

## CONTRATO DE GAVETA - UMA REALIDADE SOCIAL

**Maximiana Helena de Oliveira Molina<sup>1</sup>**

**Iriana Maira Munhoz<sup>2</sup>**

É notória e sabida no meio jurídico a utilização do cognominado “contrato de gaveta” nas mais variadas espécies de contrato. Elaborados, na maioria das vezes, por pessoas que desconhecem as regras do direito, diversas razões, dentre as quais as aqui tratadas, favorecem essa prática.

Ater-se-á esse trabalho para os contratos de gaveta que visam à alienação de imóveis hipotecados, que, em regra, são realizados em virtude de impedimento do registro da transferência no Cartório de Imóveis pela existência de financiamento do imóvel e a necessária intervenção do banco, como terceiro anuente.

A existência do negócio jurídico pressupõe a presença dos elementos que lhe são essenciais, quais sejam, agente capaz, objeto lícito, e a forma, como requisitos de validade, conforme o artigo 104 do Código Civil.

Caio Mário da Silva Pereira, ensina que o negócio jurídico, sendo uma declaração de vontade, se forma em dois momentos, um interno e outro externo. “A mente delibera e depois exterioriza a sua deliberação.”

Conforme magistério de Silvio de Salvo Venosa “nas declarações de vontade, distinguem-se dois elementos principais: (a) declaração propriamente dita ou elemento externo e (b) vontade ou elemento interno”, distinguindo os subelementos do elemento interno em vontade de ação, vontade de declaração e vontade negocial.

A declaração de vontade propriamente dita diz respeito ao comportamento do declarante, o qual evidencia o verdadeiro sentido da vontade enquanto a vontade ou elemento interno “é aquele impulso que se projetará no mundo exterior e pressupõe essa projeção”.

A forma é o meio pelo qual se exterioriza a declaração de vontade. A regra geral é que, não dispondo a lei de modo diverso, o negócio jurídico pode ser realizado de forma livre.

Para os negócios imobiliários prevalece a forma especial, cuja inobservância, em regra, gera a sua ineficácia. Assim, preconiza o artigo 108 do Código Civil: “não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

Nos contratos de gaveta que visam à transferência de imóveis, em regra, verifica-se o preenchimento dos dois primeiros requisitos. O problema reside no terceiro, ou seja, no requisito de forma.

Embora exigida pela lei à escritura pública para atos que visem à transferência de imóvel, as partes, ante a impossibilidade de registro no Cartório de Registro de

---

<sup>1</sup> Aluna do Curso de Direito da Faculdade Marechal Rondon (FMR)

<sup>2</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Instituição Toledo de Ensino. Doutoranda pela Universidade de Buenos Aires. Advogada familiarista. Professora dos cursos de direito da Faculdade Anhanguera e da Universidade Nove de Julho (UNINOVE).Endereço eletrônico: irianamunhoz@hotmail.com

Imóveis pela falta de anuência do banco, dispensam essa formalidade que é essencial ao ato e fazem uso do contrato de gaveta.

### **Da assunção de dívida segundo o código civil de 2002 e dos requisitos da lei do sistema financeiro de habitação**

A assunção de dívida, modalidade de transmissão de obrigações, é a substituição da parte passiva de uma obrigação, isto é, um outro devedor assume o compromisso daquele perante o credor.

A assunção pode ocorrer por acordo entre o terceiro e o credor, e por acordo entre o terceiro e o devedor. No primeiro caso, trata-se da expromissão, sendo que um terceiro, denominado expromitente, contrai perante o credor a obrigação de liquidar o débito. No segundo, cuida-se da delegação, que ocorre quando o devedor transfere a terceiro sua posição de devedor.

Entretanto, diferentemente da cessão de crédito, na assunção há necessidade de concordância expressa pelo credor, interpretando-se o seu silêncio como recusa da transferência, consoante ensina o parágrafo único do artigo 299 do CC. Esta regra baseia-se no princípio pelo qual o credor não é obrigado a receber coisa diversa da contratada, ainda que mais valiosa. Da mesma forma, o credor não pode ser obrigado a aceitar outro devedor. Assim, na ausência de concordância expressa, o negócio jurídico será irrelevante para o credor.

Situação diversa estabelece o artigo 303 do CC para obrigação garantida por bem hipotecado. Nesse caso, se o credor, notificado da assunção, não impugnar no prazo de trinta dias, seu silêncio consistirá em concordância com a transferência do débito.

Destarte, o contrato de gaveta, modalidade de assunção de dívida, rege-se pelos princípios que lhe são inerentes, razão pela qual se exige a anuência da instituição financeira para eficácia da transmissão da obrigação.

As hipotecas vinculadas ao Sistema Financeiro de Habitação regem-se pela Lei nº 8.004/90, a qual não veda a alienação, mas estabelece a anuência do credor hipotecário e o atendimento de determinados requisitos, como, por exemplo, a demonstração da capacidade de pagamento do cessionário em relação ao valor do novo encargo mensal (artigo 2º da Lei nº 8.004/90).

(\*) Para efeito do requisito do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.004/90, que estabelece a obrigatoriedade da interferência da instituição financiadora, a anuência do banco não precisa ser expressa, bastando que seja tácita, regra que está em harmonia com o artigo 303 do Código Civil, conforme já exposto.

Assim, haverá aceitação tácita se o banco, notificado pelo adquirente da alienação do imóvel, não impugnar no prazo de 30 dias, ainda que se faça o pagamento em nome do devedor primitivo.

### **Do descompasso da lei**

O maior entrave desta questão está no reajustamento do financiamento, obrigatório para a transferência do titular do mútuo.

Em regra, enquanto o saldo devedor é reajustado por índices de variação das taxas de juros, o valor da prestação sofre influência da variação salarial da categoria dos

mutuários ou por índices de correção monetária. A forma de renegociação do saldo devedor prevista na Lei do Sistema Financeiro de Habitação, inexoravelmente leva, pois, a um descompasso entre os interesses dos contratantes, cujo resultado é óbice ao cumprimento da lei em virtude da própria injustiça desta.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), de forma reiterada, vem entendendo que a transferência do mútuo hipotecário não prescinde de anuência da instituição financeira mutuante, mediante comprovação de que o cessionário preenche os requisitos do Sistema Financeiro de Habitação (SFH).

A problemática surge, então, quando, em decorrência da falta de anuência (expressa ou tácita) do banco para a formalização da transferência do imóvel, os contratantes, em face da impossibilidade de exteriorizar o negócio através da escritura pública, o fazem por meio de contrato particular.

Nesse aspecto, é de se observar que o direito deve permear os anseios da sociedade. Se de um lado o mutuário deve atender às exigências da lei do Sistema Financeiro de Habitação, de outro, a lei deve possibilitar-lhes o cumprimento de suas obrigações.

### **Da função social da lei**

Não obstante a obrigatoriedade de anuência da instituição financeira para transferência do mútuo, a questão se entrelaça a aspectos sociais consideráveis, como desigualdade social, baixa renda e o déficit imobiliário.

Nesse sentido, a lei deve ser compatível com a realidade social.

A Lei nº 8.004/90, criada para facilitar às famílias de baixa renda a aquisição de imóveis, se desvirtua de seus objetivos, provocando uma situação que se contrapõe aos interesses daquele que pretende tutelar.

Incoerente com essa finalidade é o reajustamento do financiamento, que, por ser excessivamente oneroso ao devedor, causa obstáculo não só àquele que pretende adquirir o imóvel financiado, como àquele que pretende vendê-lo.

Essa discrepância causa problemas a ambos os contratantes. Ao novo devedor porque, apesar de pagar regularmente as prestações do financiamento e todos os ônus relativos ao imóvel, não tem seu direito reconhecido e ao mutuário primitivo que se vê atrelado a uma dívida que, embora não se reconheça, já não é sua. Isso porque eventual impontualidade no pagamento, que venha a gerar o inadimplemento do contrato, trará diversas complicações para o devedor primitivo, dentre as quais ter seu nome incluído no cadastro de proteção ao crédito.

De outro lado, os índices de inadimplência dos financiamentos, que segundo dados estatísticos do Banco Central do Brasil nos contratos com mais de três mensalidades em atraso, registraram em dezembro de 2010, 60.788 casos em nível nacional, desde 28.02.86, se comparados aos números de financiamento para aquisição que registraram no mesmo período 2.667.531.678 em nível nacional, não justificam o rigor da lei, que apenas favorece que inúmeras pessoas fiquem à margem do direito. Reconhecendo essa realidade social, foi editada a lei nº 10.150/2000 que possibilitou a regularização das transferências efetuadas sem anuência da instituição financeira até 25/10/96. Entretanto, não alterada a legislação do Sistema de Financeiro de Habitação, no que pertine à renegociação do saldo devedor na transferência de titularidade do mútuo, a prática anterior persiste.

Em outro aspecto, é de se frisar que a instituição financeira, titular do direito real, tendo o direito de sequestração sobre o imóvel, pode executá-lo mesmo que transferido ao patrimônio de terceiro diverso da pessoa do devedor, razão pela qual não se justificam as exigências que favorecem apenas um dos contratantes em detrimento do outro.

### **Considerações finais**

Luiz Fux, então Ministro do STJ, em profunda análise da questão, em voto proferido em sede de agravo regimental no recurso especial nº 838.127, evidencia que a obrigatoriedade do contrato, pacto sunt servanda, deve ser interpretada de maneira mitigada, frente às regras que beneficiam o aderente no contrato de adesão e de outro lado a onerosidade excessiva, notadamente no que tange à renegociação do saldo devedor.

Expoente da mais recente jurisprudência, Luiz Fux, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, apontou como uma das causas dos contratos de gaveta a negativa do banco em anuir com a transferência do financiamento sem renegociar o saldo devedor. A verdade é que o legislador, com a edição da Lei nº 10.150/00, apenas suavizou os reflexos da Lei do SFH não pondo fim ao problema. A alteração da forma de renegociação é fundamental para mudar essa realidade e trazer de volta ao mundo do direito aqueles que estão à sua margem. Essa modificação seria a mais clara aplicação do brocardo “*ubi societas ubi ius*”, onde está a sociedade está o direito.

De outra forma, até que se obtenha a anuência do banco ou se modifiquem as regras estabelecidas na Lei do Sistema Financeiro de Habitação para renegociação do saldo devedor na transferência de imóvel hipotecado, garantindo-se ao novo devedor pagamento correspondente ao valor real do bem, uma solução deve ser apresentada às partes envolvidas.

Para garantir os direitos decorrentes desse tipo de negócio e afastar eventual má-fé do devedor primitivo, que, embora em contrato particular tenha cedido seus direitos, continua sendo o titular do mútuo perante a instituição financeira, é preciso que as partes que pretendam adquirir imóvel nessas condições o façam pelas regras que regulamentam o contrato de mandato, previsto no Capítulo X, do Título VI, Livro II do Código Civil.

Trata-se do mandato com a cláusula “em causa própria”, que tem como característica peculiar a irrevogabilidade do mandato conferido. Os poderes são delimitados ao objeto do negócio, estabelecendo o Código Civil em seu artigo 685 que a sua revogação não terá eficácia e que o mandato não se extingue pela morte de qualquer das partes.

A irrevogabilidade do mandato é uma garantia ao novo devedor, uma vez que os financiamentos, na maioria das vezes, são realizados em prazos longos, que variam entre vinte ou trinta anos.

Por fim, obedecidas as formalidades legais, poderá o mandatário transferir para si o imóvel ao término do mútuo, sem necessidade de anuência da instituição financeira ou intervenção do mutuário primitivo.

### **Referências bibliográficas**

- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, Parte Geral, São Paulo: Atlas, 9º edição, ano 2009, Volume I, p. 357 e Volume II, p. 149-155;
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 19º edição, ano 2000, Volume I, p. 376;
- Página Virtual do Superior Tribunal de Justiça – [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br): agravo regimental no recurso especial nº 838.127;
- Página Virtual do Banco Central do Brasil – [www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br).