superior até mesmo ao valor de mercado do imóvel, a despeito de o mutuário ter efetuado o pagamento de diversas prestações<sup>82</sup>.

Assim, o valor da prestação recalculado com base no saldo devedor se torna

---

<sup>81</sup> SILVA, Bruno Mattos e. O registro possível dos "contratos de gaveta". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=580>>. Acesso em: 01 ago. 2007.

<sup>82</sup> SILVA, Bruno Mattos e. Op. cit.

praticamente inviável, tornando o negócio desinteressante para eventual terceiro interessante na relação. Já para o mutuário, a alienação do imóvel se torna materialmente impossível devido às condições impostas pela instituição financeira.

Para uma lógica privada, bancária, e de mercado, a necessária intervenção da instituição financeira se justifica por dois motivos. O primeiro é pelo fato de se querer maximizar os lucros, por exigir o recálculo das prestações tendo por base um saldo devedor que já de antemão se sabia que não correspondia ao valor real da dívida que seria liquidada (pois na maioria dos casos os contratantes se valiam do FCVS). O segundo motivo é por uma questão de liquidez do sistema. É melhor (mais lucrativo) para as instituições financeiras ver a obrigação sendo liquidada normalmente, como o avençado, do que ter que partir para via contenciosa, ainda que haja a garantia hipotecária. Pior do que os custos individualmente considerados que um processo judicial demanda, é a demora na recuperação do capital investido. Normalmente há a emissão de títulos referentes aos financiamentos habitacionais, e a demora no retorno do capital ocasiona o vencimento dos títulos sem que os recursos previstos para sua recuperação tenham ingressado. Para honrar com esses títulos o sistema financeiro desloca recursos de outras áreas. E tudo isso tem um custo. Uma inadimplência em massa pode ocasionar até mesmo o esvaziamento de capital no sistema financeiro (algo parecido com o que ocasionou a crise do mercado imobiliário americano em meados de 2007).

Pois bem, no tocante aos contratos de aquisição e financiamento habitacional, o fato de a responsabilidade continuar sendo daquele que originalmente contratou (por já ter sido avaliado o seu potencial creditício) é uma garantia a mais de que as prestações serão pagas até o fim como o avençado. Da mesma maneira se justifica, sob o ponto de vista econômico, a aceitação ou não do ingresso de uma terceira pessoa que deseje se sub-rogar na posição contratual do mutuário original.

Mas para aqueles que pretendem transferir os imóveis adquiridos por via do SFH, o sonho da casa própria ganha ares de pesadelo, pois a soma dos requisitos exigidos pelas regras do SFH conjugados com as exigências das instituições financeiras tornam a disposição do bem financiado praticamente inviável. É comum que os financiamentos tenham seu pagamento diferidos por longos períodos, geralmente chegando a mais de vinte anos. O resultado perverso de toda essa sistemática criada pelo SFH é que o mutuário/adquirente fica “amarrado” ao imóvel por todo o período de pagamento das prestações.

Essa é uma disposição desconectada da realidade. O mundo moderno impõe um dinamismo à sociedade que faz com que uma mesma pessoa normalmente tenha necessidades de diferentes imóveis ao longo da vida. Diversos são os exemplos possíveis. O sucesso financeiro que leva o mutuário a almejar um imóvel melhor do que aquele que financiou; Ou uma queda no poder aquisitivo que leva o mutuário a não conseguir arcar com o pagamento das prestações; A família que cresce; A família que se desfaz; Mudanças de domicílio em virtude de oportunidades profissionais. Todos esses fatores (e quantos outros!) implicam geralmente na procura de uma nova opção de moradia, em detrimento daquele imóvel financiado.

Porém, ao tentar se desligar deste, o mutuário encontra as barreiras impostas pela instituição financeira. Caso deseje vender o bem, esta estabelece condições inviáveis para o eventual terceiro adquirente. Caso deseje desistir do financiamento junto ao Banco receberá de volta, em regra, uma quantia insignificante proporcionalmente àquilo que já pagou devido à aplicação de índices irrealistas de correção ao fundo devedor.

E nesse complicado cenário em que há a necessidade de controle da gestão de recursos públicos, a sanha das instituições financeiras em obter o maior lucro possível ou de, ao menos ver seu capital preservado, e dos mutuários que querem dispor de seus imóveis, é que estão inseridos os contratos de gaveta no Sistema Financeiro da Habitação.

### 3 CONTRATOS DE GAVETA NO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

#### 3.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS

A inviabilização da possibilidade de transferência do imóvel financiado ou, até mesmo, de cessão de créditos (em sentido amplíssimo), que foi imposta pelas regras do Sistema Financeira da Habitação e pelas políticas das instituições financeiras gerou, como já exposto, uma situação de grande descompasso entre as necessidades dos mutuários e a disposição jurídica atinente ao tema. Os mutuários se viam na necessidade de alienar os imóveis em questão, enquanto as instituições financeiras continuavam irredutíveis em anuir, valendo-se para tal de garantias contratuais, legais, processuais, além de amplo poderio econômico aglutinado.

A resposta construída no mercado habitacional para tal situação veio por intermédio de estratégias de disposição do imóvel e, conseqüentemente, disposição sobre débito financiado, à revelia das instituições financeiras e dos mecanismos de registro público. Nesse contexto é que surgem os chamados “contratos de gaveta”.

O contrato de gaveta é uma criação tipicamente brasileira que surgiu das peculiaridades nacionais decorrentes de uma política de crédito habitacional que, distanciada da realidade, ao propiciar o acesso ao bem imóvel acabava por imobilizar o próprio adquirente, como se a vida do mutuário, a partir do ingresso no Sistema Financeiro da Habitação, passasse a um estado de imutabilidade tal como a cláusula que proibia qualquer disposição a respeito daquele bem.

Mediante o contrato de gaveta, o mutuário original transferia a posse do imóvel adquirido pelo Sistema Financeiro da Habitação a um terceiro que, por sua vez, obrigava-se (junto ao mutuário original, frise-se bem) a pagar o restante das prestações devidas à instituição financeira mutuante. Além disso o terceiro, em geral, pagava ao mutuário original uma importância que guardava relação com as prestações já adimplidas (valor este, usualmente, chamado de “ágio”).

O terceiro adquirente, em mercado, passou a ser conhecido como “gaveteiro”. Isso porque toda essa operação econômica seria feita com o desconhecimento da instituição financeira. Assim, o imóvel e, sobretudo, o financiamento continua vinculado ao mutuário original. O contrato entre o mutuário original e o gaveteiro ficaria guardado “na gaveta”, vindo à lume apenas após a quitação final do contrato

de mútuo para, com isso, cancelar o ônus hipotecário e transferir o imóvel para o “gaveteiro”<sup>83</sup>.

Devido a tais características normalmente tenta se imputar a tal avença o regramento de negócios jurídicos legalmente típicos como a promessa de compra e venda, ou cessão de promessa de compra e venda, cessão de débito, cessão da posição contratual, ou mera cessão de direitos. Mas nenhuma dessas figuras consegue dar tratamento jurídico satisfatório aos casos concretos. Por ser uma situação *sui generis*, que se desenvolveu fora dos padrões desses institutos jurídicos mais tradicionais, o fenômeno dos contratos de gaveta não é passível de ser relacionado plenamente a um desses tipos negociais.

A denominação “contrato de gaveta” não é cientificamente a mais adequada para abordar o tema, mas sem dúvida é a consagrada na linguagem popular e jornalística, sendo que inclusive os tribunais usualmente se referem ao termo entre aspas. Normalmente ao tratar de tipos contratuais é comum que o nome dado à avença guarde relação com o objeto mediato ou imediato da relação jurídica principal inserta no contrato, por exemplo, contrato de compra e venda, de locação, de franquia, etc. O nome “de gaveta” guarda relação com a clandestinidade do contrato em relação a instituição financeira<sup>84</sup>. Malgrado essas circunstâncias, entende-se que, pela consagração que esse *nomen iuris* já alcançou, é de se continuar a utilizá-lo até que um dia se dê uma solução legislativa definitiva ao tema. Frise-se tão somente, que ao se utilizar de tal expressão não está se fazendo nenhuma menção tendenciosa ao assunto.

### 3.1.1 Utilização de Instrumento Particular

O contrato de gaveta, como sua denominação já denuncia, normalmente não pode ser realizado por instrumento público, ou ser registrado, sem a interveniência

---

<sup>83</sup> DUARTE, Francisco Carlos et. al. Acesso à Justiça, SFH e "contratos de gaveta". **Boletim Informativo Juruá**. N.270, de 11 a 21.12.2000.

<sup>84</sup> Cite-se como exemplo o posicionamento do Advogado Ronaldo Gotlib exposto no “Guia do Mutuário” por ele elaborado e disponível na *internet*: “Em primeiro lugar, é preciso dizer que somos contra esta nomenclatura, ‘gaveteiro’, pois faz crer que o negócio firmado é ilegal e, por isso, deve estar escondido (na gaveta), o que não é verdade. O contrato de gaveta é perfeitamente legal. Só não é reconhecido pelo banco. Cumpre, porém, todos os requisitos legais que lhe asseguram a validade. Portanto, o gaveteiro pode pleitear seus direitos da mesma forma que o mutuário original” (GOTLIB, Ronaldo. **Guia do mutuário**. Disponível em: <<http://www.casaemcasa.com.br/mutuario/cap5.htm>>. Acesso em: 12.08.2007).

da instituição financeira por força de imposição legal.

Até 1990 os tabeliães, para realizar o registro ou lavratura de avenças que tinham como objeto imóveis hipotecados a entidades do SFH, tinham que, necessariamente, fazer constar nos termos a comunicação ao credor feita pelo alienante, com antecedência de, no mínimo 30 dias<sup>85</sup>. O que não significa a obrigatoriedade da intervenção da instituição financeira. Porém, feita a comunicação, era de praxe que esta considerasse a dívida antecipadamente vencida em razão da famigerada disposição contratual anteriormente mencionada, o que frustraria por completo a negociação pretendida.

Após o advento da Lei 8.004/90, a interveniência da instituição financeira na formalização da transferência passou a ser obrigatória<sup>86</sup>. Assim, além do dever de comunicação dos mutuários que celebravam o negócio, impunha-se também aos oficiais de registro e aos tabeliães o dever de comunicar eventuais escrituras lavradas ou registradas que tivessem por objeto imóveis vinculados ao SFH<sup>87</sup>.

Para fugir dos inconvenientes disso – normalmente ligados ao vencimento antecipado da dívida ou à imposição de condições mais onerosas para o adquirente –, tornou-se comum a realização do contrato de gaveta por meio de instrumento particular, pois a tentativa de o tornar público, seja através da utilização de escritura pública, seja pelo registro, seria o sinônimo de abrir as portas para a instituição financeira impor as mencionadas condições extremamente onerosas para anuir com o financiamento.

### 3.1.2 Cessão da posição contratual

---

<sup>85</sup> Segundo dicção do art. 292 da Lei 6.015/73 (que dispõe sobre os registros públicos) “É vedado aos tabeliães e aos oficiais de registro de imóveis, sob pena de responsabilidade, lavrar ou registrar escritura ou escritos particulares autorizados por lei, que tenham por objeto imóvel hipotecado a entidade do Sistema Financeiro da Habitação, ou direito a eles relativos, sem que conste dos mesmos, expressamente, a menção do ônus real e ao credor, bem como a comunicação ao credor necessariamente feita pelo alienante, com antecedência de, no mínimo 30 dias” (grifamos). Tal disposição foi extraída de: FERNANDES NETO, Guilherme. *Op. cit.* p. 15.

<sup>86</sup> Lei nº 8.004/90 (redação original): “Art. 1º O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pode transferir a terceiros direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei. Parágrafo único. A formalização da venda (...) dar-se-á (...) com a interveniência obrigatória da instituição financiadora...”. A alteração da redação de tal dispositivo pela Lei 8.692/93 nada mudou a disposição jurídica relativa ao tema, sendo mantido o *caput* do art. 1º e, no que passou a ser o parágrafo primeiro assim de dispôs: “A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativa a imóvel gravado em favor de instituição financiadora do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financiadora (...).”

<sup>87</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. *Op. Cit.* p. 15.

Quando há a anuência da instituição financeira na realização da transferência do financiamento e da propriedade do imóvel a um terceiro ingressante na relação há um exemplo clássico do negócio jurídico chamado cessão da posição contratual<sup>88</sup>. Tal operação não é tipificada expressamente na legislação brasileira e tem como disciplina normativa as regras sobre negócios jurídicos em geral - concernentes à existência, à validade e à eficácia -, e aquelas relativas aos negócios jurídicos dispositivos abstratos<sup>89</sup>.

Trata-se a cessão da posição contratual de negócio jurídico bilateral<sup>90</sup> em que há a transferência do “conjunto de posições ativas e passivas”<sup>91</sup> criadas por um contrato a uma terceira pessoa que ingressa na relação (cessionário), com o consentimento do outro contratante (cedido) havendo a exoneração daquele que transferiu sua posição subjetiva no negócio (cedente).

Nestes termos, o que existe não é a mera cessão de crédito, ou de débito, ou de determinados direitos específicos. Os efeitos gerados por tal negócio jurídico são amplos e totais. Um dos contratantes originais deixa de integrar a relação jurídica criada pelo contrato, para o ingresso de um terceiro para o qual se transfere não apenas as obrigações relativas aos créditos ou débitos ali pactuados e sim, conforme precisa colocação de PONTES DE MIRANDA, nos

Direitos presentes, direitos futuros, pretensões presentes e futuras, ações presentes e futuras, dívidas presentes e futuras, obrigações presentes e futuras, passam ao outorgado, - não, porém como efeitos realizados e previstos, mas sim porque se transmite a própria posição subjetiva no negócio jurídico, com os seus elementos irradiadores ativos e passivos<sup>92</sup>.

É o que acontece na prática do mercado habitacional quando o negócio

---

<sup>88</sup> Outras expressões que também se utilizam para denominar tal operação são cessão de contrato, venda de contrato e cessão da posição subjetiva, esta última adotada por PONTES DE MIRANDA. Este mesmo autor aponta a impropriedade científica dos outros dois nomes (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 23. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 401-404). MOTA PINTO, embora possua várias edições de seu livro com o nome “cessão de contrato” também aponta tal defeito. A expressão “cessão da posição contratual” é a utilizada no direito português e nos parece a mais apropriada por ser mais objetiva porém não menos rigorosa do que a de PONTE DE MIRANDA. Mas ao longo do trabalho também utilizar-se-á a expressão “cessão de contrato”.

<sup>89</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 23. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 410.

<sup>90</sup> Diferentemente, MOTA PINTO entende que seria negócio jurídico trilateral por considerar a concordância do contratante original remanescente um elemento constitutivo do ato na mesma proporção das outras duas declarações de vontade que concorrem para a formação do negócio (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, p. 439).

<sup>91</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. Cit., p. 432.

<sup>92</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 23. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 404.



jurídico de transferência da posição subjetiva do contrato de financiamento e aquisição de imóvel é feita com a participação da instituição financeira ou quando os contratos de gaveta são regularizados junto a essa.

Contudo, na ampla maioria dos casos, a alienação dos bens e a transferência do financiamento são realizadas sem a participação ou conhecimento da instituição financeira pelas razões já expostas. Isso importa na ausência do consentimento do contratante original que permanece na relação.

A doutrina controverte quanto a natureza jurídica desse elemento. Para MOTA PINTO<sup>93</sup> e ORLANDO GOMES<sup>94</sup> trata-se tal consentimento de um elemento constitutivo do negócio jurídico, que tem a mesma importância das outras duas declarações de vontade, sendo que a ausência desse implica na inexistência do negócio jurídico de transferência. Já PONTES DE MIRANDA aduz que a anuência do contratante remanescente é negócio jurídico unilateral e autônomo em relação ao negócio jurídico da cessão da posição contratual, cuja existência se exige para que haja eficácia translativa deste<sup>95</sup>. Portanto, para este autor, a ausência de consentimento do contratante que permanece é uma circunstância que atinge a eficácia do ato e não a sua existência e validade. O argumento é que os efeitos do pacto realizado entre cessionário e cedente é existente e válido entre os dois (pois mesmo diante da negativa de anuência este continua a ter efeitos entre as partes), porém, só são eficazes perante o contratante remanescente se este for comunicado e concordar com tal operação, pois pode ter razões para repelir a transferência (como a falta de confiança ou a dúvida quanto à aptidão do terceiro em poder adimplir com as obrigações cedidas)<sup>96</sup>.

Independentemente de qual posição se toma, é pacífico que a falta de anuência da instituição financeira impede que o contrato de gaveta possa gerar efeitos. Partindo-se apenas dessa premissa tem-se que não haveria então, no caso dos contratos de gaveta, a efetiva cessão da posição contratual, mas tão somente um negócio jurídico realizado entre cedente e cessionário cujos efeitos só aproveitariam a estes, sendo que a titularidade da posição subjetiva da relação jurídica base continuaria a mesma.

---

<sup>93</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. Cit. p. 439.

<sup>94</sup> GOMES, Orlando. Contratos. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 148-149.

<sup>95</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 23. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971..p. 410-411.

<sup>96</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 23. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.. p. 411.

As demandas da realidade, no entanto, fizeram com que o Superior Tribunal de Justiça paulatinamente passasse a garantir aos contratos de gaveta uma eficácia ao menos relativa em relação às instituições financeiras.

Assim, pode-se afirmar os contratos de gaveta, segundo a classificação de PONTES DE MIRANDA, são negócios jurídicos de transferência da posição subjetiva do devedor com eficácia relativa devido a ausência da declaração unilateral de vontade do cedido, mas que produzem certos efeitos devido à natureza da operação. Segundo a classificação de ORLANDO GOMES e MOTA PINTO, seria um negócio jurídico de transferência da posição contratual inexistente pela ausência de anuência do contratante remanescente.

### **3.1.3 Contrato de gaveta e promessa de compra e venda**

Ao lado da intenção de transferência da posição subjetiva do financiamento, há também a intenção de alienar do imóvel. O que de fato querem aqueles que se utilizam do contrato de gaveta é transferir o bem e a responsabilidade pelo pagamento das prestações remanescentes do financiamento. Porém, a realização de um negócio desta natureza fica impossibilitada de ser lavrada (obrigatoriamente por escritura pública) pelos motivos apontados no item 2.1.6. Mas a solução praticada é deveras justa, pactua-se pelo pagamento de uma quantia relativa àquilo que já foi pago pelo mutuário original e a assunção, por parte do terceiro adquirente, do restante da dívida.

Como a transferência da propriedade do bem não pode ser feita imediatamente, a prática dos contratos de gaveta, até por uma dificuldade de categorização em um dos institutos civis tradicionais, normalmente é tratada como o negócio jurídico de promessa de compra e venda. Lembrando que mesmo esta se encontra vedada por força das disposições contratuais normalmente utilizadas e também de expressa menção legal inserida pela Lei nº 8.692/93<sup>97</sup>.

Hoje em dia verificam-se dois tipos principais de promessa de compra e venda no direito pátrio.

---

<sup>97</sup> Lei nº 8.692/93, Art. 1º, parágrafo primeiro: “A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativa a imóvel gravado em favor de instituição financiadora do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financiadora (...)” (grifamos).

O primeiro possui *status* de direito real limitado e está previsto no Código Civil nos arts. 1.417 e 1.418 e também é chamado de promessa irrevogável de compra e venda. Nesta espécie de contrato as partes assumem a obrigação recíproca de estipular o contrato definitivo de compra e venda<sup>98</sup>, sem cláusula de arrependimento e com o devido registro no Cartório de Registro de Imóveis. Assim, o contrato gera o direito de o promitente comprador exigir do promitente vendedor ou de terceiro o cumprimento da avença podendo inclusive, em caso de recusa, requerer a adjudicação compulsória do bem através de execução específica<sup>99</sup>.

A outra modalidade de promessa de compra e venda é aquela realizada por instrumento particular sem registro público. A diferença para a espécie anterior é que tal contrato gera efeitos obrigacionais apenas entre as partes, não podendo ser oposto a terceiros por não estar registrado e não tendo, conseqüentemente, a possibilidade de se exercer o poder de seqüela. Entre as partes, no entanto, os efeitos são idênticos pois o que permite que se exija o contrato definitivo é a irrevogabilidade da promessa de compra e venda e não o mero registro<sup>100</sup>.

Os contratos de gaveta, como usualmente não são registrados, se aproximam mais da segunda espécie. Os efeitos que eles geram, todavia, são híbridos, vez que, como será exposto a seguir, a doutrina e a jurisprudência admitem, até certo ponto, a oponibilidade dessas avenças às instituições financeiras e a terceiros, além da possibilidade de discutir o contrato em juízo como se donos do imóvel fossem. Tal circunstância por si só já faz com que, no plano da tipicidade, os contratos de gaveta pouco se aproximem do modelo típico da promessa de compra e venda.

Contudo, o negócio jurídico de promessa de compra e venda está relacionado apenas com uma das prestações do contrato de financiamento e aquisição de imóvel: a transferência da propriedade do bem. Já o o contrato de gaveta, pelo menos em tese, tenta operar a cessão da posição contratual de todas as prestações. Assim, querer tratar os contratos de gaveta como promessas de compra e venda não registradas, é tratar, em grosso modo, o todo pela parte. Pois até é defensável a tese de que parte do contrato de gaveta rege-se pelas regras da promessa de compra e venda não registrada, mas de maneira nenhuma este se resume a ela.

---

<sup>98</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19º ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 357.

<sup>99</sup> VIANA, Marcos Aurélio S. **Comentários ao Novo Código Civil: Dos direitos reais**. v. XVI. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 696-697.

<sup>100</sup> VIANA, Marcos Aurélio S. Op. cit.. p. 696-697.

### 3.1.4 Outorga de procuração “em causa própria” em favor do cessionário

Na prática dos contratos de gaveta usualmente há a outorga, por parte do mutuário original, de uma procuração para agir em causa própria<sup>101</sup> em favor do terceiro comprador para que este possa atuar junto à instituição financeira nos assuntos pertinentes ao contrato de mútuo do SFH, e principalmente na baixa da hipoteca e na transferência do imóvel ao final do pagamento das prestações.

A grande peculiaridade de tal tipo de procuração é que o outorgado tem legitimidade para agir em interesse próprio, mas em nome do outorgante, além de ser irrevogável e não se extinguir com a morte de qualquer das partes. A disciplina legal de tal instituto tem sua base no Art. 685 do Código Civil que assim dispõe:

Conferido o mandato com a cláusula ‘em causa própria’, a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais<sup>102</sup>.

É uma exceção aparente à teoria geral dos mandatos na qual é proibido celebrar negócios jurídicos consigo mesmo. Aparente porque, conforme professa Pontes de Miranda, “O procurador em causa própria gere seus próprios interesses, embora, no exercer os poderes, exerça procura, pratique atos por outrem”<sup>103</sup>.

A outorga da procuração “em causa própria” é de grande importância na prática dos contratos de gaveta no SFH, vez que garantem uma certa segurança

<sup>101</sup> Disciplina jurídica dada pelo Código Civil em seu Art. 685: “Conferido o mandato com a cláusula ‘em causa própria’, a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais”.

<sup>102</sup> Importante ressaltar que a procuração “em causa própria” por si só não transfere os direitos ou bens que estejam nela compreendidos, o que se transfere, na verdade, é o poder de dispor do direito como seu, que PONTE DE MIRANDA chama de “direito formativo dispositivo”. Nesse ponto vale a transcrição das palavras do Autor sobre o assunto: “O que se transfere não é o direito de crédito, ou de propriedade, ou outro direito transferível: é o poder de transferi-lo, com todo o proveito e o dano desde o momento em que se deu a procuração em causa própria. Tanto o procurador pode transferir a outrem como a si mesmo e, se o bem é divisível, a duas ou mais pessoas, dentre as quais se pode por. Há, portanto, atribuição de direito formativo dispositivo. Não houve a transferência do direito de que se pôde dispor, houve a transferência ou a constituição do poder de dispor do direito como seu” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 45. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.. p. 157).

<sup>103</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 45. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 162. Aprofundando-se nesse ponto o mesmo Autor aduz que: “O obrar em nome próprio e o obrar em causa própria não se identificam: nem seria possível confundir-se o ser o ato em nome próprio com o ser o ato em causa própria. Quem age em nome de outrem tanto pode fazê-lo em causa própria como em causa alheia” (Idem. p. 157-158)

jurídica ao terceiro-comprador<sup>104</sup>. Isso porque tanto a prestação contratual tratada como promessa de compra e venda assim como a procuração são irrevogáveis, o que permite ao adquirente opor ambas ao outorgante/vendedor em caso de lide. Também, devido ao fato de a procuração não se extinguir com a morte de qualquer das partes, tal prática se torna de vital importância para que o outorgado (ou seus herdeiros) possa opor o contrato de gaveta ao outorgante (ou seus herdeiros).

Além de tais efeitos práticos importantes, uma interessante situação que a outorga de procuração em causa própria causa é a cessão quase ilimitada de poderes contratuais originais ao terceiro ingressante na relação contratual de mútuo. Este, embora formalmente e juridicamente continue agindo em nome de outrem, exercendo a procura gerindo interesses próprios e tendendo a tomar as decisões, em nome de outrem, que favoreça a realização dos fins que pretende. O que é muito interessante pois, na prática, há uma aproximação muito grande dos efeitos da realização do negócio jurídico de cessão da posição contratual, com a realização de contrato de gaveta com outorga de procuração em causa própria (que é um paliativo).

## 3.2 RISCOS ENVOLVIDOS NAS TRANSAÇÕES IMOBILIÁRIAS ATRAVÉS DOS CONTRATOS DE GAVETA

A ausência do registro público dos contratos de gaveta, atreladas às disposições normativas que limitam a sua validade e eficácia, trazem uma série de riscos para as partes que resolvem utilizar dos contratos de gaveta para ceder os contratos de aquisição e financiamento no âmbito do SFH.

Para o sucesso do negócio é recomendável que exista um certo grau de confiança entre os contratante, vez que sem o registro público abrem-se as portas para o arbítrio e para a insegurança jurídica.

### 3.2.1 Riscos para o cedente

---

<sup>104</sup> “Para que haja alienação da propriedade, é preciso que tenha havido a promessa de alienar e o acordo de transmissão, ou o contrato real. Em suma: o outro negócio jurídico, qualquer que seja, é que cede ou transfere” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 45. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 160)

Quando da realização do negócio, o cedente transfere o dever pelo pagamento do restante das prestações ao gaveteiro. Transfere o dever, porém, não transfere a responsabilidade patrimonial. No caso de inadimplência do contratante gaveteiro, o mutuário original pode ter seu nome inscrito nos bancos de dados de proteção ao crédito, pois, como visto antes, a transferência do dever de pagar não é reconhecida pela instituição financeira<sup>105</sup>.

Além do comprometimento de sua credibilidade para obter crédito em razão da inadimplência, o cedente também pode se ver obrigado a ter que arcar com o adimplemento de outras obrigações que aderem ao imóvel, sendo as principais o condomínio e os tributos.

Mas em casos extremos, quando a instituição financeira decide executar a garantia, o mutuário original é atingido limitadamente, tendo em vista a natureza de direito real inerente à hipoteca. O direito de seqüela permite que o credor busque a execução do título nas mãos de quem quer que esteja no imóvel. Neste caso, do gaveteiro.

### 3.2.2 Riscos para o cessionário

A posição do terceiro comprador é bem mais complicada. Ele detém uma posição precária e frágil, podendo-se verificar três graves problemas.

O primeiro é que, pelo fato de a propriedade estar registrada em nome do mutuário original, pode ocorrer a penhora e a adjudicação judicial do bem para assegurar execução de débitos deste. O cessionário fica então, para manutenção da propriedade do bem, à mercê da utilização de “embargos de terceiro” nem sempre providos devido às controvérsias sobre o tema.

O segundo é ligado à má-fé do vendedor. Por não ser o contrato de gaveta registrado, pode o mutuário original vender o bem mais de uma vez, inclusive para uma outra pessoa que eventualmente venha a formalizar o negócio com a anuência da instituição financeira e consiga, com isso, adquirir a propriedade do bem por meio do registro público<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> BEDIN, Bruna Balestieri Bedin. **A questão da validade dos contratos de gaveta: Um enfoque no Sistema Financeiro da Habitação**. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 120-121.

<sup>106</sup> BEDIN, Bruna Balestieri Bedin. Op. cit. p. 120-121.

Outro problema que pode surgir é em relação ao seguro por morte ou invalidez permanente incluído nos contratos do SFH, pelo qual a dívida considera-se quitada com o falecimento do mutuário. Aqui também dois problemas se apresentam. Caso o cedente morra, o imóvel passa a integrar os bens inventariados e o cessionário pode ter dificuldades em opor o contrato de gaveta aos herdeiros. Caso o cessionário morra, por sua vez, a dívida não será quitada, ficando seus herdeiros responsáveis pelo pagamento das demais prestações caso queiram continuar com o imóvel, ou então o pagamento será abandonado causando a execução da garantia e os citados problemas ao vendedor.

### 3.3 RECONHECIMENTO DOS CONTRATOS DE GAVETA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O arsenal legal e contratual criado para garantir às instituições financeiras o controle das operações de transferência dos imóveis financiados com os recursos do SFH era, e é, deveras contundente. Em uma análise menos profunda das disposições atinentes ao tema, forçoso é reconhecer que os contratos de gaveta seriam um tipo contratual proibido, clandestino, e cuja validade não se poderia

Contudo, levando-se em conta que a prática é absolutamente difundida na trânsito social, além do grande desequilíbrio econômico-contratual entre as partes que tais disposições trazem, os tribunais brasileiros (incluindo o STJ) começaram a temperar a interpretação de tais normas passando a reconhecer vários efeitos dos contratos de gaveta e flexibilizando o entendimento quanto à necessidade, à forma, e à fundamentação do negócio jurídico de anuência da instituição financeira com a transferência do contrato.

---

cessões da posição contratual nos contratos de mútuo do SFH seria de se exigir, com base nesse entendimento, que a anuência da instituição financeira fosse sempre expressa.

Registre-se, no entanto, que é relativamente pacífico no âmbito do STJ que a anuência da instituição financeira para a cessão da posição contratual pode ser tácita. Portanto, caso esta seja notificada da realização da operação e continuar a receber as prestações pagas pelo terceiro-adquirente, não pode alegar o vencimento antecipado da dívida, ou se negar a efetuar a baixa da hipoteca ou a transferência do imóvel em favor do terceiro adquirente ao final do pagamento de todas as prestações. A ementa do seguinte julgado traz a síntese de tal entendimento:

TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL FINANCIADO - CONHECIMENTO DO AGENTE FINANCEIRO - PRESUNÇÃO DE CONSENTIMENTO TÁCITO.

Passando o agente financeiro a receber do cessionário as prestações amortizadoras do financiamento, após tomar conhecimento da transferência do imóvel financiado a termo, presume-se que ele consentiu tacitamente com a alienação.

Embargos recebidos. (REsp 70684. STJ. Primeira Sessão. Relator Ministro Garcia Vieira. DJ 14.02.2000)<sup>108</sup>

Assim, o Tribunal traz uma solução equânime para a situação. Havendo a ciência da operação por parte da Instituição financeira, seja através da notificação direta, ou através da publicidade da avença com o registro público, e esta se mantendo inerte, continuando a receber as prestações normalmente, reconhece-se que anuiu tacitamente com a situação.

Caso fosse diverso o entendimento, poderia a instituição financeira se insurgir a qualquer tempo enquanto durasse o adimplemento das prestações, o que causaria uma situação de insegurança jurídica injustificável. Assim, se esta toma conhecimento do contrato de gaveta, ou adota as medidas que julgar pertinentes<sup>109</sup>, ou então assume o risco da negociação devido a sua inércia.

Tal entendimento também está escudado no princípio da boa-fé objetiva que

---

<sup>108</sup> No mesmo sentido “SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH) - CONTRATO HIPOTECARIO DE MUTUO - VENDA DO IMOVEL PARA TERCEIRO PRECEDIDA DE NOTIFICAÇÃO - PERSISTENCIA DA GARANTIA - ARTS. 985, 999 E 1.035, CODIGO CIVIL - LEIS 4.380/64 E 8.004/90. Inequívoco o conhecimento, pela instituição financeira (credora hipotecária), da transferência do imóvel para terceiro, este sub-roga-se nas obrigações e direitos estabelecidos no contrato firmado pelo originário devedor, continuando a mesma garantia hipotecária. O conhecimento e a continuação dos pagamentos das parcelas mensais de amortização da dívida, inexistente oposição à transferência, equivale à implícita concordância” (STJ. Primeira Turma. Relator Ministro Milton Luiz Pereira. REsp 61413 / SP. DJ 06.05.1996. BJI 113/8096, grifamos). Vide também as decisões definitivas tomadas no REsp 67.256, REsp 39.146, EDcl no REsp 573059, REsp 293.828.

<sup>109</sup> Pode ser tanto a tentativa de regularização junto ao terceiro, ou então considerar vencida antecipadamente a dívida e buscar as medidas judiciais que entender cabíveis.



norteia o direito dos contratos, especialmente no seu desdobramento da proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), que ocorre quando há a real contradição entre dois comportamentos da parte, representando o segundo uma quebra de confiança e das expectativas criadas pela prática do primeiro<sup>110</sup>. Neste caso considera-se que a parte agiu em desacordo com a boa-fé objetiva sendo esta segunda conduta que frustrou as expectativas da primeira tornada sem efeito.

A aceitação da possibilidade de haver concordância tácita das instituições financeiras nos contratos de gaveta é um proveitoso exemplo de aplicação de tal construção legal (embora não tenha sido localizado nenhum julgado do STJ que aprecia a questão sob este prisma). O fato de o financiador, ciente da operação, continuar recebendo as prestações normalmente cria uma expectativa de que concordou com a operação. Há uma espécie de derrogação da cláusula que considera a dívida antecipadamente vencida nos casos de cessão da posição contratual. Essa expectativa é frustrada no caso de a instituição financeira, em momento posterior, se negar a cancelar a hipoteca, a dar quitação, ou então de injustificadamente deixar de receber os valores das prestações. Portanto, há uma violação do princípio da boa-fé objetiva pela quebra no dever geral de conduta de não manter conduta contraditória, não podendo tal ato gerar efeitos.

Frise-se que a comunicação da operação à instituição financeira continua sendo um risco àqueles que celebram contrato de gaveta por esta ter a faculdade contratual (de validade discutível) de considerar antecipadamente vencida a dívida.

### **3.3.2 Exigência de que a negativa da instituição financeira seja fundamentada**

Como já explorado no ponto 2.2, a necessidade de controle das operações de transferência se justificariam, por uma questão de ordem pública (gestão da política habitacional) e por uma questão essencialmente privada (liberdade de contratar com aqueles que teoricamente teriam potencial para adimplir com a obrigação).

Pois bem, tais argumentos são deveras defensáveis, à ponto de no STJ se

---

<sup>110</sup> Conforme ensina o Professor Menezes Cordeiro “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente (...). *Venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”(MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 742 e 745).

encontrarem diversos julgados que entendem que a negativa da instituição financeira em anuir com a transferência deve ser sempre fundamentada justamente no não cumprimento dos requisitos estabelecidos<sup>111</sup>. Nesse sentido cita-se a seguinte ementa:

SFH. TRANSFERÊNCIA DO FINANCIAMENTO. ANUÊNCIA DO AGENTE FINANCEIRO. NECESSIDADE. De acordo com a orientação predominante neste Tribunal, é indispensável a anuência do agente financeiro para a transferência do financiamento ao novo adquirente. Ressalva do relator, que apenas admite a recusa se justificada. Divergência demonstrada. Recurso conhecido e provido (**REsp 472.370-PR** – 4ª Turma – STJ – Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ. 04.08.2003, grifamos)

A mencionada ressalva feita pelo Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar se extrai de seu voto no mesmo Recurso Especial que acabou virando paradigma:

Faço restrição pessoal a entendimento assim genérico, como se fosse possível ao banco recusar a anuência por puro arbítrio. Se o adquirente atende aos requisitos da lei, não há razão para a discordância, pois o fato da transferência pelo primitivo comprador não pode servir de oportunidade para a renovação do contrato com cláusulas mais desfavoráveis ao mutuário. Isso não retira do agente financeiro o direito de verificar as condições pessoais do novo adquirente, que passa a ser aquele com quem o banco celebrará o contrato. No caso dos autos, uma vez provado que o autor atendia às exigências legais, nada justificaria a denegação de seu pleito<sup>112</sup>.

Assim, tal entendimento traz uma repercussão interessante na sistemática elaborada por PONTES DE MIRANDA nos negócios jurídicos de cessão da posição contratual. Tal autor entende que a concordância do contratante remanescente não precisa ser fundamentada, pois este possui ampla discricionariedade para decidir se quer ou não manter a relação contratual com o terceiro ingressante. Seria isto um corolário da autonomia da vontade e da liberdade de contratar. Mas no caso dos contratos de gaveta, tomando-se por base este tipo de decisão, há uma inversão dessa lógica, impondo a anuência (com o perdão da expressão paradoxal) em

---

<sup>111</sup> Atualmente tais requisitos são, conforme elucida SOUSA FIGUEIREDO “I. Capacidade de pagamento das prestações pelo novo mutuário; II. O valor da prestação mensal para o novo mutuário será atualizado pro rata die, a contar do último reajuste até a data de transferência do contrato, com base no índice de atualização da caderneta de poupança; III. Além da atualização pro rata die a prestação será acrescida da quinta parte do valor do encargo mensal; IV. No ato da transferência será cobrado do novo mutuário uma contribuição especial de 2% (dois por cento), do saldo devedor integral para os contratos mantidos com cobertura do FCVS e de 1% (um por cento) para os contratos sem FCVS; V. As instituições financeiras nos contratos com cobertura do FCVS não observarão o limite máximo do financiamento, do preço de venda e da avaliação do imóvel objeto da transferência, e ainda, se o mutuário possui dois imóveis no mesmo município” (SOUSA FIGUEIREDO. Op. cit. p. 64).

<sup>112</sup> **REsp 472.370-PR** – 4ª Turma – STJ – Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ. 04.08.2003. RDBMC 23/298.

determinados casos (quando preenchidos os requisitos exigidos pela política habitacional e pelas instituições financeiras) e restringindo a discricionariedade da anuência apenas aos casos em que tais requisitos não são preenchidos.

Neste caso há uma solução extremamente equilibrada para o problema, pois estão a ser considerados na decisão os verdadeiros fins do SFH, separando o que é interesse público (controle da gestão de recursos das políticas habitacionais) do interesse privado das instituições financeiras (no que toca ao recálculo da dívida) e dos terceiros ingressantes (que pretendem adquirir um imóvel mas não se enquadram no perfil da política habitacional).

Dentro desse quadro de complexos interesses conflitantes o Superior Tribunal de Justiça, de olho na questão social, tendo por bases estes julgados, elegeu como pressupostos para o ingresso no SFH o preenchimento dos requisitos legais da política habitacional, como, por exemplo, um determinado patamar de renda, a ausência de propriedade de outro bem imóvel, a capacidade de saldar com as obrigações, etc. Isso evita o desvirtuamento do programa, por um lado, pelas instituições financeiras (que em regra se aproveitavam da situação para estabelecer condições mais desfavoráveis ao novo mutuário) e por outro pelos terceiros ingressantes em potencial do sistema (por não se enquadrarem no perfil do SFH).

Como meio de operacionalizar tal opção, o STJ faz uma interpretação *praeter legem* da lei, refazendo (ou readequando) a sistemática da cessão da posição contratual, e relativizando a abrangência dos dispositivos legais que proíbem a venda e qualquer tipo de cessão de direitos relativos a bens financiados pelo SFH sem participação das instituições financeiras, para circunscrever tal proibição apenas aos casos em que os requisitos da política habitacional não restem preenchidos.

### **3.3.3 Oponibilidade do contrato de gaveta aos herdeiros do mutuário original**

Há também uma outra frente de julgados do Superior Tribunal de Justiça que reconhecem a eficácia dos contratos de gaveta nos casos em que há a morte do mutuário-vendedor e os herdeiros deste de alguma forma se opõe ao reconhecimento da avença.

Nesse sentido, citem-se os casos em que é autorizada a defesa da posse do

imóvel através de embargos de terceiro tendo como título apenas o compromisso de compra e venda ainda que este não tenha sido registrado. Tal matéria inclusive é objeto da súmula n. 84 do STJ que dispõe que: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegações de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

Por óbvio, nos casos envolvendo o SFH, o terceiro-comprador invariavelmente se encontra na posse do imóvel e age, materialmente, como se dono fosse. Ocorrendo a morte do mutuário-original, e sendo o imóvel financiado arrolado em inventário, há julgados que autorizam a utilização dos embargos de terceiro pelo gaveteiro para assegurar a posse<sup>113</sup>.

Porém o STJ vai mais longe. Os contratos de mútuo do SFH possuem obrigatoriamente um seguro<sup>114</sup> que garante a quitação antecipada do saldo devedor do financiamento nos casos de morte ou invalidez permanente do mutuário. Ocorre que quando há a cessão do contrato de financiamento e aquisição imobiliária por meio do contrato de gaveta, a apólice de seguro continua vinculada ao mutuário original. Daí surgem dois problemas. Se o terceiro-comprador falecer, não haverá, em princípio, quitação antecipada do saldo devedor (sobre o assunto não encontramos nenhum pronunciamento do STJ). Mas se o mutuário original falecer, haverá, conseqüentemente, a quitação antecipada da totalidade do saldo devedor. Nesse caso qual seria a solução mais justa? O adquirente se beneficiar da morte do mutuário e ter o saldo devedor antecipadamente quitado sem ter relação causal alguma com o fato? A desconsideração dos termos do contrato de gaveta frente a situação nova? Ou uma terceira solução construída com base na equidade que consiga achar uma solução justa para todas as partes envolvidas?

Pois a terceira turma do STJ, ao confrontar tal situação, acabou decidindo pelo reconhecimento do contrato de gaveta e pela quitação antecipada do saldo devedor do mútuo hipotecário, com o conseqüente benefício do terceiro-comprador que não precisou pagar as prestações até o final em virtude da morte do mutuário

---

<sup>113</sup> Cita-se a título de exemplo a seguinte ementa: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. CONTRATO DE GAVETA. IMÓVEL FINANCIADO. MORTE DO PROMITENTE VENDEDOR. A posse transmitida na promessa de compra e venda pode ser defendida em embargos de terceiro, ainda que fundada em instrumento desprovido de registro (STJ – Súmula nº 84); e se essa posse está ameaçada pelo arrolamento do respectivo imóvel em inventário, não obstante já alienado pelo de cujus, o promitente comprador tem o direito à realização da audiência de justificação de posse, tal como defluiu do exame conjunto dos artigos 1.046, caput e 1.050, § 1º, do Código de Processo Civil. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp. n. 85.654/AL. STJ. Terceira Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. DJ. 13/12/1999, RSTJ 129/257).

<sup>114</sup> Ver ponto 2.1.4.

original. A decisão, tomada no Recurso Especial nº 119.466/MG, fundou suas premissas argumentando que os efeitos da morte do promitente-vendedor prevalecem sobre o “negócio oficial” (leia-se contrato de financiamento e aquisição celebrado entre a instituição financeira e o mutuário original) e que tal quitação aproveita ao promitente-comprador pelo fato de o prêmio do seguro ser pago mês a mês por este<sup>115</sup>.

Tal decisão, embora seja deveras questionável do ponto de vista da equidade e principalmente do instituto do enriquecimento sem causa, é um notável exemplo de reconhecimento dos efeitos do contrato de gaveta no âmbito da Jurisprudência daquela corte.

### 3.3.4 Obrigação de pagar taxa condominial transferida ao cessionário

Encontram-se diversos julgados no STJ reconhecendo a legitimidade passiva do “promitente-comprador” em ações de cobrança de taxas condominiais referentes aos imóveis financiados<sup>116</sup>.

A obrigação de pagar tais taxas é do “condômino”, conforme se extrai do art. 12 da Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964: “Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na Convenção, a quota-parte que lhe couber em rateio”. Em princípio, “condômino” é sempre o proprietário, portanto, é este quem tem o dever de pagar os encargos frente ao condomínio de

<sup>115</sup> “CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. 'CONTRATO DE GAVETA'. MORTE DO PROMITENTE VENDEDOR COM A CONSEQÜENTE QUITAÇÃO DO SALDO DEVEDOR DO MÚTUO HIPOTECÁRIO. SUCESSORES QUE SE NEGAM A CUMPRIR O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Contrato de gaveta: designação atribuída aos negócios jurídicos de promessa de compra e venda de imóvel realizados sem o consentimento da instituição de crédito que financiou a aquisição; sobrevindo a morte do mutuário-promitente vendedor, os respectivos efeitos prevalecem sobre os do negócio oficial (mútuo hipotecário e seguro), sob pena de enriquecimento sem causa, porque a morte do mutuário/promitente vendedor só teve o efeito de quitar o saldo devedor do mútuo hipotecário, porque o prêmio de seguro foi pago pelo promitente comprador. Recurso especial conhecido, mas não provido” (REsp nº 119.466/MG. STJ. Terceira Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. DJ 19/06/2000.

<sup>116</sup> “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – CONDOMÍNIO – COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS – LEGITIMIDADE PASSIVA DO PROMITENTE-COMPRADOR – CONTRATO NÃO LEVADO A REGISTRO. A palavra “condômino” contida no caput do art. 12 da Lei nº 4.591/1964 (quando diz que “cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio”), pode ser eventualmente interpretada como sendo outra pessoa que não o proprietário em nome de quem a unidade autônoma esteja registrada no livro imobiliário. - A despeito de ainda não ter sido registrado o contrato de promessa de compra e venda, cabe ao promitente-comprador de unidade autônoma das obrigações respeitantes os encargos condominiais, quando já tenha recebido as chaves e passado a ter assim a disponibilidade da posse, do uso e do gozo da coisa. - Recurso não conhecido. (REsp. Nº 200.914-SP. STJ. Quarta Turma. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. DJ 13.12.1999. RSTJ. n. 129. Brasília, 2000. p. 289-383). No mesmo sentido: REsp. Nº 161.272-SP; REsp. Nº 159.227-SP; REsp. Nº 195.629-SP; REsp. Nº 76.275-SP.

moradores. Mesmo que haja a transferência de tal responsabilidade por contrato para eventual locador, esta avença só tem valor entre as partes, não podendo ser oposta ao condomínio, sendo que o proprietário continua sendo o efetivo devedor.

Contudo, nos casos em que há a cessão da posição da posição contratual por conta dos contratos de gaveta, há um alargamento no sentido da palavra “condômino” para atingir os terceiros-ingressantes como devedores de tal obrigação, havendo, inclusive, a exoneração do proprietário.

Pode-se se extrair a síntese do entendimento pretoriano do tema na dicção do voto do relator do Recurso Especial nº 200.914-SP, Ministro Cesar Asfor Rocha:

“(…) em linha de princípio, é à pessoa em nome de quem o bem está registrado que devem ser cobrados os encargos condominiais. Não, assim, contudo, quando tiver havido a transferência da posse em virtude de promessa de compra e venda, hipótese em que é a quem tem a posse da unidade autônoma, que dela usou e gozou, que deve ser dirigida a cobrança de encargos condominiais. (...) Por essas peculiaridades, em que o promitente-comprador passou a ter a si disponível a posse, o uso e o gozo da coisa, mesmo não tendo sido levado a registro o contrato, é que a cobrança deve ser a ele dirigida”<sup>117</sup>

Essa é uma construção jurisprudencial bem afinada com a realidade. Ao tratar os terceiros-adquirentes como responsáveis pelo adimplemento das obrigações decorrentes das taxas condominiais, está se fazendo também um reconhecimento, de maneira indireta, da eficácia do contrato de gaveta.

Interessante se notar aqui também, a confusão que tal entendimento jurisprudencial traz à teoria clássica do direito das obrigações. A taxa condominial é, por excelência, considerada um obrigação *propter rem*. Tal espécie é constituída de um vínculo de natureza obrigacional, mas que acompanha a sorte de determinado bem, não derivando diretamente da vontade das partes. Segundo Alfredo Buzaid

A obrigação *propter rem* constitui um direito misto, por ser uma relação jurídica na qual a obrigação de fazer está acompanhada de um direito real, fundindo-se os dois elementos numa unidade, que a eleva a uma categoria autônoma<sup>118</sup>.

A obrigação de pagar as taxas condominiais só se transfere, em princípio, no caso de venda do imóvel. Porém os contratos de gaveta não tem como efeito imediato a transferência da propriedade. Contudo, na prática, o terceiro-comprador passa a agir como dono, e portanto, no entendimento pretoriano, passa a ser

<sup>117</sup> REsp. Nº 200.914-SP. STJ. Quarta Turma. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. DJ 13.12.1999. RSTJ. n. 129. Brasília, 2000. p. 289-383.

<sup>118</sup> BUZOID, Alfredo. **Ação declaratória no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 42.

condômino e ter o dever de pagar tais taxas havendo, inclusive, a exoneração de tal obrigação em relação ao proprietário de direito, conforme se extrai do REsp 76.275-SP, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo:

O promitente-vendedor, ainda proprietário do imóvel, porque não alterado o registro mesmo, transferida a posse do imóvel, não responde pelos encargos condominiais devidos após a alienação do imóvel feita por meio de promessa de compra e venda em caráter irrevogável<sup>119</sup>.

Assim, para harmonizar todos esses institutos, ou se opta por alargar a abrangência do conceito de obrigação *propter rem* para subsumir também outras relações não decorrentes de direitos reais (neste caso notadamente a posse), ou se retira o condomínio do rol de exemplos absolutos de uma obrigação *propter rem*.

Em todo caso, a jurisprudência não parece ter tomado essa linha de discussão e preferiu dar preferência às contingências da realidade reconhecendo a força obrigacional dos contratos de gaveta.

### 3.3.5 Embargos de terceiro em execução

É pacífico no âmbito do STJ que o compromisso de compra e venda, ainda que não registrado, constitui título hábil a ensejar a oposição de embargos de terceiro fundado em alegação de posse por parte do terceiro comprador, desde que firmada a avença antes da penhora, sendo tal matéria objeto da súmula nº 84<sup>120</sup> daquela corte<sup>121</sup>. Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Aldir Passarinho Júnior em caso como este aduzindo que se

é indubitoso que o compromisso de compra e venda é anterior à penhora. Entretanto, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de emprestar eficácia mias efetiva ao negócio jurídico de compra e venda, desde que revestido de formalidades legais que o habilitem o registro no Cartório competente, ainda que este ato de inscrição não tenha sido realizado ainda (...). Assim, se tal contrato, nos termos do art. 364 do CPC, é suficiente para provar a posse de que foram imitados

<sup>119</sup> REsp. Nº 76.275-SP. STJ. Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ 23.03.1998.

<sup>120</sup> “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro” (RSTJ. vol. 49 p. 299).

<sup>121</sup> Contudo, o STF sumulou a mesma matéria de maneira diametralmente oposta através do disposto no enunciado da súmula 621 que assim dispõe: “Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis” (DJ de 29/10/1984, p. 18115). Mas tal súmula foi criada em 1984, e a súmula 87 do STJ em 1994, o que demonstra que o posicionamento desta corte levou em conta os argumentos e precedentes que nortearam a criação anterior, optando pela mudança no entendimento pretoriano sobre o assunto.

os recorrentes, e se com a posse estão eles aptos para opor embargos de terceiros, ao teor do art. 1.046 e da Súmula 84 do STJ, a pretensão neles contida procede, cabendo ser afastada a constrição incidente sobre o imóvel em comento<sup>122</sup>.

O surgimento de tal súmula tem como causa, aparentemente, a tutela dos casos em que já se tem o negócio jurídico de compra e venda celebrado, com todos os requisitos, faltando tão somente o registro para que se opere a transferência da propriedade. É isso que se extrai do voto supra-citado.

Contudo, há algumas decisões que aplicam tal súmula às hipóteses de promessa de compra e venda, com a qual muitas vezes os contratos de gaveta são identificados pela jurisprudência. É uma forma de aplicação mais ampla da originalmente pretendida pelo Tribunal, mas que garante mais um efeito aos contratos de gaveta. Nesse sentido registre-se o voto do Ministro Ari Pargendler em decisão proferida no Recurso Especial nº 85.654 que é clara ao fazer menção expressa a tal súmula em caso que se está em jogo a legitimidade de terceiro que tem posse fundada em “contrato de gaveta”:

A posse transmitida na promessa de compra e venda pode ser defendida em embargos de terceiro, ainda que fundada em instrumento desprovido de registro (STJ – Súmula nº 84); e se essa posse está ameaçada pelo arrolamento do respectivo imóvel em inventário, não obstante já alienado pelo de cujus, o promitente comprador tem direito à realização da audiência de justificação de posse... (...)”<sup>123</sup>.

### 3.3.6 Legitimidade ativa do cessionário para discutir questões contratuais em juízo em nome próprio

Um marco robusto e definitivo do reconhecimento dos contratos de gaveta pelo STJ se dá pelo entendimento que vem se consolidando de que os cessionários possuem legitimidade ativa para discutir as avenças contratuais em juízo em nome próprio, e não meramente como terceiros juridicamente interessados.

Tal entendimento pode se extrair do recente julgado, publicado em 31.08.2007, de relatoria da Ministra Eliana Calmon que traz a seguinte ementa:

<sup>122</sup> **RESP 457768/SP**. STJ. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. DJU de 24.02.2003

<sup>123</sup> **REsp. n. 85.654/AL**. STJ. Terceira Turma. Relator Ministro Ari Pargendler. DJ. 13/12/1999, RSTJ 129/257. A indexação da ementa de tal acórdão traz ainda a seguinte redação: “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. **CONTRATO DE GAVETA**. IMÓVEL FINANCIADO. MORTE DO PROMITENTE VENDEDOR”(grifamos) No mesmo sentido: **REsp 18.9350 / SP**. STJ. Primeira Turma. Relator Ministro Barros Monteiro.. DJ 14.10.2002. Cite-se também as decisões monocráticas que negam provimento a recursos especiais e agravos de instrumento tomadas no curso dos seguintes processos: **REsp 962169**; **AG 627364**; **AG 626438**; **AG 539369**; **AG 558852**; **AG 543856**; **AG 395076**; **AG 341901**.



PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – "CONTRATO DE GAVETA" - LEI 10.150/2000 - LEGITIMIDADE. 1. O adquirente de imóvel por meio de "contrato de gaveta", com o advento da Lei 10.150/200, teve reconhecido o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo. Por isso, tem o cessionário legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos. 2. Recurso especial provido. (REsp 785468. STJ. Segunda turma. Ministra Eliana Calmon. DJ. 31.08.2007)<sup>124</sup>

A justificativa para o reconhecimento da legitimidade do cessionário se dá com base na inovação legislativa trazida pela já comentada Lei 10.150/2000, que trata das novações de dívidas relativas ao FCVS e que prevê também a possibilidade de quitação antecipada do débito.

Pois bem, tal lei equiparou aos mutuários, para fins de quitação antecipada dos débitos relativos ao SFH, aqueles que compraram imóvel sem a interveniência da instituição financeira até 25 de outubro de 1996, conforme dicção do art. 22:

Art. 22. Na liquidação antecipada de dívida de contratos do SFH, inclusive aquelas que forem efetuadas com base no saldo que remanescer da aplicação do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 2º desta Lei, o comprador de imóvel, cuja transferência foi efetuada sem a interveniência da instituição financiadora, equipara-se ao mutuário final, para todos os efeitos inerentes aos atos necessários à liquidação e habilitação junto ao FCVS, inclusive quanto à possibilidade de utilização de recursos de sua conta vinculada do FGTS, em conformidade com o disposto no inciso VI do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990.

§ 1º A condição de cessionário poderá ser comprovada junto à instituição financiadora, por intermédio de documentos formalizados junto a Cartório de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, ou de Notas, onde se caracterize que a transferência do imóvel foi realizada até 25 de outubro de 1996.

Embora o objeto de tal dispositivo tenha sido pontual, circunscrevendo a hipótese normativa apenas ao caso de quitação antecipada e integral do débito, e aos contratos celebrado até 25.08.96, a jurisprudência do STJ o interpretou de maneira muito mais ampla, identificando nela um novo horizonte hermenêutico onde se reconheceu a existência de tais tipos de avenças e intenção da lei em discipliná-las.

Com esse ânimo tem se pronunciado o Ministro Luiz Fux em seus julgados mais recentes:

A Lei n.º 8.004/90 estabelece como requisito para a alienação a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo

<sup>124</sup> No mesmo sentido REsp 705231 (RSTJ 201/250); REsp 627424; REsp 705.231; REsp 753098; REsp 627.424.

devedor existente na data da venda.

Nada obstante, a Lei n. 10.150/2000 prevê a possibilidade de regularização das transferências efetuadas sem a anuência da instituição financeira até 25/10/96, à Exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n.º 8.692/93, o que revela a intenção do legislador de possibilitar a regularização dos cognominados “contratos de gaveta”, originários da celeridade do comércio imobiliário e da negativa do agente financeiro em aceitar transferências de titularidade do mútuo sem renegociar o saldo devedor (REsp nº 627.424 - PR. STJ. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. DJ. 28.05.2007, grifamos)

Ademais, seria uma absoluta falta de equidade uma interpretação que leva em conta apenas a literalidade da lei para reconhecer uma situação quando é propícia para as instituições financeiras (no caso da quitação antecipada dos débitos) e virar as costas para a mesma situação em outras circunstâncias (como na legitimidade ativa dos cessionários).

Contudo, o entendimento que reconhece a legitimidade ativa dos cessionários para agir em juízo ainda não é pacífica, havendo ministros que ainda se insurgem contra tal tipo de decisão. Mas tal discussão vem se pacificando no sentido do reconhecimento da legitimidade, sendo tal movimentação jurisprudencial inclusive objeto das notícias de apresentação do *site* do STJ na *internet*, apresentando chamadas como “Primeira Turma discute se cessionário de imóvel por ‘contrato de gaveta’ pode propor ação”<sup>125</sup> e “‘Contrato de gaveta’ legitima cessionário a requerer revisão de financiamento do SFH”<sup>126</sup>.

Em que pese tal divergência, o só fato de já haver grande parte daquele tribunal se posicionando no sentido do reconhecimento da legitimidade dos cessionários é um grande passo no sentido da identificação dos contratos de gaveta como um tipo social de contrato.

---

<sup>125</sup> Primeira Turma discute se cessionário de imóvel por “contrato de gaveta pode propor ação. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=81125&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=contratos%20de%20gaveta](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=81125&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=contratos%20de%20gaveta)>. Acesso em: 21.08.2007.

<sup>126</sup> “Contrato de gaveta” legitima cessionário a requerer revisão de financiamento no SFH. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=81125&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=contratos%20de%20gaveta](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=81125&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=contratos%20de%20gaveta)>. Acesso em: 21.08.2007.

## CONCLUSÃO

Diante da flexibilização na interpretação jurisprudencial das disposições legais e contratuais que vedam a possibilidade de cessão da posição contratual nos contratos de financiamento e aquisição imobiliária, e do reconhecimento de diversos efeitos conferidos aos contrato de gaveta, será que ainda é possível se falar que estes são negócios jurídicos inexistentes ou proibidos?

A resposta mais do que óbvia é que não. Em face dos equívocos da política habitacional brasileira e da falta de solução legislativa definitiva ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, com os olhos voltados para a questão social, vem dando soluções paliativas reconhecendo os limites de eficácia dos contratos de gaveta caso a caso, de acordo com as circunstâncias envolvidas.

Assim, tendo-se por os requisitos para o reconhecimento de um tipo social elaborados por VASCONCELOS<sup>127</sup>, é possível sim se afirmar que o contrato de gaveta é um tipo social de contrato, pois quantos aos requisito:

- a) **Pluralidade de casos**, segundo estimativas da Associação Brasileira dos Mutuários, no Brasil há cerca de 900 mil contratos de gaveta<sup>128</sup>, de maneira que quanto à absoluta difusão destes na sociedade não há dúvidas;
- b) **Que a pluralidade constitua uma prática aparentada e do mesmo tipo**, também é uma informação pacífica, vez que o fenômeno é tratado com nome (contrato de gaveta) e é objeto da tentativa de disciplina de diversas lei;
- c) **Que a prática represente um modelo vinculativo**, também é um dado verdadeiro. Como explorado no decorrer do trabalho, os contratos de gaveta são válidos, mas geram efeitos apenas relativos. Contudo, atualmente a conjugação dos efeitos assegurados pelos tribunais já garante um grau de segurança jurídica muito maior do que quando de seu surgimento nos idos da década de 80. De maneira que é possível, sem sombra de dúvidas, afirmar que os contratos típicos representam um modelo vinculativo nascido diretamente do trânsito social e das circunstâncias econômicas e políticas muito específicas do mercado habitacional brasileiro.

A opção por tratar o contrato de gaveta como um tipo à parte, com

---

<sup>127</sup> Ver ponto 1.3. Em apertada síntese, os requisitos são: a) pluralidade de casos; b) Que pluralidade constitua uma prática aparentada e do mesmo tipo; c) Que a prática represente um modelo regulativo.

<sup>128</sup> Dados disponíveis em: <[http://www.abmh.org.br/informativos.asp?v\\_id\\_informativo=54](http://www.abmh.org.br/informativos.asp?v_id_informativo=54)>. Acesso em 10.10.2007.

regramento, dinâmica e sentido próprios, é ferramenta metodológica que permite a identificação da melhor solução jurídica para o tema, ou seja, que leve em conta as parcelas da realidade que são aglutinadas ao redor da situação típica.

A falta de categorização dos contratos de gaveta muitas vezes leva o intérprete a buscar em fórmulas consagradas uma pretensa solução ao tema, o que não é suficiente.

Os contratos de gaveta tratam de situações muito específicas e de transição no cenário jurídico, que guardam pouca, ou nenhuma relação com os modelos típicos normalmente invocados para tentar achar uma solução jurídica viável. Numa situação dessas, se é feita a opção de tentar enquadrar a hipótese em determinado tipo contratual, ou se opta por alargar os limites típicos para atingir o caso concreto (o que é plenamente possível na operação do método tipológico devido à possibilidade de graduação de suas características), ou então se abstrai a própria realidade abordada, amputando as peculiaridades e nuances que desvirtuem o sentido do tipo no caso concreto. Seja qual for o caminho escolhido, a solução encontrada tende a ser desconectada da realidade, perdendo seu sentido neste processo de abstração, fazendo com que o Direito não consiga garantir uma tutela satisfatória ao caso.

No caso específico dos contratos de gaveta, percebe-se um esforço doutrinário e jurisprudencial no sentido de tentar enquadrar o fenômeno ora como promessa de compra e venda, ora como cessão de débito. Mas nenhuma dessas figuras passa perto de uma solução efetiva ao problema.

A promessa de compra e venda, pelo fato de o contrato de gaveta gerar efeitos híbridos entre os subtipos legais previstos no ordenamento brasileiro (conforme desenvolvido no ponto 4.1.3 deste trabalho), não consegue dar conta do problema. Ademais, aborda apenas os aspectos relativos à prestação contratual relativa à propriedade do imóvel, e não toda a problemática envolvendo a cessão da posição contratual (notadamente no que tange ao financiamento).

A cessão de débito dá um tratamento ainda mais superficial, pois o que o contrato de gaveta pretende, embora na prática tenha eficácia apenas relativa, é a cessão da posição contratual, com a transferência de todos os direitos, deveres, ações, pretensões e, inclusive, o débito. Além disso, não dá conta dos aspectos relativos à propriedade do imóvel financiado.

Atualmente, com o arcabouço jurídico que se tem a disposição, a melhor solução parece ser a de tratar os contratos de gaveta como contratos socialmente

típicos de cessão da posição contratual de contrato de aquisição e financiamento imobiliário no âmbito do SFH, que devido às suas peculiaridades, geram efeitos relativos.

Mas não se pense que essa posição doutrinária seja a solução para o problema dos contratos de gaveta e das mazelas causadas pelas cessões de contratos sem a devida publicidade no mercado habitacional. É, no máximo, um paliativo que se vale do arcabouço jurídico disponível. Contudo, uma solução efetiva suscita questões bem mais complexa. Dentre das alternativas viáveis estão as de natureza econômica e de natureza legislativa.

A primeira delas passa por uma alteração das circunstâncias econômicas. Como visto, a proliferação dos contratos de gaveta se deu principalmente pelo descompasso entre o valor da prestação e do saldo devedor total, ocasionando um aumento desestimulante no valor recalculado dessa para eventual cessionário. Atualmente, em um cenário de economia estável, juros mais baixos, inflação controlada e utilização de fórmulas mais racionais, eventual recálculo da dívida por ocasião da cessão do contrato produz valores mais compatíveis com a realidade, estimulando as cessões de contrato com a participação da instituição financeira e se valendo da segurança do registro público.

Além disso, a partir da Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997 foi criado o Sistema Financeiro Imobiliário que autoriza a utilização da alienação fiduciária nos financiamentos habitacionais. Isso por um lado reduz o risco, o custo, e conseqüentemente os juros, o que remete ao raciocínio anterior. Mas também o fato de a própria instituição financeira ser proprietária do bem traduz uma garantia muito mais efetiva e mais fácil de ser oposta aos precários contratos de gaveta.

Outra solução possível, e necessária, é a de via legislativa. Até agora todos os esforços desta natureza foram no sentido de, genericamente reforçar a proibição dos contratos de gaveta, sendo que o único passo dado em prol do reconhecimento foi dado pela Lei 10.150/2000, ainda que tímido, pois apenas garante a possibilidade de o gaveteiro quitar a totalidade do débito.

Uma solução legislativa robusta passa pela harmonização dos interesses de todos os contratantes, pela regulação da cessão das prestações pessoais inseridas no negócio jurídico (seguro, correção do valor das prestações, etc) e pela repressão de abusos no recálculo da dívida. Uma tipificação legal da operação de cessão da posição contratual que é objeto do contrato de gaveta seria um avanço e um notável

exemplo de como o fenômeno da tipificação legal funciona na prática. Teríamos um contrato que nasceu proibido, ganhou efeitos e notoriedade devido à sua consagração social, chamou a atenção para os equívocos e injustiças de uma política pública, e finalmente foi abraçado pela lei...

Se isso virá a acontecer um dia não se sabe. Enquanto a solução legislativa não vem e o ambiente econômico continuar estimulando a utilização dos contratos de gaveta, cabe ao jurista achar meios de apreensão do problema e de construção de soluções com base no Direito posto e no auto-regramento privado. Espera-se que esta monografia possa, ao menos em parte, ter suscitado alguma contribuição para tal tarefa.

## BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação**. Curitiba: Juruá, 1999.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.
- BECKER, Laércio Alexandre. **Procedimentos especialíssimos e concentração do capital**. Tese de doutorado. Curitiba: UFPR, 1999.
- BEDIN, Bruna Balestieri Bedin. **A questão da validade dos contratos de gaveta: Um enfoque no Sistema Financeiro da Habitação**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- BLAY, Eva A. Habitação: a política e o habitante. In \_\_\_\_ (Org.). **A luta pelo espaço**. Petrópolis: Vozes, 1978.
- COULANGES, Fustel de. Da onipotência do Estado; os antigos não conheceram a liberdade individual. In. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret.
- DUARTE, Francisco Carlos et. al. Acesso à Justiça, SFH e "contratos de gaveta". **Boletim Informativo Juruá**. n.270, de 11 a 21.12.2000.
- DUARTE, Rui Pinto. **Tipicidade e Atipicidade dos Contratos**. Coimbra: Almedina, 2000.
- FERNANDES NETO, Guilherme. Cláusulas Abusivas do SFH – Um interesse Coletivo. **Revista dos Tribunais**. v. 702. Abril de 1994.
- FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação**. Curitiba: Juruá, 2003.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault**. Curitiba: Genesis, n. 17. jul./set. 2000.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. IV. Contratos. t. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19º ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GOTLIB, Ronaldo. **Guia do mutuário**. Disponível em: <<http://www.casaemcasa.com.br/mutuario/cap5.htm>>. Acesso em: 12.08.2007
- KASER, Max. **Direito Romano Privado**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.
- LAFER, Celso. **O sistema político brasileiro**. São Paulo: Perspectiva, 1975.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2006. Disponível em: [<http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20070731121037.pdf>]. Acessado em

15.09.2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. A noção de contrato na história dos pactos. *In: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRA, Sílvio A. B. **Instituições de Direito Romano**. 4ª ed. v. II. São Paulo: Max Limonad,?.

MENEZES CORDEIRO. Antonio Manoel da Rocha. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 6ª ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NALIN, Paulo. **Do contrato: Conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil- constitucional**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11ªed. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERUZZO, Dilvo. **Habitação: controle e espoliação**. São Paulo: Cortez, 1984.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 23. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 45. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. III. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Bruno Mattos e. O registro possível dos "contratos de gaveta" . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=580>>. Acesso em: 01 ago. 2007.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Algumas precauções metodológicas para o estudo do direito civil. *In: CANEZIN, Claudete Carvalho (org.)*. **Arte jurídica**. v. I. Curitiba: Juruá, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.

VASCONCELOS, Pedro Paes. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VIANA, Marcos Aurélio S. **Comentários ao Novo Código Civil: Dos direitos reais**. v. XVI. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Primeira Turma discute se cessionário de imóvel por "contrato de gaveta pode propor ação. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?)



tmp.area=368&tmp.texto=81125&tmp.area\_anterior=44&tmp.argumento\_pesquisa=contratos%20de%20gaveta >. Acesso em: 21.08.2007.

“Contrato de gaveta” legitima cessionário a requerer revisão de financiamento no SFH.

**Portal do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em:

<[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?)

tmp.area=368&tmp.texto=81125&tmp.area\_anterior=44&tmp.argumento\_pesquisa=contratos%20de%20gaveta >. Acesso em: 21.08.2007.

