

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PRISCILA ELISABETH DALFOVO

OS CONTRATOS DE GAVETA À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO E
SEU RECONHECIMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CURITIBA

2010

PRISCILA ELISABETH DALFOVO

OS CONTRATOS DE GAVETA À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO E
SEU RECONHECIMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

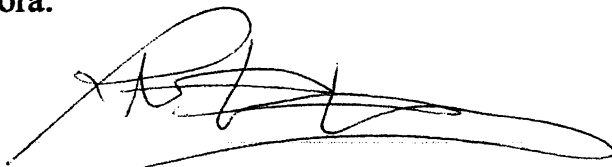
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

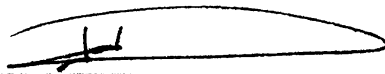
PRISCILA ELISABETH DALFOVO

Os contratos de gaveta à luz da Teoria do Fato Jurídico e seu reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



RODRIGO XAVIER LEONARDO
Orientador



EROULTHS CORTIANO JUNIOR
Primeiro Membro



MARÍLIA PEDROSO XAVIER
Segundo Membro



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

**Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) PRISCILA ELISABETH
DALFOVO**

Aos nove dias do mês de novembro do ano de 2010, às 18:15 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) PRISCILA ELISABETH DALFOVO, sobre o tema, “Os contratos de gaveta à luz da Teoria do Fato Jurídico e seu reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça.”. A Comissão constituída pelos Senhores Professores, RODRIGO XAVIER LEONARDO, (Orientador), EROULTHS CORTIANO JUNIOR e MARÍLIA PEDROSO XAVIER, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0, 10,0 e 10,0; perfazendo a média igual a 10,0.

Obs.:

Curitiba - PR, 09 de novembro de 2010.

EROULTHS CORTIANO JUNIOR

RODRIGO XAVIER LEONARDO

MARÍLIA PEDROSO XAVIER

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a existência, a validade e a eficácia dos contratos de gaveta, conforme a Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda. Ademais, faz-se imprescindível também um breve estudo sobre o reconhecimento desses contratos pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de demonstrar que a jurisprudência é uma fonte do Direito apta a trazer soluções mais efetivas para os constantes problemas que surgem em nossa realidade social, principalmente nas questões atinentes aos contratos de gaveta.

Palavras-chave: Contrato de gaveta; Teoria do Fato Jurídico; Sistema Financeiro da Habitação; Cessão da posição contratual; Fontes do Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1. A TEORIA DO FATO JURÍDICO E A TRIPARTIÇÃO DE PLANOS. A APLICAÇÃO AO DIREITO DOS CONTRATOS	6
1.1. A teoria do fato jurídico e sua classificação.	6
1.1.1. A existência do fato jurídico.	14
1.1.2. A validade e eficácia.	16
2. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO E O DIREITO CONTRATUAL	30
2.1. Introdução ao SFH.....	30
2.2. Características dos contratos do SFH.	36
2.2.1. Transferência da propriedade do bem imóvel e financiamento imobiliário	37
2.2.2. Contrato por adesão.....	38
2.2.3. Hipoteca	39
2.2.4. Seguro obrigatório.....	39
2.2.5. "Proibição" da venda e de qualquer cessão de direitos relativos a imóveis do SFH sem prévia anuência da instituição financeira.....	40
3. AS REFLEXÕES A PARTIR DOS CONTRATOS DE GAVETA	45
3.1. O surgimento social do contrato "de gaveta".	45
3.2. Análise do contrato de gaveta à luz da Teoria da Tripartição de Planos.	46
3.2.1. O plano da existência.....	46
3.2.2. O plano da validade	51
3.2.3. O plano da eficácia.....	52
3.3. A experiência jurisprudencial e o contrato de gaveta: revisitando a teoria das fontes do direito.	54
3.3.1. Consentimento tácito do agente financeiro	60
3.3.2. Negativa fundamentada da instituição financeira.....	61
3.3.3. Legitimidade ativa do cessionário	63
3.3.4. Pagamento integral das prestações pelo cessionário	66
3.3.5. Oponibilidade do "contrato de gaveta" aos herdeiros do mutuário original e embargos de terceiro em execução	67
3.3.6. Questões controvertidas no STJ	69
CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
BIBLIOGRAFIA	74

INTRODUÇÃO

O Sistema Financeiro da Habitação, criado em 1964, não teve como escopo principal a preocupação com a realidade social brasileira. Tanto que em seus contratos de financiamento e aquisição da casa própria inseriram-se cláusulas contratuais que visavam à proibição do mutuário de transferir seu imóvel financiado, alegando ser imprescindível a anuência da instituição financeira. Em 1990, com a Lei nº 8.004, o que era apenas cláusula contratual, tornou-se previsão legal.

Além da análise desse Sistema Financeiro, é de extrema relevância neste trabalho a verificação dos motivos que levaram a essa proibição de transferência do imóvel sem o consentimento da entidade financiadora, não se podendo também esquecer os argumentos defendidos por aqueles que são contra essa proibição.

Devido a esse impedimento, os mutuários da casa própria viram-se obrigados a criar formas contratuais para transferir (ou, pelo menos, tentar transferir) esses imóveis, visto que, muitas vezes, ao contatar a instituição financeira para requerer a transferência, a anuência é negada ou economicamente inviável ao terceiro interessado em adquirir o imóvel. Nessa situação, a forma encontrada foi celebrar contratos, nos quais não há a anuência da instituição financeira, popularmente conhecidos como “contratos de gaveta”.

Quais as consequências desses contratos para os mutuários e terceiros adquirentes do imóvel financiado? Eles existem no mundo do Direito? Se existem, podem ser considerados válidos e eficazes? Há efeitos em relação à instituição financeira?

Para responder a essas perguntas, a presente monografia propõe, primeiramente, uma análise estrutural dos contratos de gaveta à luz da Teoria do Fato Jurídico e da Tripartição de Planos – plano da existência, plano da validade e plano da eficácia –, sob a ótica da obra de Francisco Cavalcante Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello.

Após essa análise, há a necessidade de verificar quais as soluções para os problemas desses contratos encontradas pelo Superior Tribunal de Justiça. Concomitantemente, far-se-á breve introdução às fontes do Direito, a fim de ressaltar a importância da jurisprudência no reconhecimento dos contratos de gaveta. Seria a jurisprudência uma fonte do Direito? É permitido ao Juiz criar o

Direito ou apenas e tão somente interpretar a lei em sua literalidade? Há um pluralismo jurídico ou o Estado, por meio da Lei, é o único legitimado a produzir o Direito?

1. A TEORIA DO FATO JURÍDICO E A TRIPARTIÇÃO DE PLANOS. A APLICAÇÃO AO DIREITO DOS CONTRATOS

1.1. A teoria do fato jurídico e sua classificação.

A Teoria do Fato Jurídico, aliada à Tripartição de Planos, constitui uma ferramenta de extrema utilidade ao estudo do jurista. Não obstante não seja a única ferramenta a ser utilizada pelo estudioso do Direito, é grande a sua contribuição, visto ser capaz de analisar, de forma precisa e coerente, os fatos que adentram o mundo jurídico.

Deve-se a Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, jurista que meticulosamente estudou e apresentou a Teoria do Fato Jurídico e a Tripartição de Planos, a melhor conceituação de fato jurídico:

É o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. (...) *Fato jurídico* é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dinama, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não diname, eficácia jurídica. Não importa se é singular ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade.¹

As regras jurídicas são normas nas quais o ser humano distribuiu os bens da vida, para que determinados fatos estejam subordinados a uma certa ordem e previsibilidade. O fato de legislar é editar a norma jurídica; o fato de existir é a regra jurídica (que está desvinculada do legislador) e, por fim, há o fato de incidir, quando há a ocorrência do que a norma prevê e regula.²

O mundo é a soma de fatos que já ocorreram e do espaço daqueles que ainda vão ocorrer. Todo fato é uma mudança no mundo. Os fatos jurídicos³, que são

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, Tomo I, p. 77.

² *Ibid.*, p. 74 e ss.

³ “Sempre que fatos, sejam eventos, sejam condutas, interferem de modo relevante nas relações inter-humanas, gerando a possibilidade de entreciosos de interesses, a comunidade jurídica, através de normas jurídicas, os erige à categoria de fatos jurídicos, regulando-os e atribuindo-lhes consequências jurídicas que dizem respeito a essas relações. (...) nem todo fato é jurídico e, como decorrência, nem todo fato pode gerar efeitos jurídicos. Somente fato qualificado pela norma é

os fatos reputados relevantes para o direito, compõem o mundo jurídico, que está inserido no conjunto a que se chama o “mundo dos fatos”. Somente os fatos selecionados pelo mundo jurídico é que o compõe, pois este, por meio da juridicização, estabelece a causação jurídica, que não corresponde necessariamente à causação dos fatos. Para que estes fatos tornem-se jurídicos, é necessário que haja a incidência de regras jurídicas (normas abstratas).⁴ É com a concreção do suporte fáctico previsto pela norma jurídica que esta incidência se realiza.

São pressupostos elementares da juridicidade: a norma jurídica e os fatos qualificados por ela. A norma jurídica, se não ocorrer os fatos por ela previstos, apenas se constitui como uma proposição lógica, não acarretando nenhuma consequência no mundo jurídico. Da mesma forma, se somente houver fatos relevantes, entretanto, não qualificados por normas, não há que se falar em consequências no plano jurídico. O mundo jurídico é “*definido* pelas normas jurídicas, *construído* pelos fatos jurídicos e *integrado* pelas relações jurídicas”⁵.

A juridicização dá-se com a incidência da norma jurídica sobre os fatos concretizados regulados por ela (suporte fáctico), criando o fato jurídico. Este, por fim, é a fonte⁶ da eficácia jurídica.

O suporte fáctico, conforme leciona Marcos Bernardes de Mello, é um fato, evento ou conduta que poderá vir a ocorrer no mundo e, que por ser relevante ao mundo do Direito, tornou-se objeto de uma determinada regra jurídica⁷. Ele é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, pois é um fato, evento ou conduta que deve se concretizar naquele mundo, transformando-o em fato jurídico, por meio da incidência da norma.

jurídico e poderá produzir alguma situação jurídica, da mais simples à mais complexa.” MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**, 1ª parte. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6-8.

⁴ PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p.74 e ss.

⁵ MELLO. *Op. cit.*, p. 81.

⁶ “Por isso, a menção que se faz à lei e à vontade como causas, isoladamente, de eficácia jurídica é, do ponto de vista científico, de todo inadequada, independentemente da amplitude que se queira dar ao conceito de obrigação.” *Ibid.*, p. 31.

⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

Ocorridos certos fatos⁸, ou suportes fáticos que devem ser regrados, a norma jurídica incide.⁹ Não importa se a pessoa seja conhecedora ou não da norma: esta incide com ou sem o seu conhecimento, pois a sua incidência é alheia ao plano psicológico das pessoas. “*Incidência e obrigatoriedade (...) implicam-se, reciprocamente.*”¹⁰ Enquanto não incidir, a norma jurídica é obrigatória *in potentia*; a obrigatoriedade efetiva decorre da incidência daquela sobre o seu suporte fático, criando, infalivelmente, o fato jurídico.

Este suporte fático pode ser considerado de duas formas: primeiramente, enquanto enunciado lógico de uma norma jurídica – existindo somente como uma hipótese – dá-se o nome de suporte fático abstrato ou hipotético; já o suporte fático concreto é aquele suporte fático materializado, quando aquele suporte previsto na norma concretiza-se no mundo dos fatos.

Na maioria das vezes, o suporte fático é complexo¹¹, isto é, composto por mais de um fato. Entre esses fatos, há alguns que são considerados o elemento nuclear ou núcleo do suporte fático, tendo em vista serem essenciais para a incidência da norma e criação do fato jurídico. Dentro desse núcleo, há a presença de um fato que é determinante para a configuração final do suporte fático, fixando no tempo a sua concreção. É o dado fático fundamental do fato jurídico, conhecido como cerne do suporte fático. Os demais fatos que completam o núcleo do suporte fático são denominados de elementos completantes do núcleo. A falta desses elementos – tanto o elemento cerne, como os elementos completantes – influi diretamente na existência do fato jurídico; a sua falta não permite a concretização suficiente do suporte fático. Eles constituem o próprio suporte fático do fato jurídico, são elementos de suficiência daquele. São pressupostos necessários para a

⁸ “(...) o mesmo fato da vida pode ser integrante de suporte fático de várias normas jurídicas. E, como cada norma jurídica pode gerar um fato jurídico específico, o mesmo fato pode integrar suportes fáticos de vários fatos jurídicos, tendo em cada um funções e características próprias e distintas.” MELLO. *Ibid.*, p. 125-126.

⁹ PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 74 e ss.

¹⁰ MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, p. 13.

¹¹ “(...) somente se pode considerar concretizado o suporte fático complexo quando todos os fatos previstos na hipótese legal estejam materializados. De regra, não é significativo o modo como se tenha dado a ocorrência dos acontecimentos, isto é, se nasceram de um só jacto, ou com sucessividade. Mas, pode suceder que a questão da instantaneidade na materialização do suporte fático esteja incluída naturalmente na norma jurídica, ou seja declarada como exigência necessária. Nessas situações, a instantaneidade ou a sucessividade passam a ser elementos do próprio suporte fático (...)” MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p. 89.

incidência da norma jurídica, pois a falta de sua presença acarreta a inexistência do fato jurídico.

Além dos elementos que formam o núcleo do suporte fático, há outros elementos que o complementam, por isso, são chamados de elementos complementares. Esses não são considerados elementos nucleares, contudo, complementam o suporte fático e referem-se à perfeição de seus elementos.

A falta desses elementos não implica a inexistência do fato jurídico; ele existe, contudo, possui consequências no que tange ao plano da validade e/ou eficácia. Vale ressaltar que esses elementos complementares somente dizem respeito aos atos jurídicos *lato sensu*. Não há que se cogitar desses elementos ao tratar de fatos jurídicos *stricto sensu*, de ato-fato jurídico ou de fato ilícito *lato sensu*, haja vista esses fatos não estarem sujeitos à invalidade ou à ineficácia.

Por fim, os elementos integrativos – que não compõem o suporte fático – são aqueles que atuam no sentido de conferir uma eficácia adicional em relação ao negócio jurídico. Como não compõem o suporte fático, a falta desses elementos não gera a inexistência do fato jurídico, nem interfere na sua validade ou eficácia própria. Sua presença confere, tão somente, um efeito adicional à eficácia normal do negócio jurídico.

Várias foram as classificações dos fatos jurídicos criadas pela doutrina, com a utilização dos mais diversos critérios.¹² Entretanto, deve-se a Pontes de Miranda os notórios critérios de distinção dos fatos jurídicos, identificados, nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, “como elementos nucleares (cernes) diferenciais: a) a conformidade ou não-conformidade do fato jurídico com o direito; b) a presença, ou

¹² Na esteira de Orlando Gomes: “(...) há obrigações reconhecidas pela lei em razão da tutela dispensada à *autonomia privada*, enquanto outras derivam de certos fatos humanos, naturais ou materiais, a que a lei atribui essa eficácia. Essa diversidade de *condições determinantes* das obrigações corresponde à classificação dos *fatos jurídicos lato sensu*. Recorde-se que tais *fatos* podem ser *naturais* ou *humanos*. Subdividem-se estes em *lícitos* e *ilícitos*. Por sua vez, os fatos *lícitos* compreendem duas categorias: a dos *negócios jurídicos* e a dos *atos jurídicos stricto sensu*. Os *fatos naturais* ou *fatos jurídicos stricto sensu* são acontecimentos independentes da vontade humana ou simples fatos materiais dotados de potencialidade jurídica. De todos esses fatos jurídicos a lei faz derivar obrigações. Esgotam, obviamente, as condições que determinam ou provocam seu nascimento. Uns são *voluntários*, os outros *involuntários*. Pertencem à categoria dos *fatos jurídicos voluntários*: os *negócios jurídicos*, os *atos jurídicos stricto sensu* e os *atos ilícitos*. São *involuntários* os outros.” GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17^a ed. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 37.

não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma.”¹³

Os fatos conformes a direito, denominados de fatos lícitos, são aqueles que ocorrem em conformidade com a prescrição da norma jurídica, constituindo-se na realização afirmativa da ordem jurídica. Por outro lado, há outros fatos – conhecidos como fatos ilícitos¹⁴ – que, para se concretizarem, violam as normas jurídicas e negam o direito.¹⁵

Além do caráter de licitude ou ilicitude do fato jurídico, outra característica a se analisar é a presença, ou não, de uma conduta humana volitiva na formação do suporte fático.

Os fatos naturais ou animais, nos quais a conduta humana é dispensável, são denominados de fatos jurídicos *stricto sensu* (lícitos e ilícitos). Pode ocorrer que o suporte fático do fato jurídico *stricto sensu* esteja ligado a alguma conduta humana, entretanto, isto não altera a natureza do fato. Os critérios de distinção se baseiam na presença ou falta de ato humano para compor suficientemente o suporte fático. A presença de ato humano no suporte fático desse tipo de fato não é essencial, e deve ser desconsiderado como dado fático excessivo.

Outros fatos têm, à sua base, um ato humano como elemento cerne, contudo se diferenciam pela vontade ou não de praticá-la. Os *atos-fatos jurídicos*¹⁶ (lícitos ou ilícitos) são aqueles nos quais a conduta humana é essencial à sua existência, entretanto, o ordenamento jurídico considera irrelevante a vontade ou não de praticá-la.

¹³ MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p. 116.

¹⁴ A ilicitude constitui elemento nuclear do suporte fático de diversos atos e fatos jurídicos regulados por normas jurídicas. Deste modo, não obstante divergências doutrinárias, não há uma “diferença ontológica” entre o fato lícito e o fato ilícito, haja vista que os dois fatos são jurídicos, porque recebem a incidência de uma norma jurídica. Com isso, os *fatos jurídicos lato sensu* podem ser classificados como: conformes a direito e contrários a direito. *Ibid.*, p. 118 et. seq.

¹⁵ *Ibid.*, p. 117.

¹⁶ Os atos-fatos jurídicos, conforme lição de Marcos Bernardes de Mello, podem ser divididos em três espécies: atos reais, atos-fatos jurídicos indenizativos e atos-fatos jurídicos caducificantes. Os atos reais, também chamados de atos materiais, “consistem em atos humanos de que resultam circunstâncias fáticas, geralmente, irremovíveis.” Os atos-fatos jurídicos indenizativos são aqueles dos quais resulta o dever de indenizar, embora não sejam considerados atos ilícitos. Já os atos-fatos jurídicos caducificantes “concretizam-se naquelas situações que constituem fatos jurídicos, cujo efeito consiste na *extinção* de determinado direito e, por consequência, da pretensão, da ação e da exceção dele decorrentes, como ocorre na decadência e na preclusão, ou no *encobrimento* somente da pretensão, da ação ou da exceção, conforme acontece na *prescrição*, independentemente de ato ilícito de seu titular.” *Ibid.*, p. 134-138.

Já nos *atos jurídicos lato sensu* – que se subdividem em *atos jurídicos stricto sensu*, *negócios jurídicos* e *atos ilícitos* –, a vontade de praticar o ato constitui o cerne do fato jurídico. A vontade deve ser exteriorizada de forma consciente, tendo por objeto “um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível”¹⁷.

Tanto nos atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos, a vontade consciente é elemento nuclear do suporte fático do fato. O que a diferencia é a escolha da categoria jurídica pelos interessados.

No ato jurídico *stricto sensu* – também chamado de ato não-negocial – a exteriorização da vontade das partes limita-se, somente, a compor o suporte fático da espécie; pois os efeitos do fato jurídico já estão previamente determinados pelo sistema jurídico. Esses efeitos são conhecidos como *ex lege* ou efeitos necessários¹⁸.

Diferentemente, no ato negocial ou negócio jurídico, a manifestação da vontade não apenas compõe seu suporte fático, como também a ela é conferida pelo ordenamento jurídico – dentro de certos limites – “o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam o conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico.”¹⁹ Aqui, a manifestação de vontade é um elemento que compõe o suporte fático da categoria jurídica, visando a obter uma consequência tanto determinada pelo ordenamento jurídico, como querida pelas partes. A mais importante expressão dos negócios jurídicos dá-se nos contratos, no qual as partes possuem a liberdade de dispor sobre o seu conteúdo eficaz da forma que lhes convier²⁰.

Importante ressaltar que a manifestação de vontade das partes não cria os efeitos, pois estes já estão definidos no ordenamento jurídico. As normas jurídicas

¹⁷ *Ibid.*, p. 143.

¹⁸ Para Marcos Bernardes de Mello, a expressão *ex lege* seria imprópria, porque se exclui o suporte fático e o fato jurídico, apenas atentando para a lei e a eficácia jurídica. Para solucionar a denominação equivocada, o jurista sugere o termo “efeitos necessários”, para aqueles efeitos inafastáveis pela vontade das partes e que ocorrem pela formação do fato jurídico nos atos jurídicos *stricto sensu*. *Ibid.*, p. 154.

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Ibid.*, p. 166.

apenas conferem às partes um poder de escolha da categoria jurídica, dentro de um espaço variável. Deste modo, não há um efeito *ex voluntate*²¹, todos são *ex lege*.

Um elemento fundamental para a declaração de vontade ou manifestação de vontade²² é a “consciência”. Conforme Pontes de Miranda:

(...) A falta de vontade de negócio jurídico exclui a existência da declaração de vontade ou da manifestação de vontade (= ato declarativo) para compor o suporte fático do negócio jurídico: não há negócio jurídico. (...) A falta de consciência da exteriorização da vontade de negócio jurídico exclui a existência da declaração de vontade, ou da atuação de vontade (= ato volitivo declarativo) para compor suporte fático de negócio jurídico.²³

Para esta vontade negocial²⁴, o ordenamento jurídico confere alguns limites, quais sejam: um limite à manifestação de vontade (permissão ou proibição) e um limite ao conteúdo desta manifestação, quando é permitida.

Não é toda a manifestação de vontade que pode ser aceita como negocial. Há alguns pressupostos estabelecidos pelo sistema jurídico para que esta manifestação adentre o mundo jurídico e transforme-se em negócio jurídico. O auto-regramento da vontade das partes não é absoluto: há tão-somente um permissivo outorgado pelo direito.

Os sistemas jurídicos não são concebidos como se as pessoas pudessem dar entrada no mundo jurídico a quaisquer fatos, ainda atos humanos, fazendo-os *jurídicos*. Em verdade, ainda que amplamente, o direito *limita* a classe dos atos humanos que podem ser juridicizados. Mundo fático e mundo jurídico não são coextensivos. Noutros termos: somente dentro de limites pré-fixados, podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica. A chamada “autonomia da vontade”, o auto-regramento, não é mais do que “o que ficou às pessoas”.²⁵

²¹ Aqui, Marcos Bernardes de Mello também aponta o problema da denominação “efeito *ex voluntate*”, pois esta excluiria a lei e o fato jurídico, ficando apenas o suporte fático e a eficácia jurídica. Os efeitos podem ser escolhidos pelas partes, mas dentro do que é possível em face de regulação legal. Não é a vontade que produz os efeitos, eles estão na lei. Entretanto, o jurista permanece com a denominação *ex voluntate*. *Ibid.*, p. 154.

²² Para Pontes de Miranda, há uma nítida diferença entre manifestação de vontade e declaração de vontade. Esta é entendida como vontade declarativa em senso estrito e certo; aquela é um ato de vontade declarativo. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. Tomo III, p. 5.

²³ *Ibid.*, p. 8.

²⁴ MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p. 182.

²⁵ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III, p. 55-56.

Quando há a falta de um reconhecimento pelo ordenamento jurídico do poder de auto-regulação dos interesses das partes, tanto geral quanto parcial, no que tange a certas áreas de atuação, ocorre um impedimento de uma manifestação de vontade negocialmente suficiente ou eficiente.²⁶ E, mesmo quando este reconhecimento existe, não há como declarar a amplitude da atuação da vontade. Essa margem de auto-regramento dependerá dos limites traçados pelo direito, com este aquela deve ser compatível, sob pena de sofrer a imposição de penalidades – desde a inexistência do negócio jurídico (quando há negócio proibido) à invalidade e ineficácia.²⁷

O conceito de negócio jurídico foi estruturado a partir de uma influência da ideologia do Estado liberal, no qual a liberdade individual era assegurada da forma mais ampla possível. A doutrina passou a ver nessa categoria de fato jurídico como um ato de autonomia da vontade, pois ele seria criado pela manifestação de vontade das pessoas – sendo a declaração de vontade negocial considerada até como o próprio negócio jurídico – e seus efeitos seriam decorrentes de uma vontade negocial²⁸.

Essa visão da teoria clássica, além de extremamente voluntarista, era também equivocada, haja vista não considerar que a norma jurídica delimita o mundo jurídico. Não há nada no mundo que seja jurídico sem que haja a incidência de uma norma jurídica sobre um suporte fático que ela mesma preveja. Uma manifestação de vontade²⁹ só pode gerar um negócio jurídico se – prevista em um suporte fático de uma norma jurídica – receba sua incidência; se não, só poderá ser considerada um mero fato.

²⁶ MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p. 183.

²⁷ “A lei não deixa, inteiramente, à vontade dos interessados configurar as relações jurídicas. Por vezes, preestabelece-as de modo claro e irremovível; outras vezes, cria alguns tipos de relações jurídicas, dentre as quais se pode escolher o que convém. Ali, a cogência é absoluta; aqui a escolha entre tipos de relações jurídicas deixa às vontades preferir uma ou outra, respeitados os limites, isto é, o número clauso de tipos (cogência relativa).” PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III, p. 56.

²⁸ MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p. 168-9.

²⁹ Do mesmo modo, Pontes de Miranda: “É preciso não se confundirem a manifestação de vontade e o negócio jurídico: o negócio jurídico é o suporte fático eu entrou no mundo jurídico, por ser suficiente, e a manifestação de vontade é apenas elemento necessário desse suporte fático, e não todo ele.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. Tomo V, p. 12.

Assim, conclui-se que a manifestação de vontade³⁰ das partes contribui para a formação do suporte fático previsto na norma jurídica, mas jamais ela poderá ser considerada o negócio jurídico.

Os fatos jurídicos, conforme já mencionado, penetram no mundo jurídico, por meio da juridicização, e constituem-se como o conteúdo deste mundo – independentemente do ato ser humano ou não, lícito ou ilícito, volitivo ou avolitivo. “*Ser fato jurídico é existir no mundo jurídico*”³¹. Dentro desse mundo, Pontes de Miranda propôs a sua divisão em Plano da Existência, Plano da Validade e Plano da Eficácia; visto que, “ser”, “valer” e “ser eficaz” são situações distintas, sendo, por isso, necessário o estudo de cada uma delas em separado.

1.1.1. A existência do fato jurídico.

A norma jurídica juridicizante, ao incidir na parte relevante do suporte fático, transporta-o para o mundo jurídico, fazendo-o adentrar no plano da existência. Neste plano, não é relevante a análise da validade ou eficácia do fato jurídico, mas somente se houve a formação suficiente do suporte fático, para levar à incidência da norma jurídica. Nas palavras do Professor Marcos Bernardes de Mello³²:

Neste plano, que é o plano do *ser*, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo aqui fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de qualquer elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.

Os elementos nucleares do suporte fático – elemento cerne e elementos completantes – são pressupostos necessários à incidência da norma jurídica. Como

³⁰ Nas palavras de Pontes de Miranda: “A manifestação de vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; com a entrada desse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. Tomo III, p. 4.

³¹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V, p. 11.

³² MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p. 99.

são elementos de suficiência do suporte fático, a falta de um deles implica a inexistência do fato jurídico.³³

Antônio Junqueira de Azevedo³⁴ – diferentemente do prof. Marcos Bernardes de Mello – divide os elementos que conferem existência ao negócio jurídico em: elementos gerais, elementos categoriais e elementos particulares.

Os elementos gerais são aqueles comuns a todos os negócios jurídicos, sendo indispensáveis para a sua existência. Os elementos gerais que constituem o negócio são divididos em elementos gerais intrínsecos e extrínsecos. Os denominados intrínsecos ou constitutivos constituem a forma que a declaração de vontade toma, o objeto (conteúdo do negócio jurídico) e as circunstâncias negociais (*quid* irreduzível à expressão e ao conteúdo da declaração de vontade, quando é despida da forma e do objeto, que torna a manifestação de vontade – socialmente – como produtora de efeitos jurídicos). Os demais elementos dessa categoria são conhecidos como elementos gerais extrínsecos – que também são elementos pressupostos, pois existem mesmo antes do negócio jurídico ser feito. O negócio jurídico – sendo uma espécie de ato jurídico – deve possuir um agente, e – sendo também uma espécie de fato jurídico – necessariamente tem um lugar e um tempo. Esses elementos dizem respeito à existência do negócio jurídico como categoria geral.

Entretanto, como não há a existência de um negócio jurídico *in abstracto*, deve-se passar às diversas categorias de negócio jurídico, não sendo mais suficiente a presença apenas desses elementos gerais. É necessário acrescentar outros elementos, que são próprios de cada categoria: os elementos categoriais.

Esses elementos não decorrem da vontade humana, mas da ordem judicial, ou seja, da lei e do que a doutrina e jurisprudência constroem em torno daquela. Há duas espécies de elementos categoriais: “os que servem para definir cada categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência são os **elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis**; e os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por

³³ “Ao dizer o que é que basta ao fato para ser *jurídico*, inclusive quanto a atos humanos, a regra jurídica preestabelece o que é suficiente e o que não no seria, ou importaria em deficiência. Às vezes, exige *tipos de atos e tipos de negócios jurídicos*, de modo que as pessoas ou *a)* escolhem um dentre eles, ou *b)* nada querem que possa entrar no mundo jurídico, ou *c)* o que quiseram nele só entra deficitariamente.” PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III, p. 59.

³⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31-40.

isso, o negócio mude de tipo, são os **elementos categoriais naturais ou derogáveis.**³⁵

Por fim, os últimos elementos que dizem respeito à existência do negócio jurídico, no viés do professor Antônio Junqueira de Azevedo, são os elementos particulares. São aqueles que estão presentes em um negócio concreto, que não são comuns a todos ou certos tipos de negócios jurídicos, advindo da vontade das partes.

1.1.2. A validade e eficácia.

Após a entrada do suporte fático no plano da existência, por meio da incidência da norma jurídica, o fato jurídico – cujo núcleo do suporte fático tem a vontade humana como elemento – terá que passar pelo plano da validade a fim de se verificar o que está ou não eivado de vício invalidante. “*Validade* é qualificação que se atribui a atos jurídicos, inclusive de natureza legislativa, que são conformes com o direito daquela comunidade, especificamente, não contendo qualquer mácula que os torne defeituosos.”³⁶

Apenas os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos estão sujeitos à triagem pelo plano da validade, pois somente estes atos têm como elemento nuclear do suporte fático a vontade humana. Para tanto, é necessário que o fato já tenha adentrado no plano da existência, ou seja, que ele exista, a fim de que seja classificado como válido ou inválido.³⁷

Os demais fatos jurídicos lícitos cujos suportes fáticos não tenham como elemento de seu núcleo a vontade humana – fatos jurídicos *stricto sensu* e ato-fato jurídico –, assim como os fatos ilícitos *lato sensu*, não adentram no plano da

³⁵ *Ibid.*, p. 35.

³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

³⁷ Para Junqueira de Azevedo, o plano da validade é próprio do negócio jurídico: “Entre existir e produzir efeitos, interpõe-se a questão de valer; é justamente o plano da validade a principal consequência da característica específica do negócio, ou seja, de ser, entre os fatos jurídicos, o único que consiste em declaração de vontade, isto é, numa manifestação de vontade vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos.” AZEVEDO. *Op. cit.*, p. 41.

validade, já que não estão sujeitos ao juízo de nulidade ou anulabilidade. Conforme disciplina o Professor Marcos Bernardes de Mello³⁸:

Quanto aos fatos jurídicos *stricto sensu*, que resultam da juridicização de fatos da natureza ou do animal, e aos atos-fatos, que são realidades físicas decorrentes da ação humana, até involuntária, seria ilógico considerá-los deficientes e punidos com a invalidade pelo direito. Um nascimento não pode ser nulo, como não pode a sementeira que gerou a plantação. Aqui as realidades fácticas impedem que se lhes negue validade.

Em relação aos ilícitos, seria um contra-senso a aplicação da nulidade, uma vez que resultaria benefício àquele que o praticou.

Um ato jurídico é válido quando seu suporte fáctico não apresenta nenhuma imperfeição, ou seja, não há deficiência em seus elementos nucleares, não havendo a falta de nenhum dos elementos complementares.

São elementos complementares relativos, conforme explicita o professor Marcos Bernardes de Mello³⁹:

(a) ao sujeito: (i) a capacidade de agir; (ii) a legitimação (poder ativo ou passivo de disposição); (iii) a perfeição da manifestação de vontade (ausência de erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, simulação e fraude contra credores); (iv) a boa-fé e a equidade, esta, apenas, nos negócios de consumo;

(b) ao objeto: (i) a licitude, (ii) a moralidade, (iii) as possibilidades física e jurídica e (iv) a determinabilidade;

(c) à forma da manifestação da vontade: o atendimento à forma quando prescrita ou não defesa em lei.

Na esteira de Marcos Bernardes de Mello, a invalidade é uma forma de sanção imposta pelo ordenamento jurídico àqueles atos que violam seus comandos cogentes. É um meio pelo qual se pune (com nulidade ou anulabilidade) aquele que busca um resultado contrário às normas jurídicas, objetivando manter a integridade do sistema jurídico. Entretanto, não é unânime na doutrina a imputação de ilicitude a um ato jurídico inválido.

A invalidade, via de regra, afeta atos jurídicos que infringem normas jurídicas cogentes proibitivas ou impositivas ou atos que apresentam defeitos em sua manifestação de vontade. Sempre que houver uma violação a uma norma jurídica

³⁸ MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p. 101.

³⁹ *Ibid.*, p. 55.

cogente, há invalidade⁴⁰, exceto se a própria norma não prescrever outra espécie de sanção.

É facultado ao legislador dar o tratamento que julgar mais conveniente à questão da validade e invalidade dos atos jurídicos. Deste modo, é possível a nulidade ser causa de insuficiência de suporte fático – resultando na inexistência do ato jurídico –, como também ser causa de deficiência – gerando um ato jurídico existente, contudo, inválido ou ineficaz.

No que diz respeito à abrangência da invalidade, esta pode ser total ou parcial. A invalidade é total quando alcança todo o ato jurídico, em contrapartida, é parcial quando somente parte desse ato é invalidada.⁴¹

Para o professor Antônio Junqueira de Azevedo, a validade é “a qualidade que o negócio jurídico deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’).”⁴²

Ele aponta quatro requisitos – caracteres exigidos pela lei nos elementos do negócio – para que este tenha validade.

Como para Azevedo o negócio jurídico tem declaração de vontade⁴³, e os elementos gerais intrínsecos (ou constitutivos) são essa declaração dividida em: objeto, forma e circunstâncias negociais, a qualificação desses termos implica que a declaração de vontade deverá resultar de um *processo volitivo; querida com plena consciência da realidade; escolhida com liberdade; deliberada sem má-fé*. O objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável, com forma livre ou conforme prescrita em lei. “Quanto às *circunstâncias negociais*, não têm requisitos exclusivamente seus, já que elas são o elemento caracterizador da essência do próprio negócio, são aquele *quid* que qualifica uma manifestação, transformando-a em declaração.”⁴⁴

⁴⁰ “Ao alcançar o plano da validade, se há déficit em elemento nuclear de seu suporte fático, decorrente de específicas contrariedades a direito, sofre a incidência da norma invalidante, cuja consequência é torná-lo inválido (= nulo ou anulável) em razão de sua natureza ilícita.” AZEVEDO. *Op. cit.*, p. 51.

⁴¹ “Só poderemos nos referir à invalidade parcial se, ao excluirmos a parte inválida, o restante do ato jurídico preserve a essência do suporte fático ou se a exclusão da parte inválida não atinja a finalidade do ato jurídico.” MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade, p. 69-72.

⁴² AZEVEDO. Obra citada, p. 42 e 83.

⁴³ *Ibid.*, p. 42.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 43.

No que tange aos elementos gerais intrínsecos, “o agente deverá ser *capaz* e, em geral, *legitimado* para o negócio”⁴⁵; o tempo deverá ser o *tempo útil* e o lugar deverá ser o *lugar apropriado*, se houver algum requisito.

Os elementos categoriais derogáveis não possuem requisitos, pois aqueles são determinados pela ordem jurídica. Diferentemente dos elementos categoriais inderrogáveis:

(...) as partes, ao escolherem determinado tipo de negócio, deverão ter em mente que o negócio escolhido deverá seguir determinado regime jurídico. Ora, entre as regras a que tipo escolhido está submetido estão aquelas que preveem as qualidades que seus elementos categoriais precisam ter para os negócios serem válidos como aquele tipo de negócio; assim, se o negócio for causal, com causa pressuposta, a existência da causa será requisito de validade (...).⁴⁶

Por fim, quanto aos elementos particulares, há dois casos de falta de requisitos para configurar a validade dos negócios jurídicos: condições que *vitiantur et vitiant* e as que *vitiantur sed non vitiant*. As primeiras são responsáveis por contaminar todo o negócio jurídico com nulidade⁴⁷; já as últimas estão relacionadas a fato fisicamente impossível e a de não fazer coisa impossível.

O sistema jurídico brasileiro abarca dois graus de invalidade. A primeira e mais enérgica delas é a nulidade. Via de regra, a nulidade gera a ineficácia *erga omnes* dos efeitos próprios dos atos jurídicos e impede a sanabilidade dos vícios. Já a anulabilidade produz efeitos relativos às partes envolvidas no ato, produzindo uma eficácia específica, até que o ato seja desconstituído. Pode também ser convalidado pela confirmação ou pelo decurso temporal.

Por considerar o texto do Código Civil de 2002 insuficiente no que tange aos pressupostos de invalidade dos atos jurídicos, Marcos Bernardes de Mello aponta uma classificação que abarca uma gama maior de hipóteses de invalidade. Os pressupostos de validade podem ser divididos em três categorias: relativos ao sujeito, relativos ao objeto e relativos à forma da exteriorização da vontade.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Ibid.*, p. 43-44.

⁴⁷ O professor Junqueira de Azevedo exemplifica essas condições: aquelas que subordinam os efeitos do negócio a um fato juridicamente impossível e as condições ilícitas, que fazem a eficácia depender de fato contrário à lei ou aos bons costumes.

Nos pressupostos relativos ao sujeito, podemos incluir a capacidade de agir⁴⁸, a legitimação⁴⁹ e a perfeição da vontade manifestada⁵⁰. Essa manifestação de vontade deve ser autêntica, íntegra e hígida. A falta de autenticidade atinge o cerne do suporte fáctico, acarretando a inexistência do ato jurídico. Já a integridade e a higidez da vontade manifestada (que geram a perfeição dessa manifestação de vontade) constituem-se como elementos complementares do suporte fáctico dos atos jurídicos, atuando como pressupostos de validade.

É nessa manifestação de vontade que surgem os problemas concernentes ao erro e ao dolo; à coação; ao estado de perigo e à lesão; à simulação; a falta de anuência de alguém (quando necessária); e, por fim, a fraude contra credores. Podemos acrescentar aqui também a boa-fé, a equidade e a probidade.

Já o objeto do ato jurídico⁵¹ pode se conceituado “como a atribuição específica que as normas jurídicas lhe imputam, portanto, as alterações que ocorrem nas esferas jurídicas dos figurantes por força da criação, modificação ou extinção de relações jurídicas dele (ato jurídico) resultantes.”⁵²

Entretanto, a ilicitude do objeto não deve se limitar ao plano da legalidade. Ela deve envolver também a moralidade (bons costumes) e o respeito à ordem pública. Conforme disciplina Marcos Bernardes de Mello, a licitude é a conformidade com o direito, que abarca a lei, a moral e a ordem pública.

⁴⁸ A capacidade de agir, conforme doutrina Marcos Bernardes de Mello, “*busca fixar, genericamente, a aptidão de discernimento das pessoas para conhecer e avaliar as consequências práticas, materiais (não jurídicas) de seus atos, conforme a sua experiência de vida refletida pela idade, o estado de sanidade física ou mental e a condição cultural.*” MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade, p. 21-22.

⁴⁹ A capacidade diz respeito a um estado pessoal, que se relaciona com o poder de exercer direitos e praticar atos na vida civil. Já a legitimação, está ligada ao objeto do direito, referente ao poder de dispor e adquirir. *Ibid.*, p. 24 et. seq.

⁵⁰ No tocante à perfeição da vontade manifestada, refere-se “(a) à sua compatibilidade com a realidade dos fatos a que se refere, (b) a ter sido livre e espontânea, ou (c) à veracidade, consciente, de seu conteúdo e (d) a não ser lesiva a terceiro.” *Ibid.*, p. 22.

⁵¹ Marcos Bernardes de Mello ainda aponta para uma questão observada por Pontes de Miranda: que a expressão “objeto do ato jurídico”, ao ser referida aos pressupostos de validade, deve também ser considerada a questão da licitude, da possibilidade e da determinabilidade do objeto da prestação. Tanto a ilicitude do resultado que se intenciona com o negócio jurídico como o objeto da prestação pode acarretar a sua invalidade. “O objeto do negócio (sentido estrito) pode ser lícito, possível e determinado; mas, se a prestação é ilícita, ou impossível, ou indeterminada ou, apenas, indeterminável, nulo será o negócio jurídico.” *Ibid.*, p. 39.

⁵² *Id.*

Há duas maneiras que se pode agir contra a lei: de forma direta e indireta. Infringe-se diretamente a norma jurídica cogente – tanto proibitiva quanto impositiva – “fazendo ou obtendo resultado que a lei proíbe, ou não fazendo ou evitando fim que a lei impõe”.⁵³ Por outro lado, a lei é infringida indiretamente quando, por meio de um ato que aparenta ser lícito, obtém-se um resultado proibido por lei ou impede-se a realização do fim por ela prescrito. Essa espécie é denominada pela doutrina como fraude à lei.

A nulidade por contrariedade direta à lei pode ser dividida em duas espécies: em nulidade textual, expressa ou cominada, na qual a nulidade vem expressamente declarada na letra da lei e em nulidade virtual ou não cominada, na qual não haja menção à sanção de nulidade ou de qualquer outra espécie.

Quando se trata de nulidade virtual, é preciso ressaltar que nem toda a norma jurídica cogente tem a nulidade como decorrência de sua violação, porque dependerá de como esta norma tratará a consequência de sua violação. Assim, não podemos afirmar que toda a violação de uma norma cogente acarretará a sanção de nulidade, pois se a norma previr outra sanção para o caso de seu descumprimento, não haverá nulidade. Entretanto, se não houver nenhuma previsão, o ato jurídico que violar a norma silente será considerado nulo.

Também a forma da exteriorização da vontade constitui um pressuposto de validade dos atos jurídicos. A lei pode exigir uma determinada forma ao ato jurídico, constituindo elemento complementar deste. Se essa forma não for respeitada pode gerar a invalidade do ato jurídico. Do mesmo modo, se uma forma proibida for utilizada, gerará a invalidez do ato.

O plano da eficácia, assim como o plano da validade, pressupõe a passagem do fato jurídico pelo plano da existência, contudo, não necessariamente pelo plano da validade.⁵⁴ Porque é no plano da eficácia onde os fatos jurídicos produzem seus efeitos, criando relações jurídicas, com conteúdo eficaz representado por direitos <-> deveres, pretensões <-> obrigações, ações e

⁵³ *Ibid.*, p. 93.

⁵⁴ “Todos aqueles que deixam de distinguir *invalidade e ineficácia* se expõem a erros graves. A distinção é imprescindível ao conhecimento dos sistemas jurídicos. Trata-se de dois conceitos fundamentais. O primeiro diz respeito à validade do negócio jurídico; o segundo só à projeção dos seus efeitos. (...) A falta de eficácia não é só déficit do negócio jurídico mesmo; é não-ser das suas consequências. Daí ainda ser incorreta a definição da nulidade como a inidoneidade a produzir os efeitos essenciais. Tanto assim, que há, excepcionalmente, nulo com efeito.” PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V, p. 68.

exceções, ou os extinguindo. Somente se poderá pensar em invalidade ou ineficácia se for existente o ato jurídico, pois “primeiro vem o ser que o valer e ter efeitos”⁵⁵.

É a falta dos elementos complementares que atinge a validade ou a eficácia dos negócios jurídicos, mas jamais sua existência, pois a deficiência⁵⁶ dos elementos do suporte fático não impede a incidência da norma jurídica. Esses elementos somente dizem respeito aos fatos jurídicos em que a vontade é elemento cerne do suporte fático: aos atos jurídicos *lato sensu*, porque, quando se trata de fato jurídico *stricto sensu*, de ato-fato jurídico ou de fato ilícito *lato sensu*⁵⁷, não se cogita sobre seus elementos complementares, pois não estão sujeitos a invalidade ou ineficácia.

Nas palavras do autor:

Quanto aos elementos complementares do núcleo do ato jurídico, como a capacidade civil, a licitude e possibilidade do objeto, a forma e a conformação com as normas cogentes, a sua ausência implica nulidade ou ineficácia (...) Se, porém, os elementos complementares se referem não ao núcleo em si, mas a elementos seus – vícios da vontade, e.g. –, a consequência é a anulabilidade.⁵⁸

Já os elementos integrativos não compõem o suporte fático do negócio jurídico, não interferindo na existência, validade e eficácia própria do fato, mas agem na irradiação de efeito adicional à eficácia normal do negócio jurídico⁵⁹.

No mesmo entendimento, Pontes de Miranda:

Sempre que a regra jurídica não exclui o negócio jurídico (= não no diz não-existente ou não o diz negócio extrajurídico), negócio jurídico há, ainda que deficiente o suporte fático. A deficiência pode concernir aos sujeitos (deficiência subjetiva), ou ao objeto, ou às vontades, ou a outro elemento do suporte fático, como a forma e o assentimento de terceiro.⁶⁰

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ “Pode ocorrer que o suporte fático suficientemente formado seja *deficiente* (a) por lhe faltar algum elemento complementar ou (b) porque algum de seus elementos nucleares seja imperfeito.” MELLO. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, p. 90.

⁵⁷ Nessas espécies de fatos jurídicos apenas o resultado fático é importante, pois seria um contra-senso imputar-lhes a invalidade. *Ibid.*, p. 91.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Ibid.*, p. 56.

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III, p. 56-57.

A eficácia jurídica são os efeitos advindos dos fatos jurídicos⁶¹, e somente estes podem produzir efeitos jurídicos. A norma jurídica não os produz, apenas tem o poder de incidir sobre o suporte fático e definir qual a eficácia que terá o fato jurídico. A ela pertence a eficácia normativa⁶². Uma vez que haja a incidência da norma, esse suporte fático entra no mundo jurídico, transformando-se em um fato jurídico. É com a criação do fato jurídico que se realiza a eficácia normativa. De modo diverso, a eficácia jurídica:

(...) designa o conjunto das consequências (= efeitos) imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico, desde as situações jurídicas mais simples, como os estados pessoais, às relações jurídicas mais complexas, das quais se irradiam direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções às sanções, ônus e premiações, sendo, destarte, *posterius* em relação ao fato jurídico. Eficácia jurídica⁶³ constitui decorrência específica e exclusiva de fato jurídico⁶⁴.

O ato jurídico – neste incluído o negócio jurídico – somente vale nos limites pré-fixados em lei; sua eficácia depende da lei.⁶⁵ É a regra jurídica, em conjunto com o sistema jurídico, que irá determinar até onde alcança a eficácia dos fatos jurídicos, sua qualidade e intensidade.⁶⁶ Ao fato jurídico pode se atribuir eficácia completa ou apenas uma parte dela, por meio das normas jurídicas, de acordo com o que é conveniente ao ordenamento jurídico. No plano da eficácia, não há critérios pré-

⁶¹ “A eficácia jurídica é a irradiação do fato jurídico; portanto, depois da incidência da regra jurídica no suporte fático, que assim, e só assim, passa a pertencer ao mundo jurídico PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V, p. 3.

⁶² “A norma jurídica (...) não produz, sozinha, eficácia jurídica alguma. Por isso, é de suma importância científica não confundir eficácia jurídica – que são os efeitos do fato jurídico – com *eficácia normativa* – que se resume à *incidência* sobre o suporte fático para juridicizá-lo (= transformá-lo em fato jurídico). O suporte fático, por sua vez, também não produz efeito jurídico, pois constitui, apenas, a base da incidência da norma jurídica. O fato sozinho, enquanto não houver sido juridicizado pela incidência, não tem qualquer consequência no mundo do direito.” MELLO. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, p. 173.

⁶³ No mesmo sentido, para Pontes de Miranda: “A eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico.” PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V, p.3.

⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, p. 2. “(...) pode-se dizer que (a) a norma jurídica é *causa* do fato jurídico e (b) este o é da eficácia jurídica”. Marcos Bernardes de Mello demonstra, em sua obra, que a relação entre a norma jurídica e o fato jurídico está interligada com o princípio da causalidade normativa; o mesmo caso não ocorre em relação ao fato jurídico e sua eficácia, pois esta é definida pela probabilidade. *Ibid.*, p. 19 e 27.

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III, p. 58.

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V, p. 5.

determinados à amplitude dos efeitos, pois o direito tem a liberdade de estabelecer a eficácia dos fatos jurídicos que bem entender.⁶⁷

Não é por meio de critérios apriorísticos que as questões que envolvem nulidade e eficácia poderão ser resolvidas, pois dependerá, necessariamente, do traçamento estabelecido pelo ordenamento jurídico. Para solucionar essas questões, é imprescindível que nos utilizemos, sempre, dos princípios norteadores do sistema jurídico.⁶⁸

Já Azevedo apresenta três espécies de fatores de eficácia: os fatores de atribuição da eficácia em geral; os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada e os fatores de atribuição de eficácia mais extensa.⁶⁹

Os fatores de atribuição da eficácia em geral são aqueles cuja falta o ato não produz praticamente nenhum efeito. Os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada são imprescindíveis para que um ato – que já possui uma eficácia entre as partes – possa produzir os efeitos visados por ele. Por fim, os fatores de atribuição de eficácia mais extensa dizem respeito ao campo de atuação do ato; fazendo-o oponível a terceiros ou até *erga omnes*.

A eficácia jurídica é restrita, via de regra, à esfera jurídica das partes a que se refere; não podendo, a princípio, atingir a esfera alheia. Esta proteção à esfera jurídica alheia é garantida pelo *princípio da incolumidade das esferas jurídicas alheias*. O direito apenas permite a interferência de ato de terceiro na esfera alheia de modo excepcional.⁷⁰

No mesmo entendimento, Pontes de Miranda:

A eficácia dos atos jurídicos *stricto sensu* ou dos negócios jurídicos não pode ir contra os direitos, pretensões, ações e exceções das outras pessoas, se essa não é a eficácia que o próprio sistema jurídico lhe confere. (...) A *existência* e a *validade* nada sofrem por haver direito de terceiro, ou pretensão, ação ou exceção de terceiro. As relações entre as pessoas,

⁶⁷ Na obra do professor Marcos Bernardes de Mello, a eficácia jurídica poderá sofrer “limitações de ordem pessoal, espacial e temporal, como também contencioso; do mesmo modo, pode sofrer restrições impostas pela vontade, em razão do poder de auto-regramento que lhe é reconhecido” MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, p. 33.

⁶⁸ MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p. 103.

⁶⁹ AZEVEDO. Obra citada, p. 57.

⁷⁰ “Por isso, o negócio jurídico de compra-e-venda feita por *non domino* e o correspondente acordo de transmissão não podem gerar a transmissão da propriedade, porque são ineficazes em relação ao dono do bem. O vendedor, porém, fica obrigado perante o comprador pelo seu ato, inclusive a indenizá-lo pelos prejuízos que lhe causar.” MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, p. 34.

quanto a direitos, pretensões, ações e exceções, em que não são sujeitos ativos ou passivos, apenas se hão de considerar no *plano da eficácia* dos negócios jurídicos, ou, em geral, dos fatos jurídicos.⁷¹

Vicissitudes podem influenciar no surgimento e na amplitude da eficácia própria dos fatos jurídicos, no que tange aos aspectos temporal, espacial e a seu conteúdo; levando o fato jurídico a produzir seus efeitos de forma plena ou limitada, imediatamente ou protraída para o futuro, de modo definitivo ou provisoriamente ou limitada a um espaço, podendo até nunca vir a produzir seus efeitos próprios. Essas vicissitudes podem advir da natureza do fato jurídico, da vontade dos figurantes, de disposição legal ou do âmbito de valência do sistema jurídico.

No que diz respeito à natureza da eficácia, existem fatos jurídicos que, em decorrência de sua natureza, têm seus efeitos jurídicos condicionados à ocorrência de fatos futuros. “São os atos jurídicos cuja eficácia depende de elemento integrativo.”⁷² Como exemplo, podemos citar o testamento, que somente produzirá seus efeitos finais e específicos com a morte do testador.

Dependendo das vicissitudes pelas quais a eficácia jurídica pode ser afetada, Marcos Bernardes de Mello apresenta em sua obra⁷³ as possíveis classificações jurídicas da eficácia⁷⁴ advinda dos fatos jurídicos.

Esta eficácia pode ser total, “quando todo seu conteúdo se produz, portanto, quando ocorre *E*, e não *E-1* ou *E-n*, independentemente de ter surgido de um só jato ou sucessivamente”⁷⁵. Por outro lado, a eficácia será considerada parcial enquanto não houver ocorrido uma ou mais categorias que compõem a eficácia jurídica, mesmo que venha depois a ser irradiada totalmente⁷⁶. Nas palavras do autor

⁷¹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V, p. 72.

⁷² MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, p. 34.

⁷³ *Ibid.*, p. 39.

⁷⁴ O autor apresenta em sua obra diversas classificações: eficácia total ou parcial; plena ou limitada; definitiva, resolúvel ou intermística; instantânea, sucessiva ou protraída; própria, anexa ou reflexa; *ex nunc*, *ex tunc* ou mista; e, por fim, putativa. Neste trabalho, serão apresentadas apenas as duas primeiras classificações (total ou parcial e plena ou limitada), tendo em vista a pertinência com o objeto do estudo a ser apresentado.

⁷⁵ MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, p. 40.

⁷⁶ “O negócio jurídico sob condição suspensiva, e.g., produz, apenas, eficácia parcial, uma vez que sua eficácia total somente se produzirá se e quando implida a condição. Enquanto pendente condição suspensiva, há eficácia intermística, pois, embora se forme de logo a relação jurídica, dela só se irradiará *direito expectativo* (...)” *Id.*

supramencionado, “essa classificação leva em conta a eficácia própria e final do fato jurídico, no que se incluem efeitos cuja irradiação depende de elementos integrativos do suporte fático”⁷⁷.

Quando a eficácia for plena, o titular do direito poderá exercer todos os direitos, pretensões, ações, exceções, poderes e faculdades inerentes a ele, que integrem sua esfera jurídica⁷⁸, de modo definitivo, sem qualquer restrição; caso contrário, sendo restringida de qualquer forma, a eficácia será limitada.

Os diversos efeitos que podem advir de fatos jurídicos denominam-se categorias eficaciais ou categorias de eficácia jurídica⁷⁹. São todos os efeitos possíveis de ser encontrados no mundo jurídico: desde uma situação jurídica mais simples, a situações jurídicas mais complexas (relações jurídicas, sanções, ônus e premiações). O termo situação jurídica em sentido lato, refere-se a qualquer consequência produzida por fato jurídico, desde a mais simples à mais complexa. Em sentido estrito, designa os casos em que não há uma relação jurídica, limitando os efeitos a apenas uma esfera jurídica.

Denomina-se situação jurídica básica⁸⁰ aquele “efeito mínimo básico de criar, ao menos, uma situação jurídica”⁸¹. Um fato jurídico pode não produzir todos os seus efeitos próprios e completos, mas a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático, gerando a entrada do fato no mundo jurídico, fará com que esse fato

⁷⁷ *Ibid.*, p. 41.

⁷⁸ “Os bens da vida que tocam a determinado sujeito de direito, consubstanciados no conjunto das situações jurídicas (*lato sensu*) em que esteja inserido, portanto a totalidade dos direitos, pretensões, ações e exceções, os deveres e obrigações, que, especificamente, lhe dizem respeito, inclusive certos direitos públicos que não se subjetivam, tenham ou não mensuração econômica, e as qualificações individuais relativas ao *status* das pessoas, constituem sua esfera jurídica.” *Ibid.*, p. 75.

⁷⁹ São divididas em categorias de eficácia de direito material e de direito formal, de acordo com a origem de normas de direito material ou de direito formal. Estas são as responsáveis por regular a forma dos atos jurídicos ou o modo de exercício de direitos. Aquelas têm na sua incidência a capacidade de produzir efeitos que criem e regulem direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e situações de acionado, e exceções e situações de excetuados; que definam licitude ou ilicitude; que estabeleçam responsabilidades; que prescrevam sanções civis ou penais; criem ônus ou premiações, etc. *Ibid.*, p. 32.

⁸⁰ Pontes de Miranda, em sua obra, refere-se ao “efeito mínimo”. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V, p. 7.

⁸¹ MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p. 175.

jurídico gere, ao menos, “o efeito de criar uma situação jurídica básica cujo conteúdo, embora limitado, é típico”⁸².

Os demais efeitos (próprios e completos) do fato jurídico, quando puderem – e se puderem – ser gerados, advirão dessa situação jurídica básica. Os efeitos desta dependerão da natureza do fato jurídico a que esteja vinculada. É também, por meio da situação jurídica básica, que se explicam os efeitos aparentes dos atos nulos.

A relação jurídica é efeito de fato jurídico, por isso, refere-se ao plano da eficácia. Há vezes em que a relação intersubjetiva é parte do suporte fáctico da norma jurídica, ingressando no mundo do direito como fato jurídico, noutras, ela essa relação forma-se após a incidência da norma jurídica, como eficácia de fato jurídico. Marcos Bernardes de Mello a define como “toda relação intersubjetiva sobre a qual a norma jurídica incidiu, juridicizando-a, bem como aquela que nasce, já dentro do mundo do direito, como decorrência de fato jurídico”⁸³.

Pode bem ser que a regra jurídica, incidindo, torne jurídica relação que já existia no mundo fáctico. Então, não há cogitar-se, aí, de relação jurídica como pura eficácia do fato jurídico: a relação (jurídica) está *nele*, porque no suporte fáctico já estava como relação fáctica (e.g., relação de filiação, relação de nacionalidade *iure soli*). Se alguma relação (jurídica) se compõe depois, é *eficácia*, e tal relação jurídica é livremente “construída” pela técnica jurídica, seja de direito, de pretensão, de ação, ou de exceção, que se trate.⁸⁴

A norma jurídica é simples entidade lógica, mas o fato jurídico não o é. Ele existe para produzir sua finalidade última, que é gerar consequências nas relações intersubjetivas humanas. Contudo, existem certas situações que não permitem a produção dessas consequências, de modo permanente ou temporário. Nessa hipótese, há a ineficácia do fato jurídico.

Ineficácia jurídica é possível definir como a inaptidão, temporária ou permanente, do fato jurídico para irradiar os efeitos próprios e finais que a norma jurídica lhe imputa. A expressão *ineficácia jurídica* pode ser empregada:

(a) em sentido lato, quando se refere a toda e qualquer situação em que o fato jurídico não produz efeito, ou ainda não produziu, como ocorre em casos em que a ineficácia é inerente ao próprio fato jurídico ou decorre de

⁸² *Id.*

⁸³ MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, p. 171.

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V, p. 4.

certas vicissitudes a que estão sujeitos os atos jurídicos, *v.g.*, nulidade, anulabilidade, resolubilidade; ou

(b) em sentido estrito, quando diz respeito às espécies em que a eficácia própria e final não se irradiou ainda (testamento, antes da morte do testador, negócio jurídico sob condição suspensiva, negócio jurídico dependente de elemento integrativo, *e.g.*) ou, se já produzida, foi excluída do mundo jurídico.⁸⁵

É comum a doutrina confundir ineficácia com inexistência e invalidade do ato jurídico.⁸⁶ Marcos Bernardes de Mello aponta essa confusão como algo sem razão: dizer que um ato inexistente é ineficaz é um contra-senso, visto que o que não existe está impossibilitado de gerar qualquer efeito no mundo, inclusive de ser considerado ineficaz. Do mesmo modo, a ineficácia jamais poderá ser considerada consequência da inexistência, assim como não se pode relacionar invalidade e ineficácia do ato jurídico. Para o autor, em regra, o que é nulo é ineficaz, entretanto, há atos jurídicos nulos que podem gerar certos efeitos. O professor Antônio Junqueira de Azevedo ratifica esse entendimento: “(...) a eficácia do nulo e a ineficácia do válido. Ambas são, a nosso ver, provas cabais de que não se pode confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz; não só há o ato válido ineficaz como, também, o nulo eficaz.”⁸⁷

É com esse apontamento que se vê a importância do estudo do Direito por meio da Tripartição de Planos: “ser, valer e ser eficaz, em verdade, são situações distintas e inconfundíveis, em que se podem encontrar os fatos jurídicos”⁸⁸. Para se falar em invalidade e ineficácia, é necessária a existência do fato jurídico, mas a recíproca não é verdadeira. Ser existente não pressupõe, necessariamente, a validade e a eficácia do fato jurídico.

Marcos Bernardes de Mello classifica a ineficácia em: total ou parcial e absoluta ou relativa. A ineficácia total irá privar, totalmente, o ato jurídico de sua eficácia própria, embora ainda seja existente.

⁸⁵ MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, p. 61.

⁸⁶ “Empregamos os vocábulos ineficaz e ineficácia com sentido genérico, reservando as palavras *nulidade e nulo, anulabilidade e anulável, inexistência e inexistente* para designação de tipos específicos de ineficácia. A nosso ver, ineficácia é gênero, de que são espécies a nulidade, a anulabilidade e a ineficácia.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 374, nota 1.

⁸⁷ AZEVEDO. *Op. cit.*, p. 49.

⁸⁸ MELLO. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, p. 62.

O conceito de *ineficácia total*, segundo nosso entendimento, diz respeito à irradiação dos efeitos próprios e finais do ato jurídico em seu todo. Não importa se o ato ineficaz pode produzir outros efeitos que não sejam aqueles relativos a seu fim, mesmo porque não há fato jurídico *absolutamente* ineficaz. **Ineficácia total não é sinônimo de ineficácia absoluta.**⁸⁹ (GRIFO NOSSO)

Já na ineficácia parcial, o ato jurídico será privado de apenas alguns de seus possíveis efeitos.

Há ineficácia relativa quando os efeitos do ato jurídico não se irradiam para determinados sujeitos de direito, mas o fazem relativamente em relação a outros. No mesmo entendimento, Pontes de Miranda⁹⁰ e Azevedo⁹¹. Já a ineficácia absoluta ocorre quando o fato jurídico é privado de toda a sua possível eficácia, inclusive a mínima. Entretanto, não há um fato jurídico com ineficácia absoluta, já que esta implicaria a inexistência do fato. Podemos dizer que não há um fato jurídico que seja absolutamente ineficaz.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 64.

⁹⁰ Diz-se que há ineficácia relativa quando o negócio jurídico é ineficaz para uma, ou para algumas pessoas, e eficaz para outra, ou para outras. Não se há de confundir com a anulabilidade, dita, atecnicamente, nulidade relativa, porque, de regra, o ato jurídico anulável é eficaz, até que, com a desconstituição, se faça ineficaz (...) A ineficácia relativa é inexistência *parcial* de efeitos, se bem que nem toda inexistência parcial de efeitos seja ineficácia relativa. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V, p. 73.

⁹¹ “Ocorre *ineficácia relativa*, ou inoponibilidade, se o contrato, válido entre as partes, não é oponível a terceiro.” AZEVEDO. *Op. cit.*, p. 53.

2. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO E O DIREITO CONTRATUAL

2.1. Introdução ao SFH.

Uma das maiores dificuldades do Direito contemporâneo é disponibilizar meios para aquisição de bens essenciais ao homem. Para tanto, é imprescindível que a atividade jurisdicional viabilize instrumentos que deem oportunidade de aquisição desses bens indispensáveis a uma vida digna, ao maior número de pessoas possível.

Dentre esses bens, podemos citar a moradia. Ela é um bem vital ao ser humano, garantida no nosso sistema jurídico como um direito social fundamental. Um dos meios para o Estado cumprir essa promessa constitucional é por meio do financiamento imobiliário. Com ele, permite-se o acesso à moradia, com financiamentos habitacionais às classes populares, com baixos juros, a longo prazo e com as prestações vinculadas à renda familiar.

Até o século XIX, não houve uma preocupação do Estado no que diz respeito à questão habitacional. Após a proclamação da República e o processo de industrialização, que geraram um aumento da população urbana, é que surgiu uma preocupação estatal no tema. Essa intervenção objetivou conter as consequências da formação desorganizada das cidades – como, por exemplo, as epidemias –, e não esteve voltada, diretamente, à organização urbana.

O primeiro registro de política pública ligada à habitação aparece no primeiro governo do presidente Getúlio Vargas, que utilizou fundos de previdência para financiamento imobiliário.

Em 1946, com o governo do presidente Dutra, criou-se a Fundação da Casa Popular, um novo programa habitacional, que perdurou nos governos de Vargas, Kubitschek, Quadros e Goulart. Entretanto, a falta de recursos ao projeto e o crescimento urbano acelerado comprometeram a sobrevivência do programa.

A década de 60 inicia-se com uma crise política e econômica. Recessões; inflações; renúncia do presidente Jânio Quadros e a instabilidade do governo de João Goulart, entre outras razões, contribuíram para que em 1964 os militares tomassem o poder político brasileiro.

É nesse momento de fracasso dos programas habitacionais e de instabilidade política e econômica que surge o Sistema Financeiro da Habitação, instituído pela Lei nº 4.380 de 21.08.1964⁹². Juntamente, criou-se a correção monetária nos contratos imobiliários⁹³, o Banco Nacional da Habitação⁹⁴ e as Sociedades de Créditos Imobiliários⁹⁵.

Esse conjunto de regras pode ser denominado como “mercado habitacional”, com operações econômicas estreitamente reguladas pela ordem jurídica.⁹⁶ Para compreendermos o surgimento social do contrato de gaveta, é primordial a análise das características e dos ideais políticos presentes no SFH.

Esse sistema foi criado com o objetivo de facilitar a aquisição da casa própria para a classe baixa, com o pagamento do financiamento relacionado à variação dos salários auferidos pelo mutuário, sem ultrapassar os limites do salário mínimo e um terço da renda familiar.⁹⁷ Entretanto, para entender esse sistema e os contratos a ele ligados, é necessário que sejam analisados por uma leitura não só jurídica, mas também política e econômica da época.

Conforme disciplina o professor Rodrigo Xavier Leonardo, a referida Lei, apesar de ter sido criada no intuito de facilitar a aquisição da casa própria,

⁹² Art. 1º. O Governo Federal, através do Ministro de Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda. Lei nº 4.380/1964.

⁹³ Art. 5º. Observado o disposto na presente lei, os contratos de vendas ou construção de habitações para pagamento a prazo ou de empréstimos para aquisição ou construção de habitações poderão prever o reajustamento das prestações mensais de amortização e juros, com a consequente correção do valor monetário da dívida toda a vez que o salário mínimo legal for alterado. *Ibid.*

⁹⁴ Art. 16. Fica criado, vinculado ao Ministério da Fazenda, o Banco Nacional da Habitação (BNH), que terá personalidade jurídica de Direito Público, patrimônio próprio e autonomia administrativa, gozando de imunidade tributária. *Ibid.*

⁹⁵ Art. 35. As Sociedades de crédito imobiliário são instituições de crédito especializado, dependem de autorização do Banco Nacional da Habitação para funcionar, e estão sujeitas a permanente fiscalização do Governo Federal, através do referido Banco e da Superintendência da Moeda e do Crédito. *Ibid.*

⁹⁶ CORDEIRO, Eros Belin de Moura. CORDEIRO, Noêmia Paula Fontanela de Moura. *Dignidade jurídica dos contratos de gaveta: em busca da concretização do acesso à moradia*. In: FACHIN, Luiz Edson. TEPEDINO, Gustavo. **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 100.

⁹⁷ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação**. 11ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

caracterizou-se como um sistema financeiro, no qual a habitação foi colocada em segundo plano:

A nova política habitacional centralizava-se no elemento que já aparecia como óbvio para qualquer programa neste setor: o *crédito*. Assim, a Lei 4.380/64, simultaneamente, criou o SFH e o Banco Nacional de Habitação (BNH) e instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários, propiciando uma absoluta alteração do mercado habitacional.⁹⁸

O Sistema Financeiro da Habitação, ao contrário de seus “supostos princípios de atuação”, tinha por escopo cumprir, claramente, funções políticas e econômicas previamente bem traçadas. “Politicamente, mostrava-se imprescindível controlar a instabilidade social e legitimar o autoritarismo até o ponto de *implodir as organizações populares*.”⁹⁹

Por meio da habitação popular, o Estado visava à amenização das reivindicações sociais, já que o sonho da casa própria constitui-se em um dos maiores anseios da classe trabalhadora. Embora essa distribuição de moradia fosse meramente ilusória, a simples existência do Sistema Financeiro da Habitação tornou-se uma forma de controlar as reivindicações imediatas da sociedade. Ademais, ao adquirir sua casa própria, o trabalhador, além de possibilitar a acumulação do capital, também era considerado um revolucionário a menos contra o poder estatal.

Eva Alterman Blay aponta, nas palavras do professor Rodrigo Xavier Leonardo, para “uma *alienação prévia* da força de trabalho”, no ingresso ao Sistema Financeiro da Habitação:

Ao adquirir a casa própria, o trabalhador compromete a vida para saldar a sua dívida. Isto é, se considerarmos que o novo proprietário tem entre 25 a 30 anos ao conseguir comprar uma casa, terá 50 ou mesmo 60 anos quando terminar de pagá-la. Estará obrigado a trabalhar toda a sua vida para saldar a dívida e provavelmente envolverá a mulher e os filhos no compromisso assumido. Em nome da aquisição da casa própria, sua força de trabalho estará previamente vendida.¹⁰⁰

⁹⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 47.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 48.

¹⁰⁰ BLAY, Eva A. Habitação: a política e o habitante. In: _____ (Org.) **A luta pelo espaço**. Petrópolis: Vozes, 1978, p.85. Apud: *Ibid.*, p. 49.

No que tange aos interesses econômicos, o Sistema Financeiro da Habitação objetivou aumentar a oferta em massa de emprego, com o fomento da construção civil, que contaria com financiamentos para o seu desenvolvimento. Ademais, o sistema foi previsto para uma retroalimentação¹⁰¹, a fim de evitar ao máximo a utilização de recursos públicos. Ele se sustentava pelos depósitos realizados nas cadernetas de poupança aliados com os depósitos vinculados ao FGTS, além do comprometimento financeiro dos mutuários, com parcelas fixadas com base nos seus rendimentos mensais.

Abstratamente, portanto, o Sistema Financeiro da Habitação apresentava-se como um sistema que se *retroalimentaria* e que, com o comprometimento financeiro dos mutuários, fixado com base nos seus respectivos rendimentos mensais, proporcionaria o acesso à propriedade imobiliária residencial.¹⁰²

Entretanto, o sistema, supostamente criado para solucionar os problemas ligados à habitação, não conseguiu alcançar seus objetivos, demonstrando, desde logo, sua insuficiência.¹⁰³

Um dos principais fatores apontados como responsáveis pela sua decadência é a centralização do autoritarismo, permeando uma “ideologia de neutralidade”. O sistema e sua tecnoburocracia eram distantes da realidade das cidades brasileiras, onde uma intervenção estatal na sua organização fazia-se necessária.

As inúmeras especificidades de cada região eram solapadas pelo referido projeto tecnoburocrático, pretensamente neutro, que supostamente pretendia resolver a questão habitacional mediante uma visão empresarial, ignorando a necessidade de uma efetiva política pública habitacional, que pressupõe uma escolha *política* na alocação de recursos que nem sempre,

¹⁰¹ “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. **Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação**, p. 21.

¹⁰² LEONARDO. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁰³ “Ocorre, porém, que a economia nacional foi guerreada com continuadas crises econômicas, que originaram seguidos e sucessivos planos econômicos que desajustaram o sistema, além de estender o financiamento no SFH para aquisições de moradias para as demais classes sociais, o que sem dúvida desequilibrou o sistema e causou a injustiça social.” FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa (org.). **Sistema financeiro da habitação: reflexos financeiros e econômicos**. 1ª ed. (ano 2004), 5º tir. Curitiba: Juruá, 2009, p. 127.

ou quase nunca, coincide com o raciocínio de maximização das utilidades.¹⁰⁴

Outro fator que contribuiu para causar a decadência desse sistema foi a diminuição dos recursos que o alimentavam (FGTS e poupanças). Com a recessão que atingiu o Brasil na década de 1980, aliado ao fomento do desemprego, o Sistema Financeiro da Habitação teve suas fontes de recursos diminuídas consideravelmente, desencadeando um desaquecimento da indústria da construção civil.

Além desses fatores, o êxodo rural (fomentado, em parte, pelo aquecimento da indústria da construção civil), o grande aumento nas taxas anuais de inflação e a correção monetária das prestações maior do que a dos salários foram cruciais para causar a inviabilidade do Sistema Financeiro da Habitação.¹⁰⁵

Sem contar que apenas 33,5% das unidades habitacionais financiadas foram destinadas às populações de classe baixa. Conseqüentemente, o FCVS foi destinado a cobrir os saldos devedores dos vultosos financiamentos, e não de financiamentos populares, causando uma dívida de cerca de U\$ 50 bilhões.¹⁰⁶

Diante de sua insustentação, em 1986, o BNH foi extinto, seguindo-se de inúmeras modificações nos órgãos responsáveis tanto pela questão urbana, como pelo setor habitacional. “O SFH continuou operante, porém com programas nitidamente mais tímidos. Programas marginais ao SFH foram lançados, tais como o *plano de ação imediata para habitação, o pró-moradia e o João de Barro.*”¹⁰⁷

¹⁰⁴ LEONARDO. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁵ “Na realidade o Sistema Financeiro da Habitação, não cumpriu o seu papel social. Com as crises dos últimos anos, os salários foram corrigidos em determinados períodos, abaixo da correção das prestações mensais, colocando o consumidor habitacional em desalinho, abrindo um dilema: ou reduz o bem-estar de sua família, cortando gastos até com a alimentação, ou tenta manter em dias as prestações do financiamento para não perder o imóvel financiado junto ao agente financeiro.” FIGUEIREDO. **Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação**, p. 22.

¹⁰⁶ “Levando em consideração que o SFH possui cunho estritamente social, proporcionando a aquisição da casa própria através de um financiamento, que se propõe a respeitar a relação entre o salário do mutuário e o valor da prestação do financiamento, sem comprometer a sua subsistência, não resta dúvida que a correção monetária dos contratos habitacionais, no mínimo, deveria acompanhar os reajustes salariais de cada mutuário e vice-versa. Este esquema de simplicidade acabou deturpado, principalmente nos últimos anos, porque o SFH, ao tentar cumprir o seu caráter social, beneficiou classes sociais privilegiadas, que se aproveitaram da incapacidade gerencial da Administração Pública.” *Ibid.*, p. 22.

¹⁰⁷ LEONARDO. *Op. cit.*, p. 62.

Entretanto, a fonte de recursos para esses planos ainda era o FGTS, objetivando atingir a classe baixa.

Em 1993, a Lei nº 8.692, instituiu o Plano de Comprometimento de Renda (PCR). Esse plano dispõe que o reajuste das prestações mensais devem ser reajustadas todo mês conforme a variação da Taxa Referencial com o limite de no máximo 30% (trinta por cento) da renda da família, independentemente do percentual de comprometimento de renda examinado na época da realização do contrato. Assim, o reajuste das prestações passa a ser efetuado pela Taxa Referencial (que também reajusta o saldo devedor), e não mais pela variação salarial.¹⁰⁸

Em 1995, reconhecendo o esgotamento do SFH, criou um projeto habitacional, que visava à descentralização da política de habitação, mas com um fomento no controle da aplicação dos recursos.¹⁰⁹

A Lei 9.514/97 criou o Sistema Financeiro Imobiliário¹¹⁰, que permanece até os dias atuais, e “representa o mais arrojado projeto de alteração da legislação sobre o financiamento imobiliário”¹¹¹, administrado em parte pela iniciativa privada, objetivando o fomento do setor da construção civil.

Este sistema conta com uma ampla fonte de recursos e uma flexibilização das condições econômicas, além de uma ampla garantia de retorno do capital investido. O SFI visa a fortalecer as instituições financeiras, além de limitar, consideravelmente, os direitos dos futuros mutuários.¹¹²

A principal distinção entre o SFI e o SFH é que, no primeiro, o mutuário não é proprietário do imóvel enquanto não quitar a última parcela do financiamento. Já nos contratos do âmbito do SFH, o mutuário torna-se proprietário do imóvel financiado na assinatura do contrato.¹¹³

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa (org.). **Sistema financeiro da habitação: reflexos financeiros e econômicos**. 1ª ed. (ano 2004), 5º tir. Curitiba: Juruá, 2009, p. 127-8.

¹⁰⁹ LEONARDO. *Op. cit.*, p. 62.

¹¹⁰ “O prazo de financiamento deverá ficar de 12 a 15 anos, as taxas de juros anuais de 14% a 15%.” FIGUEIREDO. **Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação**, p. 33.

¹¹¹ LEONARDO. *Op. cit.*, p. 63.

¹¹² *Id.*

¹¹³ FIGUEIREDO. **Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação**, p. 34.

Há um afastamento do Estado no setor habitacional, entretanto, a alteração na legislação permitiu a regulamentação do mercado habitacional e, conseqüentemente, o fortalecimento das instituições financeiras. “Eis o fruto de uma política neoliberal: o Estado coloca-se apenas como guardião das regras do jogo, que, longe de serem neutras, escolhem flagrantemente as partes que pretendem proteger.”¹¹⁴

2.2. Características dos contratos do SFH.

O contrato é o principal instrumento escolhido para viabilizar juridicamente as operações do mercado habitacional. Tendo em vista a complexidade econômica e jurídica existente dentro deste sistema, para analisá-lo é necessário o estudo por meio das redes contratuais.

Não obstante haja inúmeros tipos contratuais no âmbito do SFH, nesta monografia, que tem por escopo o contrato de gaveta, cabe apenas ressaltar a contratação entre o comprador e a construtora, e com a entidade financeira fornecedora do crédito.

O contrato de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação começa com a proposta feita aos cidadãos pelo Governo Federal de financiamentos de imóveis com prestações mensais reajustadas conforme a progressão da renda familiar.

Já a segunda proposta, de acordo com Alcio Manoel de Sousa Figueiredo, é composta de duas maneiras. Primeiramente, por meio de cooperativas habitacionais – criadas com a finalidade de construir imóveis habitacionais, com recursos da caderneta de poupança e do FGTS – com apoio dos municípios e dos estados. Outra forma é por meio de construtoras atuantes no mercado imobiliário, “cujas vendas de imóveis através do Sistema Financeiro da Habitação são lastreados por meio de ampla divulgação nos meios de comunicação”¹¹⁵.

¹¹⁴ LEONARDO. *Op. cit.*, p. 65.

¹¹⁵ FIGUEIREDO. **Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação**, p. 36.

2.2.1. Transferência da propriedade do bem imóvel e financiamento imobiliário

Aceita a proposta, conclui-se o contrato de compra e venda por meio da apresentação de documentos, pagamento do sinal do negócio, quitação da poupança com recursos próprios ou do FGTS e assinatura do contrato.¹¹⁶ Entretanto, conforme Murilo Constantino, essa transferência da propriedade do bem financiado ao adquirente assemelha-se ao contrato de compra e venda, mas com ele não se confunde. A diferença entre esse contrato com o tipo contratual de compra e venda é que grande parte do valor do imóvel é pago pela instituição financeira, por meio de repasse direto à construtora.¹¹⁷

O restante do pagamento, se o valor financiado for menor ao valor do imóvel, pode ser pago de inúmeras formas. Constantino aponta como exemplos:

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 chamada de “poupanção”), que é uma das linhas de crédito disponíveis em que o interessado faz o depósito 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.¹¹⁸

É aqui na transferência do imóvel que se verifica o objetivo do SFH de fomentar a indústria da construção civil, pois, aquele que aliena as unidades habitacionais (empreendedor) imediatamente recebe o pagamento e sai do sistema, transferindo os riscos e custos para o SFH e as instituições financeiras conveniadas. Desta forma, o contratante consumidor mantém vínculo apenas com a instituição financeira, beneficiando as construtoras, já que o sistema aumenta suas vendas e não as obriga a assumir nenhum risco.¹¹⁹

Por fim, procede-se à lavratura do contrato de compra e venda, que é realizado juntamente com o contrato de mútuo. Na verdade, pode-se dizer que esse

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 37.

¹¹⁷ CONSTANTINO, Murilo Rafael. **Contratos de gaveta no Sistema Financeiro de 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. Curitiba, 2007, p. 28.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 28-9.

¹¹⁹ LEONARDO. *Op. cit.*, p. 52.

contrato assemelha-se com o contrato de mútuo oneroso¹²⁰, entretanto, o mutuário não recebe o empréstimo da instituição financeira, pois esse empréstimo é repassado de forma direta às construtoras ou às cooperativas.

O contratante consumidor – chamado de “mutuário da casa própria” – financia uma quantia em espécie que é diretamente destinada à construtora, responsabilizando-se pelo pagamento das prestações à instituição financeira.

Muitos foram os tipos de financiamentos apresentados pelo SFH, em que havia a variação da política de reajustes das prestações, do saldo devedor e da forma de sua liquidação final.

A mais importante forma de financiamento no âmbito do SFH foi o “Plano de Equivalência Salarial”, no qual as prestações mensais eram corrigidas de acordo com a variação salarial da categoria trabalhista a qual pertencia o mutuário. Já o saldo devedor era corrigido conforme as taxas de juros e de correção monetária normais de mercado.

Como não havia uma correspondência direta entre o saldo devedor do contrato e a contraprestação do mútuo, era – e ainda é – comum, ao final do contrato, um considerável saldo devedor residual. Numa tentativa de solucionar o problema, o BNH criou o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), que consistia em um acréscimo às prestações mensais do mutuário, com o objetivo de saldar eventuais diferenças no saldo devedor – após a quitação de todas as parcelas corretamente – no final do contrato. Com o advento da Lei nº 8.692/1993, extinguiu-se a possibilidade de utilização do FCVS. A correção das possíveis distorções que poderiam surgir entre o valor da parcela e o do saldo devedor foi substituída pela prorrogação do financiamento.

2.2.2. Contrato por adesão

Ademais, o contrato de financiamento do SFH é caracterizado como um contrato por adesão, visto que possui cláusulas aprovadas por autoridade

¹²⁰ “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, tanto que os ingressantes no SFH normalmente são de ‘mutuários da casa própria’.” CONSTANTINO. *Op. cit.*, p. 29.

competente ou estabelecidas de forma unilateral por aquele que fornece o produto ou o serviço, impossibilitando que o mutuário venha a modificar seu conteúdo.

Os contratos do SFH seguem um padrão rígido, além de possuir muitas cláusulas dispostas legalmente, diminuindo drasticamente alguma possibilidade de negociação entre as partes.

Figueiredo aponta que as contratações realizadas no âmbito do SFH “são unilaterais, aprovadas em parte pelo poder público (autoridade competente), e o restante de suas cláusulas são redigidas prévia e unilateralmente pelo agente financeiro.”¹²¹ Essa unilateralidade, conforme já dito, impede a discussão ou qualquer mudança nas cláusulas pelo mutuário, levando à interpretação a seu favor quanto a cláusulas duvidosas.

Embora as razões para a presença de tal tipo de contratação sejam relevantes – como, por exemplo, o fato de que há dinheiro público financiando esse sistema – é cediço que o mutuário da casa própria muitas vezes é hipossuficiente em relação à instituição financeira, que possui meios econômicos, políticos e jurídicos, principalmente jurídico-processuais, que garantem, por meio de leis e cláusulas, o que lhes é mais vantajoso e protetivo.

2.2.3. Hipoteca

O imóvel financiado pelo SFH é gravado com ônus real em garantia em favor do agente financeiro, constituindo uma hipoteca primeira e especial, com a finalidade de garantir o financiamento e outras obrigações assumidas pelo mutuário.

2.2.4. Seguro obrigatório

Ademais, juntamente com a prestação mensal paga pelo mutuário, acrescia-se um seguro obrigatório, que proporcionaria a quitação parcial o total do débito em

¹²¹ FIGUEIREDO. *Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação*, p. 39.

caso de falecimento ou invalidez permanente do mutuário e cobriria possíveis danos causados por incêndio, desmoronamento e demais danos físicos causados ao imóvel.

2.2.5. “Proibição” da venda e de qualquer cessão de direitos relativos a imóveis do SFH sem prévia anuência da instituição financeira

Inicialmente, a “proibição” da venda e de qualquer cessão de direitos relativos a imóveis do SFH sem a prévia anuência da instituição financeira estava inserida numa cláusula do contrato padrão da Caixa Econômica Federal, também conhecido como “escritura padrão declaratória”. Essa cláusula continha uma expressa sanção para aqueles que transferissem o imóvel sem o consentimento do agente do SFH:

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 expreso consentimento da CEF.

Com o objetivo de frear o surgimento dos inúmeros contratos de gaveta que passaram a surgir em decorrência da proibição expressa na referida cláusula, o Governo Federal editou a Lei nº 8.004/1990, que dispôs sobre a transferência de financiamento no âmbito do SFH. Trazia a lei a seguinte disposição:

Art. 1º. O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei.

Parágrafo único. 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.

Com o advento da Lei nº 10.150 de 21 de dezembro de 2000, que acrescentou outros requisitos para a transferência do imóvel e alterou o parágrafo único da Lei supracitada, ainda é necessária a anuência da instituição financeira para transferir o imóvel a terceiros.

Parágrafo único. 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.

Com o objetivo de garantir ainda mais o “direito” das entidades financeiras, que antes era previsto apenas por meio de cláusula contratual, a Lei passou a disciplinar a proibição da cessão da posição contratual no âmbito do SFH.

Na realidade, não há uma efetiva proibição, mas uma “proibição mascarada”. Ao vincular a transferência do imóvel à anuência da instituição financeira, há uma dificuldade para se transferir o imóvel, tornando praticamente impossível o mutuário dispor de seu bem. O mutuário pode alienar, prometer alienar, ceder ou prometer ceder o imóvel financiado, contudo, necessitará da concordância da entidade financiadora.

Vários são os argumentos que defendem essa disposição legal. Primeiramente, tem-se por necessária a anuência da entidade financeira tendo em vista que os recursos do SFH têm origem e subsídios públicos. Como o SFH deve atender uma determinada parcela da população, o consentimento é imprescindível para que haja a garantia de que os fins do sistema serão alcançados. Outro argumento que defende a anuência é o fato de que, em decorrência da livre iniciativa e da liberdade de contratação, às instituições financeiras é facultada a análise do potencial de crédito de quem com ela realiza o financiamento.

No que tange ao primeiro argumento, suas razões são palpáveis. É estritamente necessário que a instituição financeira garanta que os benefícios do SFH sejam destinados somente às classes populares pré-determinadas pelo financiamento. A falta dessa fiscalização poderia dar margem a uma fraude à lei: alguém que se encaixe nos requisitos do financiamento contrata com a entidade e depois transfere sua posição subjetiva para um terceiro que – por obter uma renda

maior do que o previsto nos requisitos do contrato – não poderia obter o crédito perante o SFH.

Desta forma, o consentimento com a transferência da posição contratual garante a sobrevivência das finalidades do sistema, destinado à aquisição da casa própria para aqueles que possuem uma renda mais baixa.

Obviamente que, não obstante os argumentos expostos no parágrafo acima, deve haver uma cautela no que tange à concessão ou não da anuência pelas instituições financeiras. Não se pode deixar ao livre arbítrio das entidades a opção ou não pela concordância com a transferência do contratante.

Um dos fatores que mais contribui para a transferência sem a anuência da instituição financeira é, além do terceiro ter que preencher os requisitos para o financiamento, que as prestações pagas mensalmente sejam recalculadas com base no saldo devedor do financiamento. É uma exigência dos bancos para consentir com a transferência. Conforme aponta Bruno Mattos e Silva, na grande parte dos casos, o saldo devedor e o valor da prestação são reajustados com índices diferentes: o saldo devedor é reajustado mensalmente, por índices das taxas de juros, enquanto que as prestações são reajustadas por índices de variação da categoria a qual pertence o mutuário ou pelos índices de correção monetária.¹²²

Essa diferença nos índices de reajuste acarreta uma grande desproporção entre o valor do saldo devedor e o valor da prestação, tornando aquele muito maior do que este. Em consequência disso, muitas vezes o valor de mercado do imóvel passa a ser menor do que o próprio valor da dívida imobiliária, apesar de várias prestações terem sido pagas pelo mutuário.¹²³

Desta forma, a requisição do consentimento da instituição financeira acaba acarretando um enorme prejuízo ao terceiro que deseja adquirir o imóvel. Não só a ele, mas também ao mutuário, que fica praticamente preso ao imóvel, impossibilitado de aliená-lo.

Na tentativa de desvencilhar-se das amarras colocadas pelas instituições financeiras, o mutuário e o terceiro optam por não comunicarem à entidade a

¹²² 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: 06/06/2010.

¹²³ *Id.*

transferência, diminuindo, assim, os gastos e mantendo o nome do mutuário “original” no financiamento.

Para Constantino, há duas razões – na lógica privada – para essa exigência da intervenção da instituição financeira. A primeira é a maximização dos 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).”¹²⁴ Em segundo lugar, a liquidez do sistema. Colocar amarras ao mutuário é mais lucrativo para a instituição financeira, visto que é melhor ter a obrigação liquidada como previsto inicialmente do que ter que partir para um processo judicial, mesmo que haja a garantia hipotecária. Além dos custos processuais, a via contenciosa retarda a recuperação do capital investido. Manter o “mutuário original” no contrato de financiamento é uma garantia maior que as prestações serão pagas até o fim, conforme estipulado em acordo, pois o seu potencial de crédito já foi avaliado.

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 do sistema financeiro (algo parecido com o que ocasionou a crise do mercado imobiliário americano em meados de 2007).¹²⁵

Aquele que pretende transferir seu imóvel financiado pelo SFH pode ter uma grande dificuldade: na maior parte das vezes ele estará preso ao imóvel até o fim do pagamento das prestações do financiamento, devido às exigências impostas pelas instituições financeiras.

Embora a legislação e as cláusulas contratuais criem amarras ao mutuário da casa própria, o que ocorre na realidade é bem diferente. Na vida moderna constantemente surgem situações que nos impedem de manter essa passividade, tornando querida ou até obrigatória nossa mudança: desejo de comprar um imóvel melhor, devido a um aumento na renda; necessidade de mudar de domicílio; falta de recursos para pagar as prestações do financiamento; etc.

¹²⁴ CONSTANTINO. *Op. cit.*, p. 35.

¹²⁵ *Id.*

Não obstante várias razões para querer se desligar do imóvel, há os empecilhos impostos pelas instituições financeiras, tanto para os mutuários, como para os terceiros que desejam adquirir o bem. É na tentativa de contornar essas barreiras que surgem os contratos de gaveta no Sistema Financeiro da Habitação.

3. AS REFLEXÕES A PARTIR DOS CONTRATOS DE GAVETA

3.1. O surgimento social do contrato “de gaveta”.

Diante das dificuldades que os mutuários da casa própria se deparam para transferir sua posição contratual no âmbito do SFH, as pessoas interessadas nessa transferência passaram a realizar, entre si, negócios jurídicos que não possuem a anuência da instituição financeira. O terceiro (cessionário), além de pagar um valor ao mutuário original com referência às parcelas já quitadas por este, assume a responsabilidade obrigacional (somente com o mutuário original) de quitar as parcelas vincendas perante a instituição financeira. Em contrapartida, o cedente transfere a posse do imóvel por ele financiado.

Esses negócios, criados pela sociedade brasileira, justamente por serem feitos sem o consentimento da entidade financeira, ficaram socialmente conhecidos como “contratos de gaveta”. Esse apelido refere-se justamente à necessidade de manter esse contrato “escondido dentro de uma gaveta” pelo cessionário (ou “gaveteiro”), até que todas as parcelas do financiamento fossem quitadas e, conseqüentemente, o imóvel pudesse ser passado para seu nome. O financiamento, para a instituição financeira, continua no nome do mutuário original, pois o acordo dá-se somente entre este e o terceiro.

É importante ressaltar que o termo “contratos de gaveta” não é a melhor denominação para esses negócios jurídicos. Entretanto, a expressão já é consagrada no âmbito social, inclusive é utilizada (entre aspas) até em jurisprudências de tribunais. O principal problema da inadequação do nome é o fato de a denominação soar a presença de alguma irregularidade no contrato, tanta que necessita ficar escondido “dentro de uma gaveta”.

É certo que por algum tempo os tribunais e as leis viram o contrato de gaveta com certo receio, quase como um negócio jurídico clandestino, com uma irregularidade inerente à sua figura. Contudo, esse entendimento vem mudando com o passar dos últimos anos, nos quais tanto a legislação, quanto a jurisprudência lhe vêm dando mais valor.

No próximo ponto, será feita a análise do contrato de gaveta pela Teoria do Fato Jurídico e da Tripartição de Planos, a fim de se verificar eventuais problemas nesse tipo contratual.

3.2. Análise do contrato de gaveta à luz da Teoria da Tripartição de Planos.

3.2.1. O plano da existência

Várias são as designações atribuídas aos contratos de gaveta, entre elas: a cessão da posição contratual e o compromisso ou promessa¹²⁶ de compra e venda. Entretanto, essas associações são indevidas. Vejamos o porquê.

Na promessa de compra e venda, como bem ressalta o prof. José Osório de Azevedo Júnior, é necessário ter em mente o objetivo principal das partes ao realizarem esse contrato: “uma das partes quer vender seu imóvel e garantir-se do pagamento do preço; e a outra parte quer adquirir esse imóvel e dele se utilizar logo”¹²⁷.

Nesse negócio jurídico, os poderes tradicionais inerentes ao domínio, quais sejam: *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*¹²⁸, são transferidos ao promissário comprador, conservando o promissário vendedor a propriedade nua.

Ademais, o compromisso de compra e venda gera uma obrigação de dar, uma obrigação de fazer e, se registrado, irá produzir um direito real ao promissário comprador.¹²⁹

¹²⁶ Há distinção entre os dois termos, entretanto, a jurisprudência utiliza ambos como sinônimos. Manifesta-se Orlando Gomes no seguinte sentido: “É, pois, a *promessa de venda* – que melhor se diria *compromisso de venda*, para prevenir ambiguidades – o contrato típico pelo qual as partes se obrigam reciprocamente a tornar eficaz a compra e venda de um bem imóvel, mediante a reprodução do consentimento no título hábil.” GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20. ed. Atualização por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 332.

¹²⁷ AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compromisso de Compra e Venda**. 5. ed., revista, ampliada e atualizada, de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.

¹²⁸ Neste ponto, ressalta o referido autor: “(...) o *jus abutendi* não foi transferido de todo. O promissário comprador já pode dispor dos direitos que adquiriu (...). Mas este poder de disposição ainda está limitado por aquilo que o compromitente vendedor conservou.” *Ibid*, p. 19.

¹²⁹ *Ibid*, p. 24.

Esta breve introdução demonstra a razão pela qual a doutrina e a jurisprudência constantemente relacionam o contrato de gaveta com o compromisso de compra e venda (não registrado). Obviamente que o mutuário original quer receber do terceiro (interessado em adquirir o imóvel) os valores já pagos ao financiamento e garantir que este último continue a pagar as prestações à instituição financeira. Já o terceiro adquirente quer, desde logo, utilizar o imóvel. Há grandes similaridades entre os dois tipos de contratos.

Contudo, não se pode aceitar essa categorização. Ao dizer que os contratos de gaveta são compromissos de compra e venda, há apenas a consideração de uma parte daqueles contratos: que é a intenção de transferir a propriedade do bem. Esquece-se, totalmente, da questão do financiamento do imóvel.

Além disso, também não se pode considerar o contrato de gaveta como apenas uma cessão de um crédito ou uma assunção de dívida: vai muito além disso. Podemos garantir que há uma verdadeira troca de parte subjetiva nesse contrato.

Nos contratos de transferência da posição contratual, conforme doutrina Carlos Alberto da Mota Pinto: “há uma transmissão da referida relação de uma das partes contratuais (cedente) para um terceiro (cessionário) com o consentimento do outro contraente (cedido).”¹³⁰

A cessão da posição contratual de umas das partes do negócio jurídico a um terceiro é permitida no direito brasileiro, embora não haja uma expressa regulamentação legislativa sobre o tema.¹³¹ É uma manifestação negocial já difundida na vida econômico-jurídica, mesmo que a doutrina e a legislação sobre o tema sejam recentes.¹³²

É fato que os ordenamentos jurídicos, por muitas vezes, somente mantiveram uma preocupação com normas jurídicas “sobre a cessão de créditos singulares e a assunção de dívidas alheias singulares”¹³³. Não houve uma atenção

¹³⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão de contrato**: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 432.

¹³¹ *Ibid.*, p. 431.

¹³² “Não obstante a figura da cessão de contrato não se encontrar expressamente regulada na lei brasileira, ela existe como reflexo do princípio da liberdade contratual. Na prática, a sua difusão é uma realidade, podendo apontar-se como mais frequente a cessão nos contratos-promessa de compra e venda, contrato de locação, mútuo, empreitada, mandato.” *Ibid.*, p. 435.

¹³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, Tomo XXIII, p. 401.

às normas que regulam a cessão de todos os tipos de créditos e a assunção de todos os tipos de dívidas advindas de uma relação jurídica fundamental.

Entretanto, tanto na prática como na teoria, são aceitas as substituições tanto de declarantes, nos negócios jurídicos unilaterais, quanto de contraentes ou acordantes, nos negócios jurídicos bilaterais. No que tange aos contratos de gaveta, há o problema da substituição daquele que contrata ou acorda.

Parte da doutrina buscou não reconhecer essa transferência global, a transferência da posição subjetiva no negócio jurídico. Para esses autores haveria apenas a transferência singular, transferiam-se tão somente alguns direitos.

Pontes de Miranda aponta essa visão como sem razão. Para esse autor, “a transferência da posição subjetiva no negócio jurídico é *mais* do que a soma das transferências de créditos e dívidas, pretensões e obrigações ou ações”¹³⁴. Pois, se assim fosse, desconsideraríamos os direitos formativos e as faculdades unidas à posição de figurante. Na realidade, há uma relação jurídica fundamental, e não uma simples soma das relações jurídicas de créditos e dívidas.

Desta forma, pode-se dizer que os contratos de gaveta são negócios jurídicos que têm por finalidade a transferência da posição contratual do mutuário original a um terceiro, quando não há anuência da instituição financeira nessa transmissão.

Vale ressaltar que muitas expressões foram e são utilizadas como sinônimos dessa transferência de posição subjetiva, como, por exemplo, “transferência do negócio jurídico” ou “transferência do contrato”. Entretanto, são expressões equivocadas visto que a transferência não é do negócio jurídico, mas sim da posição do figurante neste fato jurídico. Há a transferência da titularidade e passividade, modificando-se o sujeito do negócio.

Outras expressões surgiram no que tange aos contratos bilaterais, como “cessão de contrato” e “venda de contrato”. Mas também constituem denominações equívocas, pois apenas aludem “a direitos, e não a dívidas, ao lado ativo, e não ao lado ativo e ao lado passivo do contrato bilateral ou somente oneroso. Trata-se, apenas, da substituição negocial do contraente, mantido o contrato, com as suas relações.”¹³⁵

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Ibid.*, p. 403.

Aquele que permanece, ao declarar de forma unilateral sua vontade, tem o condão de liberar o transferente de seus débitos e afastá-lo de suas situações passivas. Aquele que adquire fica só, havendo a transferência simultânea dos créditos.

A regra é transferir-se toda a eficácia (cessão de direito é transferência de efeito, como o é assunção translativa de dívida) *mais* a posição, toda, de declarante unilateral ou de contraente. 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.¹³⁶

Aquele que outorga pode obter lucro com essa modificação da posição subjetiva ou, simplesmente, desvencilha-se dessa posição jurídica, pois é de interesse de um terceiro adquiri-la.

A sucessão é a título particular, ou universal, e consiste em pôr-se no lugar do figurante do negócio jurídico (promitente unilateral ou contraente) o terceiro. O negócio jurídico é o objeto do negócio jurídico *básico*, pelo qual o promitente ou contraente se obriga a transferir a posição subjetiva no negócio jurídico e ao qual sucede o *acordo de transferência* (negócio jurídico dispositivo e assuncional), que é abstrato.¹³⁷

Para Pontes de Miranda, é preciso analisar – a fim de que se possa transferir a posição subjetiva no negócio jurídico – se os direitos, as pretensões e as ações que dele advêm ou possam advir são cessíveis. Se o empecilho à cessão ou assunção de dívidas emana de negociação, ainda que seja da natureza do negócio jurídico, via de regra é afastável pela declaração de vontade tanto do outorgante como do outro figurante do negócio.¹³⁸

A Lei nº 8.004/1990 disciplina a cessão da posição contratual no âmbito do SFH em seu parágrafo único, do art. 1º. Para haver essa transmissão, é necessária a anuência da instituição financeira, figurante que permanece no negócio jurídico anterior.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 404.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ “Se o óbice à cedibilidade ou a assumibilidade é de natureza negocial, ainda que derivada da natureza do negócio jurídico de que resulta a posição subjetiva *transferenda*, quase sempre é afastável pela vontade do outorgante e do outro figurante do negócio jurídico de que resulta a posição subjetiva *transferenda*.” *Ibid.*, p. 405.

O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei.

Parágrafo único. 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.

Temos que essa transmissão pode-se dar de duas maneiras: com ou sem a anuência dessa instituição financeira.

Havendo a anuência, a transferência será, a princípio, válida e eficaz. Por outro lado, a falta desse consentimento pode atingir o plano da validade e/ou da eficácia deste contrato.¹³⁹ É aqui que se inserem os contratos de gaveta: em que há a intenção de transmitir a posição contratual sem a concordância da parte que permanece no contrato de financiamento (instituição financeira).

No plano da existência, não é relevante verificar se o ato jurídico é inválido ou ineficaz, mas tão somente se há a suficiência do suporte fático, para haver a incidência da norma jurídica.

No negócio jurídico “contrato de gaveta”, o elemento cerne é formado pela manifestação de vontade consciente, com poder de auto-regramento. Havendo a falta dessa “consciência” negócio jurídico não há.

No que diz respeito aos elementos completantes, o contrato sobre a transmissão da posição contratual para aquisição de um bem financiado é imprescindível para que haja a existência do ato jurídico. O sujeito de direito também integra o núcleo do suporte fático como elemento completante, assim como o elemento objetivo do suporte fático. Nesse negócio jurídico, são figurantes necessários uma das partes do “negócio jurídico objeto” (mutuário), chamada de outorgante, e um terceiro que possui interesse em adquirir o bem, o outorgado.

Assim, verificando-se a presença de todos os elementos acima citados, há a existência do contrato de gaveta no mundo jurídico. Resta saber se esse contrato pode ser considerado válido e eficaz.

¹³⁹ Na visão de Pontes de Miranda, a falta do consentimento do terceiro atingirá a eficácia do contrato. Entretanto, para Carlos Alberto da Mota Pinto e Orlando Gomes, o consentimento do terceiro é um elemento constitutivo da cessão da posição contratual. Sem ele, não há que se falar em negócio jurídico. PINTO. *Op. cit.*, p. 439.

3.2.2. O plano da validade

Com a entrada no mundo jurídico, o fato deve passar pelo plano da validade, para verificar se há a presença de algum vício que possa torná-lo inválido. Um negócio jurídico é válido quando não há nenhuma deficiência em seu suporte fático.

Aquele que contrata um financiamento com o SFH deve, obrigatoriamente, ter capacidade de agir e sua manifestação de vontade deve ser perfeita, isto é, isenta de erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo, simulação e fraude contra credores.

Nos pressupostos relativos ao objeto, o problema é de maior discussão. Cabe aqui verificar a licitude, a moralidade, a possibilidade física e jurídica e a determinabilidade do objeto.

Conforme já salientado acima, quando da cessão de posição contratual, é necessário verificar se os direitos, as pretensões e as ações que possam advir desse negócio jurídico podem ser cedidas.

De acordo com o § único, do art. 1º, da Lei nº 8.004/1990, o imóvel financiado pelo SFH somente terá sua venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão formalizada com a interveniência obrigatória da instituição financeira.

Além dessa previsão legal, no mesmo sentido exposto, segue uma das cláusulas contratuais presentes no contrato de financiamento entre o adquirente da casa própria e a instituição financeira:

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA: Para todos os efeitos de direito, a dívida confessada na Cláusula Quinta com todos os seus acréscimos legais e/ou contratuais, vencer-se-á antecipadamente, com a totalidade de seus encargos, se houver infração de qualquer uma das cláusulas constantes deste contrato e ainda nos casos previstos em Lei e nos a seguir relacionados:

a) se o(s) COMPRADOR(ES) ceder(em) ou transferir(em) a terceiros os seus direitos e obrigações ou prometer(em) a venda do imóvel objeto deste financiamento sem prévio e expresse consentimento do CREDOR HIPOTECÁRIO.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Instrumento particular de venda e compra com financiamento. Pacto adjeto de hipoteca e outras avenças. Banco Real ABN AMRO Bank. Contrato de financiamento para aquisição da casa própria por meio do SFH.

Ao firmar um contrato a fim de ceder a posição contratual a um terceiro, o mutuário estaria, a princípio, não respeitando o disposto na norma jurídica. Então seria o contrato de gaveta um ato jurídico inválido por violar diretamente a lei?

Para o professor Marcos Bernardes de Mello, conforme já salientado, atribuir a invalidade a um ato jurídico é uma forma de sancionar aqueles que pretendem um resultado contrário ao prescrito em norma jurídica, garantindo, dessa forma, a integridade do ordenamento jurídico. Ao infringir uma norma jurídica cogente proibitiva ou impositiva, o ato jurídico torna-se inválido, exceto se o próprio dispositivo legal violado não prescrever outra espécie de sanção.

O negócio jurídico que pretende transmitir a posição contratual sem a anuência da instituição financeira seria nulo, se não houvesse nenhum outro dispositivo que lhe atribuísse outra sanção. Entretanto, como mencionado acima, uma das cláusulas contratuais presentes no contrato de financiamento é a previsão de antecipação da dívida para quem pretender ceder seus direitos a terceiro.

Contudo, há outro ponto importante a ser ressaltado no presente ponto, que é a questão de fraude à lei. O SFH é um sistema destinado a uma faixa determinada da população. Consequentemente, pessoas que auferem uma renda superior à requisitada para contratar o financiamento não podem adquirir o imóvel por meio desse sistema. Entretanto, podem se utilizar de um terceiro, que aufera a renda e possua os requisitos exigidos, para contratar com o SFH e, posteriormente, objetivar transferir a posição contratual (por meio de um contrato de gaveta) para aquele que não atende ao requisitado em lei, violando – indiretamente – os dispositivos legais. Desta forma, nem todo e qualquer contrato de gaveta deveria ser plenamente reconhecido, pois poderia objetivar fraudar a lei.

Podemos dizer, via de regra, que o contrato de gaveta – sob o viés da Teoria do Fato Jurídico – é um contrato válido, mas que possui a sanção de vencimento antecipado da dívida.

3.2.3. O plano da eficácia

É neste plano que os negócios jurídicos irão produzir seus efeitos, com a criação de relações jurídicas que terão conteúdo eficaz representado por direitos

<-> deveres, pretensões <-> obrigações, ações e exceções, ou simplesmente os extinguindo.

Um negócio jurídico será ineficaz, se lhe faltar – assim como a validade – um dos elementos complementares. Se houver a falta de um de seus elementos integrativos, isso implicará a falta de irradiação de um efeito adicional à eficácia normal do negócio jurídico.

O mutuário e o terceiro que deseja adquirir o imóvel devem estar de acordo com a transferência, sendo que a anuência da instituição financeira é necessária – conforme doutrina Pontes de Miranda – e pode ser prévia, simultânea ou posterior, para que haja a transferência.

A intervenção do figurante permanente é indispensável, à diferença do que se passa em relação à assunção translativa de dívidas, porque, na transferência da posição subjetiva no negócio jurídico, a transmissão das dívidas e outras situações passivas somente se dá se os créditos e as outras situações ativas se transferem. A *interdependência* é, aí, característica.¹⁴¹

O figurante sainte (mutuário) só poderá ser liberado da sua situação passiva se aquele que permanece (instituição financeira) consentir, pois a cessão no âmbito do SFH tem por objetivo a transferência da posição subjetiva (não apenas simples cessão subjetiva ao contrato, cessão somente de créditos ou não-transferência).¹⁴²

A cessão da posição contratual que se realizar com o consentimento da entidade financeira é eficaz perante esta. Entretanto, se não houver o consentimento daquele que permanece no negócio jurídico, não produzirá efeitos a ele.¹⁴³

Desta forma, conclui-se que a anuência da instituição financeira é um elemento integrativo exigido para efetivar a transferência da posição contratual, pois confere um efeito a mais ao contrato de gaveta: efeitos perante a instituição financeira, que implicará tanto a transferência do imóvel quanto do financiamento em nome do cessionário.

¹⁴¹PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXIII, p. 407.

¹⁴² *Ibid.*, p. 407-8.

¹⁴³ Mesmo o negócio jurídico sendo um fato jurídico em que se permite às partes escolher a sua categoria eficaz, essa escolha fica adstrita ao que dispõe a lei. No caso dos contratos de gaveta, como há a falta da anuência da instituição financeira, a eficácia permanece adstrita às partes, não se estendendo àquela, pois é a regra jurídica que estabelece os limites da eficácia do fato jurídico.

Se realizada a análise por meio das três espécies de fatores de eficácia de Antônio Junqueira de Azevedo, concluímos também pela ineficácia do contrato de gaveta em relação à entidade financeira. Nesses contratos, há a presença dos fatores de atribuição da eficácia em geral, pois sem eles, o negócio jurídico não produziria quase nenhum efeito (e há efeitos entre as partes). Entretanto, no que tange aos fatores de atribuição da eficácia diretamente visada e de eficácia mais extensa, há um problema. Se não há a anuência da instituição financeira, o negócio jurídico não pode produzir os efeitos por ele visados (mesmo possuindo eficácia entre as partes, esses fatores seriam os responsáveis por efetivar a transferência da posição contratual). Ademais, essa falta de consentimento não torna o negócio jurídico oponível a terceiros ou até mesmo *erga omnes*.

Com a falta da anuência daquele que permanece no negócio jurídico, não há a transferência da posição contratual, não implicando a liberação do contratante *sainte*. Assim, como há a falta de pelo menos uma das categorias que compõem a eficácia jurídica da cessão da posição contratual, a eficácia do contrato de gaveta pode ser considerada como parcial.

Ademais, a eficácia é limitada, visto que o terceiro que tem interesse em adquirir o imóvel financiado não é titular do direito de exercer todos os direitos, pretensões, ações, exceções, poderes e faculdades, pois há uma restrição nos direitos que integram sua esfera jurídica. O mutuário “original” não está liberado, pois não houve a anuência da instituição financeira na transferência do contratante. Assim, não se transferem, do mesmo modo, os direitos que o terceiro pretendia adquirir.

Seguindo esse raciocínio, o contrato de gaveta, no que tange à ineficácia, será relativa e parcialmente ineficaz, porque, além de ser privado de pelo menos um de seus efeitos (a efetiva transferência da posição contratual), os que ainda restam são adstritos às partes.

3.3. A experiência jurisprudencial e o contrato de gaveta: revisitando a teoria das fontes do direito.

Não obstante, sob o viés da Teoria do Fato Jurídico, o contrato de gaveta ser considerado relativa e parcialmente eficaz, não atingindo a esfera jurídica da instituição financeira, é fato que o STJ tem considerado que, em certas situações, essa eficácia estende-se àquele que não anuiu com a cessão da posição contratual.

Neste tópico da monografia, haverá uma breve introdução sobre as fontes do Direito e a demonstração da importância da jurisprudência nas questões atinentes aos contratos de gaveta.

O termo “fontes”, conforme Mialle, pode ser compreendido por duas formas. Sobre um primeiro viés, num sentido material, as fontes do Direito podem ser compreendidas como “aquilo de onde se ‘extraiu’ o sistema jurídico, aquilo de que ele se constituiu, isto é, o seu conteúdo”¹⁴⁴. Para o referido autor, este ponto de vista, em regra, não é apontado pelo jurista, já que isso os obrigaria a considerar a realidade social. O segundo sentido que as fontes do direito podem tomar é o sentido formal (de técnica de edição de regras). Geralmente é somente este aspecto que a maioria dos juristas menciona nos livros de introdução ao direito. As considerações sobre esse ponto referem-se justamente à lei, ao costume e a outras possíveis fontes ou autoridades. As fontes formais são as formas pelas quais o direito se expressa, são os meios pelos quais as normas jurídicas exteriorizam-se.

O sistema das fontes analisado sob o viés da formação social é um ponto de vista ausente em grande parte da doutrina. Mialle alerta para a essencialidade deste tópico:

Se dissemos que não existe “direito” em geral, e que, pelo contrário, cada sistema jurídico está ligado e depende de um modo de produção da vida social, isso implica consequências importantes aquando do estudo das fontes de direito numa sociedade dada.¹⁴⁵

O sistema das fontes do direito está intimamente relacionado – tanto pelo conteúdo, como pela estrutura – ao modo de produção econômico da sociedade; entretanto, numa formação social deve haver a imposição de um sistema de fontes de direito capaz de gerar coerência e eficácia ao próprio sistema jurídico.

Deste modo, são separados os dois sentidos da palavra “fontes”: um aspecto material e um aspecto formal, pois “a ciência jurídica encarada como parte

¹⁴⁴ MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p. 197.

¹⁴⁵ *Id.*

da ciência da história deve poder explicar simultaneamente o porquê do conteúdo de um sistema jurídico e da sua forma”¹⁴⁶.

A forma e o conteúdo devem estar abarcados numa mesma explicação. Para tanto, Miaille explica que é necessário considerar a formação de um sistema pelas fontes do direito, um conjunto coerente, disposto numa certa lógica, com certa autonomia em relação ao funcionamento social.

Para produção do direito, obedece-se a regras que o formalizam por meio do sistema das fontes do direito. “Assim, o sistema das fontes do direito elucidam-nos tanto sobre a maneira como o direito é produzido (ponto de vista formalista habitual) como sobre o seu conteúdo”¹⁴⁷.

Seguindo o entendimento de Miaille, Paulo Nader entende que “é a sociedade (...), como sede de acontecimentos que envolvem o homem, quem fornece ao legislador os elementos necessários à formação dos estatutos jurídicos”. Assim, as fontes materiais são constituídas pelos fatos sociais, advêm dos problemas surgidos no seio social.

Contudo, Nader acrescenta uma terceira espécie de fonte do Direito: as fontes históricas. As fontes históricas contêm as ideias permanentes, que se conservam na ordem jurídica. Embora o Direito seja uma ciência cambiante, o estudo dessas fontes históricas leva à melhor compreensão da ordem jurídica atual.

Em sentido contrário, Miguel Reale preconiza a existência de apenas uma acepção de fonte para a Ciência do Direito: “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*.”¹⁴⁸

Para esse autor, o que se denomina “fonte material” nada mais é do que um estudo sociológico ou filosófico das razões éticas ou acontecimentos econômicos que levaram ao aparecimento ou à transformação das regras jurídicas.

Considerando somente o viés “formal” das fontes para o estudo da Ciência do Direito, Reale aponta para quatro espécies de fontes, visto que quatro são as formas de poder: o processo legislativo (Poder Legislativo), a jurisdição (Poder

¹⁴⁶ Continua o mesmo autor: “Não basta dizer que o direito é capitalista, isto é, que representa os interesses da classe dominante; também não basta fazer um estudo apenas formalista. Na realidade, a explicação deve ser única e mostrar-nos porque é que dado conteúdo (como o direito capitalista) assume uma dada forma (como as fontes formais dominadas pela lei). *Id.*

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 198.

¹⁴⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 140.

Judiciário), os usos e costumes jurídicos (poder social) e a fonte negocial (poder negocial ou autonomia da vontade).¹⁴⁹

É fato que nosso ordenamento jurídico herdou a tradição romanística (*civil law*), que, diferentemente da tradição anglo-americana (*common law*), confere preferência ao processo legislativo, atribuindo valor secundário às outras fontes. Ademais, na concepção do legalismo clássico, a criação do Direito estava adstrita ao Poder Legislativo. Ao Juiz (pertencente ao poder não-político) apenas cabia a execução e aplicação das normas impostas pelos poderes políticos (Poder Executivo e Legislativo).¹⁵⁰

Contudo, a verdade é que o Juiz possui (inclusive em nosso sistema jurídico) uma função muito mais ampla do que ser meramente a “boca da lei”. Hoje, é ele que exerce a atividade recriadora do direito. Nesse sentido, Antonio Carlos Wolkmer preceitua que:

O monopólio legislativo, em matéria de elaboração e fixação do Direito, é pura falácia; uma nova concepção que melhor valorize a força das decisões judiciais deve dar lugar ao dogmatismo do positivismo exegético. O Juiz é soberano na esfera de ação em que atua, podendo, por si mesmo, estabelecer as normas e regras de aplicação necessárias.¹⁵¹

Desta forma, o Juiz não se caracteriza como uma figura passiva diante da lei, nem esta será elemento exclusivo na procura pela decisão justa de um conflito. O legislador não tem e nem poderia ter uma função criadora do direito: esta função é atribuída ao Magistrado. Assim, não há mais sentido em considerar a jurisprudência como uma fonte secundária do Direito.

Nessa esteira, ao considerar “Estado democrático” como sede clássica da soberania popular – ligado, conseqüentemente, à vontade popular –, António Manuel Hespanha aponta dois fatos a serem ressaltados.

Em primeiro lugar, o afastamento da democracia representativa do sentir jurídico da comunidade leva a admitir que se possa exprimir o direito por formas não

¹⁴⁹ Esse renomado autor não inclui a doutrina como fonte do Direito; não obstante, ressalta seu grande valor.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 185-6.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 186.

estaduais.¹⁵² Em segundo lugar, devemos considerar que o dinamismo social é um fato da vida, assim como o dinamismo normativo da sociedade. Assim, “tais normas não apenas são produzidas em círculos de convivialidade mais ou menos extensos (uns infranacionais, outros supranacionais), como obtêm um sentido de obrigatoriedade por parte dos grupos comunitários envolvidos.”¹⁵³ Algumas dessas normas serão admitidas como válidas somente dentro desses círculos, e outras terão uma expansão, inserindo-se em círculos mais vastos.

Desta forma, Hespanha menciona que independentemente do juízo que façamos do pluralismo jurídico¹⁵⁴, a realidade é que ele “está aí”:

Estar aí significa, neste caso, ser reconhecido como um modo de manifestação de direito; significa que essas normas de vários âmbitos e vários níveis que surgem na sociedade são reconhecidas como direito, ao cumprirem (se cumprirem) os pressupostos das “normas de reconhecimento”, tal como é definida pelas teorias realistas (...).¹⁵⁵

O reconhecimento dessa produção normativa dentro do seio social não pode ser identificado como o simples reconhecimento formal pelos órgãos estatais. Hespanha aponta a aplicação da norma pelos tribunais e a sua admissão corrente na doutrina como uma importante forma de seu reconhecimento.

Vislumbramos esse entendimento na prática dos contratos de gaveta: a norma criada pela sociedade, a fim de suprir a necessidade de transferir os imóveis financiados¹⁵⁶ pelo SFH sem a anuência da instituição financeira, em algumas situações foi reconhecida pela jurisprudência. Neste caso, estamos diante de um direito de origem sociológica e jurisprudencial, assente no “reconhecimento de um

¹⁵² Como formas não estaduais, Hespanha aponta “o costume, os códigos de boas práticas consensualmente aceites, a auto-regulação, os sentimentos notórios e incontroversos de justiça, **as práticas jurisprudenciais** e burocráticas estavelmente aceites.” (GRIFO NOSSO) HESPANHA, Manuel António. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2.ed. reelaborada. Coimbra: Almedina, 2009, p. 523.

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ Ratifica o entendimento de Hespanha, Pietro Perlingieri: “(...) produz-se um pluralismo de fontes quando se dá espaço a um pluralismo de entidades descentralizadas e autônomas que não se esgotam no Estado e que legislam em virtude de um poder próprio.” PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 524.

¹⁵⁶ Embora já demonstrado que não há a transferência, visto faltar-lhe elemento de eficácia, o contrato de gaveta tem por objetivo transferir o imóvel.

direito feito de usos quotidianos, de sentimentos arraigados de justiça, de boas práticas”¹⁵⁷.

Nesse sentido:

O elenco das fontes de direito deve ser, nos quadros de uma posição realista quanto ao conceito de direito, extraído da observação das normas admitidas como jurídicas pela nossa jurisprudência, pela nossa prática burocrática, pela nossa doutrina e, finalmente, pelos sentimentos da comunidade acerca do que é direito.¹⁵⁸

No que diz respeito à norma, para Hespanha o seu sentido é conferido pela doutrina e pela jurisprudência: é o seu sentido “recebido” e não o seu sentido originalmente “querido”. Resta-nos que, do ponto de vista da teoria realista do direito, é impossível não atribuir à doutrina e à jurisprudência uma forma de manifestação e formação do direito. Com o reconhecimento do pluralismo jurídico e a decadência da aceitação de monopólio estatal na criação do direito, essa atribuição de caráter de fonte do Direito à doutrina e à jurisprudência torna-se mais aceita.¹⁵⁹

Ratifica esse entendimento, Miguel Reale:

A jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito.¹⁶⁰

Se levarmos em consideração a questão atinente aos contratos de gaveta, veremos que a jurisprudência sobre este tema inova e reconhece essa produção normativa no âmbito social, estendendo a eficácia conferida pela lei a esses negócios jurídicos. Para Reale, “em tese, os tribunais são chamados a aplicar a lei.

¹⁵⁷ HESPANHA. *Op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 539.

¹⁵⁹ Ao contrário dessas disposições, Paulo Nader preceitua que ao juiz apenas cabe a capacidade de interpretar o Direito conforme os casos concretos. A jurisprudência, para esse autor, não é considerada uma fonte formal, já que sua função não é de gerar normas jurídicas. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 165.

¹⁶⁰ REALE. *Op. cit.*, p. 168.

Há oportunidades, entretanto, em que o trabalho jurisprudencial vai tão longe que, de certa forma, a lei adquire sentido bem diverso do originariamente querido”.¹⁶¹

A seguir, demonstraremos alguns casos em que a jurisprudência do STJ conferiu um efeito a mais aos contratos de gaveta, não obstante, nossa análise sob o viés da Teoria do Fato Jurídico ter mostrado o problema da eficácia neste negócio jurídico.

3.3.1. Consentimento tácito do agente financeiro

Já é pacífico no STJ o entendimento de que se a instituição financeira passar a receber as prestações do financiamento do cessionário, após tomar conhecimento da transferência do imóvel, há a presunção de que consentiu tacitamente. A seguinte ementa demonstra esse entendimento:

ALIENAÇÃO DE IMÓVEL FINANCIADO PELO SFH. MÚTUO HIPOTECÁRIO. CONHECIMENTO DO AGENTE FINANCEIRO – PRESUNÇÃO DE CONSENTIMENTO TÁCITO. 1. **“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”** (REsp 70.684, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 14/02/2000). 2. A alienação do imóvel objeto do contrato de mútuo operou-se em 1989, quando ainda inexistia exigência legal de que o agente financeiro participasse da transferência do imóvel, não estando a mesma vedada por nenhum dispositivo legal. Consequentemente, inaplicáveis as regras contidas na lei 8.004/90, que obriga a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda. 3. **Situação fática em que o credor (Banco Itaú) foi notificado em três ocasiões sobre a transferência do contrato. Embora tenha manifestado sua discordância com o negócio realizado, permaneceu recebendo as prestações até o mês de abril de 1995, ensejando a anuência tácita da transferência do mútuo.** 4. Consoante o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos há de prevalecer, porquanto é a base de sustentação da segurança jurídica, segundo o vetusto Código Civil de 1916, de feição individualista, que privilegiava a autonomia da vontade e a força obrigatória das manifestações volitivas. Não obstante, esse princípio sofre mitigação, uma vez que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como *v.g.*, a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva. 5. Recurso especial desprovido.¹⁶² (GRIFO NOSSO)

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 169.

¹⁶² BRASIL. STJ. Primeira Turma. REsp nº 573.059/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 14 de setembro de 2004. DJ 03 nov. 2004. No mesmo sentido: BRASIL. STJ. Primeira Seção. REsp nº 70.684/ES. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 09 de dezembro de 1998. DJ 14 fev. 2000;

Presumir o consentimento tácito do agente financeiro é uma forma de conceder eficácia total ao contrato de gaveta, implicando a transferência da posição contratual no financiamento do imóvel pelo SFH.

Ademais, considerar a anuência tácita é uma forma de garantir um mínimo de segurança jurídica aos cessionários desses contratos. Como bem aponta Constantino, o princípio da boa-fé objetiva poderia ser claramente aplicável neste caso¹⁶³, já que proibiria comportamentos contraditórios da instituição financeira, evitando a frustração da expectativa do cessionário. “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.”¹⁶⁴

Mesmo assim, ainda há riscos tanto para o cedente como para o cessionário ao informar a instituição financeira da realização do contrato de gaveta. Pode a instituição continuar a receber as prestações por parte do cessionário (caracterizando assim um consentimento tácito) ou, imediatamente, antecipar o vencimento da dívida.

3.3.2. Negativa fundamentada da instituição financeira

A Lei não traz nenhuma exigência de que a negativa da instituição financeira seja fundamentada. Vários são os argumentos – já vistos neste trabalho – para se impossibilitar qualquer transferência de posição contratual (sem a anuência da entidade financeira): argumentos de caráter privado e de caráter público.

Entretanto, não obstante essa realidade, cujos argumentos são, em certo ponto defensáveis, há Ministros no STJ que entendem ser necessária a fundamentação para negar a transferência. Como exemplo, cita-se a seguinte ementa:

BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp nº 184.907/PI. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, 05 de dezembro de 2002. **DJ** 10 mar. 2003.

¹⁶³ CONSTANTINO. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁶⁴ *Id.*

SFH. TRANSFERÊNCIA DO FINANCIAMENTO. ANUÊNCIA DO AGENTE FINANCEIRO. 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.¹⁶⁵ (Grifo nosso)

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar defendeu este ponto de vista nos seguintes termos:

Faço restrição pessoal a entendimento assim genérico, como se fosse possível ao banco recusar a sua 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 contrato. No caso dos autos, uma vez provado que o autor atenda às exigências legais, nada justificaria a denegação do seu pleito.¹⁶⁶

A argumentação supracitada é de extrema relevância, posto que evita o arbítrio da instituição financeira, ao poder aceitar ou não com a transmissão da posição contratual. É aqui que se separa a questão no âmbito público – de ser o SFH uma política habitacional – do âmbito privado – assente na liberdade de contratar somente com quem tenha possibilidade de quitar o débito da obrigação.

No mesmo sentido, o voto do Ministro Cesar Asfor Rocha¹⁶⁷ considera a cláusula contratual que proíbe a transferência do imóvel financiado como potestativa. Não é pelo mero fato de existir essa cláusula que o agente financeiro poderá simplesmente negar-se a concordar com a transferência. Ele poderá negar se apresentar alguma fundamentação razoável. Não obstante refere-se somente à cláusula contratual, podemos interpretar como necessária também a fundamentação

¹⁶⁵ BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp nº 472.370/PR. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 15 de maio de 2003. DJ 04 ago. 2003.

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ “(...) É certo que a Caixa Econômica Federal poderia – como pode –, recusar a transmissão desse bem objeto do contrato de mútuo, subordinado ao Sistema Financeiro da Habitação, objeto de hipoteca, em que se apresenta como credora; poderia recusar fundamentalmente, isto é, por meio da insuficiência de rendas do novo comprador para suportar o financiamento, a existência de um outro contrato, em que esse promitente comprador adquirira um outro imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação, mas não apenas pelo fato de existir essa cláusula que veda a transferência do imóvel, sem a concordância da Caixa Econômica Federal; por isso, tenho essa cláusula como potestativa, entendendo que, de acordo com o acórdão recorrido, essa cláusula “não se apresenta entre as condições lícitas admitidas em nosso Direito, sendo que essa conclusão decorre do próprio conteúdo do art. 115 do Código Civil”. BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp nº 189.350/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, 18 de dezembro de 2001. DJ 14 out. 2002.

da negativa mesmo que haja uma lei dispendo sobre a proibição de transferência sem a anuência da entidade financiadora.

3.3.3. Legitimidade ativa do cessionário

A Lei nº 10.150/2000, em seu artigo 20, concedeu um “período de graça” para aqueles que transferiram sua posição contratual sem a interveniência da entidade financeira. Dispõe o referido artigo:

Art. 20. As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei nº 8.692, de 28 de julho de 1993, que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei.

§ único. A condição de cessionário poderá ser comprovada junto à instituição financiadora, por intermédio de documentos formalizados junto a Cartórios 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.

De acordo com este artigo, se realizada alguma cessão da posição contratual sem a interveniência da instituição até a data de 25 de outubro de 1996, o cessionário (“gaveteiro”) poderá regularizar sua situação perante aquela.

Além deste dispositivo legal, a Lei supracitada, ao prever, em seu artigo 22, a equiparação do mutuário original ao cessionário que adquiriu o imóvel financiado sem a anuência da instituição financeira, representou um marco sobre o tema no âmbito jurisprudencial.

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 do 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.

Não obstante essa previsão legal do artigo 22 tenha tratado apenas de uma situação pontual, é com ela – e juntamente com o artigo 20, que conferiu eficácia ao mencionado contrato desde que realizado antes de 25/10/1996 – que o STJ já pacificou o entendimento de considerar o cessionário parte legítima para discutir judicialmente os contratos primitivos.¹⁶⁸

Nesse sentido:

O art. 1º da Lei 8.004/90 estabeleceu como requisito para a alienação de imóvel financiado pelo sistema financeiro de habitação a intervenção do agente financeiro e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da avença. O referido dispositivo foi alterado pela edição da Lei 10.150/2000, que, em seu **art. 20, caput, prevê a possibilidade de regularização das transferências efetuadas até 25/10/1996 sem a anuência da instituição financeira, desde que obedecidos os requisitos ali estabelecidos.** (...) Como se observa, o dispositivo em questão revela a **intenção do legislador de validar os chamados ‘contratos de gaveta’ apenas em relação às transferências firmadas até 25.10.1996.** Manteve, contudo, a vedação à cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, sem a intervenção obrigatória da instituição financeira, realizada posteriormente àquela data.
169

Ratifica esse entendimento, o Ministro Luiz Fux:

A Lei n.º 10.150/2000, por seu turno, prevê a possibilidade de regularização das transferências efetuadas sem a anuência da instituição financeira até 25/10/96, a 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.**

Deveras, consoante cediço, o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, porquanto sustentáculo do postulado da segurança jurídica, é princípio mitigado, posto sua aplicação prática estar condicionada a outros fatores, como, por *v.g.*, a função social, as regras que

¹⁶⁸ Embora a jurisprudência do STJ mencione que o legislador intencionou “validar” os contratos de gaveta, de acordo com a análise sob o viés da Teoria do Fato Jurídico, observamos que o problema está no plano da eficácia e não da validade.

¹⁶⁹ BRASIL. STJ. Primeira Turma. REsp. nº 721.232/PR. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 02 de outubro de 2008. DJ 13 out. 2008. Brasília, 2008.

beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva.¹⁷⁰

Sendo assim, o cessionário possui a legitimidade ativa para demandar e discutir judicialmente (não sendo considerado mero terceiro juridicamente interessado) sobre as questões relacionadas às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos por meio dos contratos de gaveta, pois, segundo entendimento do STJ, a ele é reconhecido o direito de sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato originário.

Entretanto, essa eficácia a mais somente é imputada aos contratos realizados até 25/10/1996. Os cessionários, cujos contratos foram realizados após esta data, não são legitimados, segundo o STJ, para discutir as questões em juízo em nome próprio, de acordo com a interpretação sob o viés da Lei nº 8004/1990.

Não obstante esse entendimento, há outra frente de julgados que prevê que sejam analisados outros requisitos além do temporal legal. Para tanto, mesmo que o contrato de gaveta tenha sido realizado até 25/10/1996, requer-se a expressa participação e anuência da instituição financeira, pois esta não seria automática.

Nesse sentido:

Entretanto, a despeito de atender o requisito legal temporal para a possível regularização, não se pode concluir que a transferência deva ocorrer de forma automática. Exige-se, para tanto, a expressa participação e anuência do agente financeiro aos promitentes compradores, providência imprescindível, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.004/90.¹⁷¹

Analisando-se os dois posicionamentos, vemos que o primeiro, ao considerar o consentimento automático da instituição financeira (desde que o contrato de gaveta tenha sido firmado até 25/10/1996), em tese, é o que mais atenta para o aspecto social desses negócios jurídicos. Entretanto, se um cessionário que preenche os requisitos exigidos pelo programa de financiamento realiza o contrato de gaveta um dia após o prazo supracitado, não terá sua legitimidade reconhecida. Mas, se alguém que não preenche os requisitos exigidos (como, por exemplo, aufera uma renda maior do que a requerida) e realizou o contrato de gaveta para adquirir o

¹⁷⁰ BRASIL. STJ. Primeira Turma. REsp nº 857.548/SC. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 04 de outubro de 2007. DJ 08 nov. 2007.

¹⁷¹ BRASIL. STJ. Terceira Turma. EREsp nº 1.056.674/RJ. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 22 de junho de 2010. DJ 01 jul. 2010.

imóvel financiado pelo SFH antes dessa data, terá a sua legitimidade reconhecida. Esse raciocínio leva à conclusão de que, dependendo do caso concreto, a utilização desse critério temporal, baseado na lei, pode gerar uma solução injusta.

Desta forma, não se pode desconsiderar o outro posicionamento.¹⁷² Ao exigir a comprovação de que o cessionário preenche os requisitos do financiamento do SFH (juntamente com o critério legal temporal), está-se a proteger os fins últimos desse sistema: controlar que a verba pública apenas seja utilizada para financiar imóveis a uma determinada parcela da população. Isto evitaria as possíveis fraudes à lei que os contratos de gaveta poderiam gerar.

Talvez nenhum dos dois posicionamentos esteja a trazer a justiça para esses negócios jurídicos. Uma possível solução é desconsiderar qualquer requisito legal temporal, obrigando as instituições financeiras a concordarem com a transferência se houver a prova de que o cessionário atende aos requisitos exigidos pelo SFH.

3.3.4. Pagamento integral das prestações pelo cessionário

Já é consolidado, no âmbito do STJ, que a quitação do financiamento pelo cessionário resulta no direito de transferir-lhe o imóvel, não obstante a cessão tenha se dado sem a interveniência da instituição financeira. Neste sentido, o Ministro Francisco Falcão:

Falta interesse jurídico à entidade financeira para resistir à formalização de transferência de direitos sobre mútuo habitacional realizado no âmbito do SFH, não havendo que se perquerir pela invalidade de tal contrato particular, considerando que todos os pagamentos foram efetuados pelos cessionários e recebidos pela financeira, tendo esta última permanecido inerte por anos e anos em que tal situação se perdurou.¹⁷³

¹⁷² No mesmo sentido: “A Lei n. 8.004/90 foi editada para disciplinar as transferências de financiamento firmando sob a égide do SFH, e, assim, não se revela coerente a inexigibilidade da anuência do agente financeiro na relação negocial firmada entre as partes, dispensando-se a qualificação do cessionário segundo os critérios legais que regem o SFH que, a rigor, são exigidos do mutuário originário.” BRASIL. STJ. Terceira Turma. REsp nº 1.102.757/CE. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 24 de novembro de 2009. **DJ** 09 dez. 2009.

¹⁷³ BRASIL. STJ. Primeira Turma. REsp nº 710.577/SC. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 07 de abril de 2005. **DJ** 16 maio 2005.

Ratifica esse entendimento o Ministro Humberto Gomes de Barros:

Se a transferência de imóvel financiado apesar de efetivada sem consentimento do agente financeiro consolidou-se com o integral pagamento das 180 prestações pactuadas, não faz sentido declarar sua nulidade.¹⁷⁴

Deste modo, havendo o pagamento pelo cessionário de todas as prestações acordadas no contrato de financiamento do SFH com o mutuário original, a instituição financeira é obrigada a transferir o imóvel para aquele.

Aqui, há a eficácia do contrato de gaveta em relação à entidade financeira, obrigando esta a transferir o imóvel ao cessionário. Até porque seria um contrassenso se não houvesse essa obrigação, visto que o cessionário quitou as parcelas em conformidade com o estabelecido entre o agente financeiro e o mutuário originário.¹⁷⁵

3.3.5. Oponibilidade do “contrato de gaveta” aos herdeiros do mutuário original e embargos de terceiro em execução

Outra importante decisão de alguns julgados no STJ é a eficácia conferida aos contratos de gaveta em relação aos herdeiros do mutuário original.

Se ocorrer a morte do promitente vendedor e os herdeiros deste se oporem ao compromisso de compra e venda, é permitido ao promitente comprador defender seu direito por meio de embargos de terceiro, mesmo que o título de compromisso de compra e venda não esteja registrado.

Essa questão já é até objeto da Súmula nº 84 do STJ: “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 de registro”.

¹⁷⁴ BRASIL. STJ. Primeira Turma. REsp nº 355.771/RS. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 18 de novembro de 2003. **DJ** 15 dez. 2003.

¹⁷⁵ Mesmo com esse entendimento, ainda podemos citar o argumento de fraude à lei. Não obstante não ter causado, a princípio, danos diretos ao SFH, o cessionário que não atende aos requisitos e utiliza os recursos desse sistema, viola seus princípios fundantes (destinar recursos públicos a certa parcela da sociedade).

Embora o contrato de gaveta não seja um compromisso de compra e venda (vai muito além disso), podemos interpretar essa súmula como um entendimento do STJ em conferir uma eficácia a mais ao referido contrato.

Nesse sentido já decidiu esse Tribunal:

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 cuius*, o promitente comprador tem direito à realização da audiência de justificação de posse, tal como deflui do exame conjunto dos artigos 1.046, *caput* e 1.050, § 1º, do Código de Processo Civil. Recurso especial conhecido e provido.¹⁷⁶

Também com base nesta Súmula, sedimentou-se o entendimento da possibilidade do cessionário defender o seu direito de posse por meio de embargos de terceiro em execução, independentemente se a transferência da posição contratual se deu com ou sem a anuência da instituição financeira.¹⁷⁷

Indo mais longe, o STJ também decidiu que a morte do “promitente vendedor” (cedente) gera a quitação do contrato de financiamento, devido ao seguro habitacional. Como fundamentação para isso, o STJ utilizou-se da figura jurídica de enriquecimento sem causa:

Nem poderia ser de outra forma, sob pena de enriquecimento sem causa; o promitente comprador já se subrogara, de fato, nas obrigações do mútuo hipotecário, pagando as respectivas prestações bem assim o prêmio do seguro nelas embutido, de modo que 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.¹⁷⁸

¹⁷⁶ BRASIL. STJ. Terceira Turma. REsp nº 85.654/AL. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 19 de novembro de 1999. **DJ** 13 dez. 1999. No mesmo sentido: BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp nº 457.768/SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 15 de outubro de 2002. **DJ** 24 fev. 2003.

¹⁷⁷ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSE. EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 84/STJ. DIVERGÊNCIA NOTÓRIA. COTEJO ANALÍTICO. MITIGAÇÃO IMPROVIMENTO.” BRASIL. STJ. Quarta Turma. AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.143.722/PR. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 22 de junho de 2010. **DJ** 04 ago. 2010. No mesmo sentido: BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp nº 457.768/SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 15 de outubro de 2002. **DJ** 24 fev. 2003.

¹⁷⁸ BRASIL. STJ. Terceira Turma. REsp nº 119.466/MG. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 04 de maio de 2000. **DJ** 19 jun. 2000.

Embora possamos questionar essa decisão, é fato que, nesse caso, o STJ ampliou a eficácia do contrato de gaveta, fazendo com que este ficasse sobreposto ao negócio oficial entre o mutuário original (“promitente vendedor”), a instituição financeira e a empresa seguradora.¹⁷⁹ A quitação do débito pelo seguro beneficiaria o “promitente-comprador”, já que este pagou mês a mês as parcelas referentes a esse seguro habitacional.

Por outro lado, se há o falecimento do “promitente-comprador”, não há a quitação da obrigação pela seguradora, pois, conforme decidiu o STJ, somente a morte do mutuário original implicará a obrigação do agente financeiro e da seguradora de cumprir com a cláusula contratual que prevê a quitação do contrato.¹⁸⁰

3.3.6. Questões controvertidas no STJ

Não obstante o STJ ter contribuído de forma valiosa com o reconhecimento dos contratos de gaveta, há ainda algumas controvérsias a serem discutidas.

Um dos principais problemas é a equivalência de contrato de gaveta a compromisso ou promessa de compra e venda. Já demonstramos que o referido contrato constitui-se, na verdade, como cessão da posição contratual (embora seja parcial e relativamente ineficaz).

Outro ponto é a discrepância em alguns julgados no âmbito deste Tribunal. No que tange às taxas condominiais, via de regra, cabe ao adquirente do imóvel por meio de promessa de compra e venda responder pelos encargos condominiais do imóvel em questão, mesmo não havendo o registro da promessa.

Contudo, em um julgado peculiar, houve uma questão envolvendo discussão sobre responsabilidade de despesas de condomínio atinente a um imóvel financiado pelo SFH, objeto de um contrato de gaveta.

¹⁷⁹ No mesmo sentido: BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp nº 122.032/RS. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 27 de maio de 2003. **DJ** 01 ago. 2005.

¹⁸⁰ BRASIL. STJ. Terceira Turma. REsp nº 957.757/SC. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 15 de dezembro de 2009. **DJ** 02 fev. 2010.

O Ministro Barros Monteiro, como relator do caso, pronunciou seu voto nos seguintes termos:

(...) em situação normal, avençado o compromisso de venda e compra, a legitimidade de parte passiva no feito é do compromissário comprador, ainda que não registrada a promessa.

Mas isso em condições de normalidade. As particularidades do caso em análise, no qual se instrumentalizou um contrato de promessa de venda e compra, com sub-rogação da dívida hipotecária, sem a anuência do agente financeiro e credor hipotecário, omitindo-se ainda a notificação do síndico para a transferência da responsabilidade sobre o pagamento das taxas de condomínio, cabe manter-se no polo passivo da demanda os promitentes vendedores, **por terem realizado um trespasse no mínimo irregular.**¹⁸¹
(GRIFO NOSSO)

Oras, não se trata de discutir o mérito da decisão, mas sim a consideração do contrato de gaveta como um “trespasse no mínimo irregular”: mesmo após vários avanços dados por esse Tribunal, que permitiram a atribuição de certos efeitos aos contratos de gaveta, a vinculação desses contratos com a irregularidade é, “no mínimo”, contraditória. Contudo, vale ressaltar que este julgado foi proferido no ano de 2005. De lá para cá, este Tribunal passou a interpretar os contratos de gaveta de uma forma mais conectada à questão social.

Atualmente, não foram encontrados julgados que inserem os contratos de gaveta no âmbito da ilicitude. Embora em alguns casos ainda haja alguma relutância na concessão de uma eficácia mais ampla a esses negócios jurídicos, estes não são mais tratados como produtos advindos de uma irregularidade (pelo menos, não explicitamente).

¹⁸¹ BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp nº 427.012/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, 22 de março de 2005. **DJ** 30 maio 2005.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deve-se a Pontes de Miranda a melhor conceituação de fato jurídico, além dos notórios critérios de distinção dos fatos do mundo do Direito. Com essa contribuição, vimos que há a facilidade de conceituarmos os contratos de gaveta e encontrarmos com mais simplicidade os problemas atinentes a esse negócio jurídico.

O contrato de gaveta é uma criação própria da sociedade brasileira. Devido à falta de preocupação do Sistema Financeiro da Habitação com a realidade social, os mutuários – “impossibilitados” de transferir os imóveis financiados pelo SFH – presenciaram a necessidade de transferi-los sem a anuência da instituição financeira.

Esses contratos, na esteira de Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello e Antônio Junqueira de Azevedo, são considerados existentes, válidos e relativa e parcialmente eficazes.

São existentes: pois possuem suporte fáctico suficiente. Aqui, encontra-se outra problemática envolvendo os contratos de gaveta, que é a confusão tanto jurisprudencial, como doutrinária, de conceituá-los. Alguns o classificam como compromisso (ou promessa) de compra e venda, outros como cessão de direitos ou de débitos. Entretanto, demonstramos que a cessão de posição contratual é a forma negocial que apresenta o melhor conceito para os referidos contratos.

São válidos: não obstante infringirem diretamente a lei, as cláusulas contratuais do financiamento prevêm o vencimento antecipado da dívida, caso haja a transferência do imóvel por meio de contrato de gaveta. Como bem aponta o prof. Marcos Bernardes de Mello, se há uma sanção prevista pelo não cumprimento da norma, não há que se falar de invalidade.

São relativamente eficazes: porque seus efeitos somente atingem a esfera do cedente e do cessionário. Não estão aptos a gerar efeitos na esfera da instituição financeira, pois as partes não possuem o seu consentimento.

São parcialmente eficazes: já que sem essa anuência da instituição financeira, os contratos de gaveta não têm o condão de ceder a posição contratual. Eles não têm essa eficácia por lhe faltarem um elemento integrativo. Para haver a

transferência da posição contratual faz-se *mister* o consentimento da entidade financiadora.

Entretanto, atualmente, é fato que o Estado não possui mais o monopólio de produção de normas: ele divide espaço com outras fontes, que instituem o pluralismo jurídico no nosso sistema, como bem aponta Hespanha.

Assim, podemos dizer que o contrato de gaveta teve origem sociológica e foi recepcionado não só – parcialmente – pela lei, mas de uma forma mais ampla pela jurisprudência, que passou a atentar para o lado social desses contratos.

Dessa forma, não obstante nossa análise pela Teoria do Fato Jurídico ter demonstrado os problemas atinentes aos contratos de gaveta, a jurisprudência buscou uma solução para conferir – em algumas situações – plena eficácia a esses negócios jurídicos.

Diante da análise jurisprudencial que realizamos neste trabalho, ainda é possível considerar que esses contratos infringem diretamente a lei (não obstante não serem inválidos devido à antecipação do vencimento da dívida) e possuem uma eficácia parcial e relativa?

É claro que não. Os julgados do STJ conferem uma interpretação baseada no caráter social desses contratos, considerando-os, em alguns casos, válidos¹⁸² e eficazes em relação à instituição financeira.

Entretanto, essas decisões ainda não estão aptas a solucionar todos os problemas relativos aos contratos de gaveta. Demais soluções efetivas são necessárias, como, por exemplo, econômicas e legislativas.

Ao requerer a anuência da instituição financeira, a dívida do financiamento é recalculada para o novo mutuário. Mas esse recálculo torna a aquisição do imóvel desinteressante para o cessionário. Efetivar medidas que sejam mais justas no recálculo da dívida seria uma possível solução para o tema, já que incentivaria a transferência do imóvel com o consentimento da instituição financeira.

E não menos importante é uma regulamentação jurídica, tanto legislativa como jurisprudencial, que reconheça os contratos de gaveta e sua questão social e que estabeleça diretrizes no que tange à anuência da instituição financeira.

¹⁸² Claro que demonstramos não serem inválidos. Entretanto, as decisões do STJ não o consideram como um negócio que infringe diretamente a lei. Há um problema no plano da validade, conforme vimos, mas não há a invalidade visto haver uma sanção prevista para o descumprimento da lei.

Não estamos a dizer que se deve abolir a anuência da entidade financiadora na cessão da posição contratual nos contratos de financiamento com o SFH, pois ela é necessária para prevenir as possíveis fraudes à lei, conforme já salientamos. Contudo, faz-se imprescindível a regulação legal ou até jurisprudencial dessas anuências para prevenir as margens de arbitrariedades das instituições financeiras.

É com essa pequena análise dos contratos de gaveta que se torna fácil perceber a importância da jurisprudência na construção de soluções para os problemas que surgem cotidianamente em nossa sociedade. No caso dos contratos de gaveta, um grande passo já foi dado: o magistrado já decidiu além do previsto pela lei, desprendendo-se, timidamente, das amarras do legalismo.

Contudo, o futuro dos contratos de gaveta ainda continua incerto. Pode haver tanto um progresso quanto um retrocesso nas futuras (e possíveis) regulamentações atinentes a esses negócios jurídicos. Entretanto, deve-se lembrar de que a jurisprudência pode ir além: ela é a fonte de produção mais rápida e efetiva do Direito, pois está em contato direto com a realidade social. Talvez o maior problema a ser enfrentado neste tema é fazer o magistrado conhecer a importância de sua tarefa, que repercutirá diretamente nas questões sociais e econômicas de nosso país.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compromisso de Compra e Venda**. 5. ed., revista, ampliada e atualizada, de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2006.

CONSTANTINO, Murilo Rafael. **Contratos de gaveta no Sistema Financeiro de Habitação**: Um tipo social de contrato. 65 f. Trabalho de Graduação (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. Dignidade jurídica dos contratos de gaveta: em busca da concretização do acesso à moradia. In: Tepedino, Gustavo; Fachin, Luiz Edson (organizadores). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 2.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Cálculos no Sistema Financeiro da Habitação**. 11. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa (org). **Sistema Financeiro da Habitação**: reflexos financeiros e econômicos. 1. ed. (ano 2004), 5ª tir. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20. ed. Atualização por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HESPANHA, Manuel António. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. reelaborada. Coimbra: Almedina, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao Direito**. 1. ed. Lisboa: Moraes Editores, 1079.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 26. ed. rev. e atual. pela equipe técnica da Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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 Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Bosch, 1954. Tomo I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. Tomo III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. Tomo V.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958. Tomo XXIII.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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: 06/06/2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.