



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INADIMPLÊNCIA NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULOS
GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A LEGITIMIDADE DA AÇÃO DE
BUSCA E APREENSÃO

SAMARA FERNANDES CARDOSO LIMA

Rio de Janeiro
2017

SAMARA FERNANDES CARDOSO LIMA

A INADIMPLÊNCIA NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULOS
GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A LEGITIMIDADE DA AÇÃO DE
BUSCA E APREENSÃO

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de PósGraduação Lato Sensu da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A INADIMPLÊNCIA NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULOS GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A LEGITIMIDADE DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

Samara Fernandes Cardoso Lima

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Servidora Pública.

Resumo – o Direito Privado experimentou considerável mudança com a pós-modernidade. Com efeito, os institutos passaram a ser analisados sob a perspectiva funcional. Os contratos devem ser estudados a partir de novos paradigmas, como a função social e a boa-fé, sem, todavia, descurar da função econômica a eles inerentes. O objetivo do trabalho é analisar a alienação fiduciária sob essa ótica funcional, de sorte a extrair sua máxima potencialidade. Busca-se demonstrar a legitimidade da retomada do veículo pelo credor fiduciário, ainda que diante do inadimplemento de pequena monta, em prestígio ao instituto da alienação fiduciária.

Palavras-chave – Direito Civil. Contratos. Alienação fiduciária em garantia.

Sumário – Introdução. 1. Os novos paradigmas contratuais e a necessária funcionalização dos institutos de Direito Civil, em superação às preocupações unicamente estruturais. 2. Uma análise funcionalizada do contrato de alienação fiduciária em garantia. 3. Reforço jurídico dos contratos de alienação fiduciária diante da repercussão da crise econômica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por escopo as necessárias ponderações entre os direitos de credores e devedores fiduciários, de sorte a apresentar um arcabouço teórico que seja suficiente à solução de demandas concretas. Como se sabe, no caso dos veículos alienados fiduciariamente, o inadimplemento autoriza o credor a reclamar a posse do bem, após o que a propriedade se consolidará na sua esfera jurídica. Sucede que, não raro, a ação de busca e apreensão – instrumento processual pelo qual se busca a posse do bem – é ajuizada após o adimplemento de parte substancial do contrato. Em virtude disso, muito se discute a legitimidade da medida.

No primeiro capítulo, será feita uma breve explanação sobre os princípios contratuais, mas com o necessário espaço para os novos paradigmas contratuais. Antes, porém, serão abordadas as questões atinentes à própria funcionalização dos institutos de Direito Privado. Então, estará suficientemente ambientado o cenário atual, o que possibilitará uma compreensão técnica de dois dos princípios mais relevantes para o Direito Contratual: a função social e a boa-fé. Como esses princípios são bem distintos em termos de conteúdo, será proposta uma leitura que viabilize a compatibilização dos interesses em jogo, precisamente nesse cenário de funcionalização dos institutos.

No segundo capítulo, será tratada a alienação fiduciária, mas sob a ótica da funcionalização dos institutos. Demonstrar-se-á sua origem como instrumento de oxigenação do sistema de garantias negociais. A partir da correta compreensão dessa garantia, será possível explicar o porquê do enorme interesse dos contratantes na atualidade, sobretudo os fornecedores de bens e serviços em massa. Finalmente, serão extraídas suas potencialidades na economia negocial.

No terceiro capítulo haverá a oportunidade para compatibilização da disciplina geral dos pactos com as expectativas singularmente verificadas nos contratos de alienação fiduciária em garantia. Um dos pontos de partida será um pequeno desenvolvimento, ainda que sem a pretensão de exaurimento, da economia dos contratos e sua projeção para o tecido social. O objetivo central do trabalho é, precisamente, justificar a legitimidade da reversão da posse direta do bem para o credor fiduciário, haja vista a inarredável necessidade de efetivação da garantia.

Para esse fim, será empregado o método hipotético-dedutivo, pelo qual, partindo de proposições científicas apresentadas pela doutrina, buscar-se-á a resposta às questões ora ventiladas.

1. OS NOVOS PARADIGMAS CONTRATUAIS E A NECESSÁRIA FUNCIONALIZAÇÃO DOS INSTITUTOS DE DIREITO CIVIL, EM SUPERAÇÃO ÀS PREOCUPAÇÕES UNICAMENTE ESTRUTURAIS

Nos países de tradição romanística, o enfrentamento de uma questão jurídica deve principiar pelo direito objetivo. Especificamente sobre o negócio jurídico, sabe-se que o

Código Civil de 2002 optou por inaugurar o capítulo respectivo com a explanação dos elementos de existência e requisitos de validade (art. 104, CC).¹

Sucedem que a concepção a respeito da função outorgada ao Direito, como ciência social, revela, tendencialmente, uma mudança de postura. Com efeito, já no século XX, constatou-se a insuficiência de ordenamentos comprometidos apenas com a estrutura dos institutos. Essa tradição terminou por relegar ao Direito uma função de controle social, com a manutenção do *status quo*. Paulatinamente, as discussões passaram a se centrar na função dos institutos. Nessa toada, o Direito avocou para si uma “função promocional”.

A análise estrutural não serve apenas para salvaguardar a teoria do direito das contaminações ideológicas, mas também permite desmascarar tomadas de posição política que se alojam nos conceitos tradicionais aparentemente neutros da ciência do direito. (...) O que distingue essa teoria funcional do direito de outras é que ela expressa uma concepção meramente instrumental do direito. A função do direito na sociedade não é mais servir a um determinado fim (aonde a abordagem funcionalista do direito resume-se, em geral, a individualizar qual é o fim específico do direito), mas a de ser um instrumento útil para os mais variados fins.²

Nessa toada, o constitucionalismo expansivo do final do século passado terminou por ditar os rumos dessa função promocional. É cediça a proeminência das Cartas Constitucionais como projeto de sociedade. Nelas estão inscritos os valores e anseios sociais. Dessa forma, se há alguma função atribuída ao Direito, certamente são as disposições constitucionais os guias dessa força transformadora.

Essa concepção a respeito do destaque conferido à Constituição ora é retratada como uma eficácia irradiante das normas constitucionais, ora como uma caminhada das normas infraconstitucionais em direção à normatividade constitucional. Veja que o que muda é a perspectiva do observador. Seja como for, independentemente do referencial que se adote, é inegável o protagonismo da Constituição no ordenamento jurídico.

O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações

¹ Anderson Schreiber critica a timidez com que o novo Código Civil tratou das relações jurídicas: “A alegação de que a metodologia civil-constitucional teria perdido sua utilidade diante do novo Código Civil mostra-se ainda mais infundada porque a codificação civil de 2002 tem muito pouco de realmente novo. Seu texto repete substancialmente aquele do Código Civil de 1916, já tendo sido chamado de ‘cópia mal feita’ do seu antecessor. Fruto de projeto elaborado na década de 70, durante o período mais severo da ditadura limitar brasileira, o novo Código Civil chega com um atraso de mais de três décadas – quando a conveniência de uma nova codificação já era vista com reservas – e em flagrante descompasso com a Constituição. Sua aprovação foi recebida pela melhor doutrina como ‘um duro golpe na recente experiência constitucional brasileira’. Aos juizes, aos advogados, ao intérprete, de modo geral, restou a ‘espinhosa tarefa de temperar o desastre, aplicando diretamente o Texto Constitucional, seus valores e princípios, aos conflitos de direito civil, de modo a salvaguardar o tratamento evolutivo que tem caracterizado as relações jurídicas do Brasil contemporâneo’”. SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17.

² BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 56 - 57.

sociais e sócio-econômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicada ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam.³

Nem mesmo o Código Civil de 2002, com uma postura reconhecidamente estrutural, ficou totalmente silente quanto às transformações em curso. Realmente, o texto codificado está repleto de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Conquanto não se desconheçam as tentativas de apartar esses dois institutos, é consenso que ambos têm em comum a possibilidade de oxigenação das normais legais. Deveras, por meio dessas cláusulas gerais, possibilita-se a erupção da eficácia cambiante das relações sociais nos textos legais. Antes mesmo que se façam as mudanças em nível legislativo, tão formais e demoradas, a normatividade se renova precisamente por conta de textos permeáveis às mudanças da realidade subjacente.

Para além do negócio jurídico como gênero, é preciso adentrar a normativa dos contratos, espécies daquele. No Título V, que trata dos contratos em geral, o codificador teve o cuidado de iniciar as disposições com a expressa menção tanto da função social quanto da boa-fé (arts. 421 e 422, CC). Cumpre aos operadores do Direito a definição do alcance dessas disposições.

Com efeito, em matéria de direito das obrigações – considerando que aí reside o núcleo não só do direito civil, mas da inteira disciplina jurídica – não se poderia colocar a alternativa “cláusulas gerais ou não”, devendo-se pena na concomitância entre estas e a casuística pela mesma razão apontada [pela vantagem de certeza do direito].⁴

Assevere-se a importância de não se confundir a “funcionalização dos institutos”, tendência acima trabalhada, com a “função social dos contratos”, tal qual veiculada pelo codificador pátrio (art. 421, CC). Como já se disse, a funcionalização se coloca num contexto de comparação com a postura estruturante das legislações passadas. Em campo diverso, a *função social* pode ser definida sob a ótica externa ao contrato. Inegavelmente, contudo, são institutos que dão uma nova roupagem ao Direito Civil.

Passa-se, então, à função social (art. 421, CC). Historicamente, os efeitos do contrato são tratados a partir do princípio da relatividade. Diz-se que os contratos obrigam somente os contratantes. Dada a gênese na vontade das partes, é natural que a elas se atribuam os direitos e deveres dispostos. Em outras palavras, por força da autonomia da vontade, se reconhece

³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como “sistema em construção”*. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 18 jul. 2015.

eficácia normativa às disposições contratuais, embora restrita à esfera jurídica dos contratantes.

Todavia, atualmente, reconhece-se que os contratos não são categorias isoladas no meio social. Ao contrário, seus efeitos se projetam para além das partes, integrando o tecido social das diversas interações humanas. Basta que pensemos nos contratos massificados de consumo.

Um singelo exemplo pode facilitar a compreensão do que é afirmado. Pense-se numa grande sociedade empresária prestadora de serviços de telefonia, a qual chamaremos de *A*. Os serviços prestados por *A* são usufruídos por outra sociedade empresária de porte, a qual chamaremos de *B*. *B*, por sua vez, presta serviços de vendas de atacado a varejistas. Os varejistas, inúmeros, compõem o grupo de sociedades *C*. Em um contexto de falha técnica generalizada, a inexecução das obrigações assumidas por *A* perante seus usuários pode, sem dúvida, repercutir em tantas outras relações travadas por eles. Nesse cenário, suponha-se que, com a interrupção dos serviços de *A*, *B* não consiga travar contatos com o grupo de varejistas, *C*. Ora, é possível antever quais serão as pessoas prejudicadas pela falha técnica de *A*: *B*, que não conseguirá concluir suas vendas em atacado; *C*, que não poderá fazer suas compras para posterior revenda; os consumidores tradicionais de *C*, que deixarão de fazer as compras habituais.

Deste modo, no sistema em vigor, a função social amplia para o domínio do contrato a noção de ordem pública. A função é considerada um fim para cuja realização se justifica a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes. Por isso mesmo, dispõe o art. 2.035 do Código Civil que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade dos contratos”.⁵

Sem descurar dessa perspectiva mais ampla, é preciso preservar os interesses internos. Também a boa-fé objetiva emerge como cláusula de salvaguarda do Código Civil de 2002 em termos de contratos (art. 422, CC). Mas sua incidência sobre o fenômeno contratual se dá sob a perspectiva dos contratantes.

Geralmente, são atribuídas à cláusula geral de boa-fé objetiva três funções. Primeiro, a de regra de hermenêutica, de modo a não confinar o intérprete à literalidade das regras contratuais (art. 113, CC). Segundo, trata-se de norma que compõe o próprio exercício legítimo das situações jurídicas, em oposição ao abuso de direito (art. 187, CC). Terceiro, cuida-se de fonte criadora de deveres anexos, acessórios, mas inteiramente necessários à

⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

satisfação dos interesses versados no contrato. A título de exemplo da terceira função, cite-se os deveres de lealdade, cooperação etc.⁶

Essas funções, porquanto dirigidas ao âmbito interno do contrato, têm por escopo assegurar o próprio interesse dos contratantes. Pudera. A preocupação com os reflexos sociais não pode retirar do contrato seu objetivo principal, justamente a satisfação dos interesses contrapostos. O contrato é um poderoso instrumento de mobilidade social, pois possibilita o intercâmbio de bens e riquezas. Numa determinada modalidade contratual, caso a preocupação com os interesses extracontratuais se sobreponha, sem qualquer ponderação, sobre os interesses contratuais, essa modalidade seria logo abandonada como instrumento da vida civil.

É certo, assim, que os deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva se aplicam às relações contratuais independentemente de previsão expressa no contrato, mas seu conteúdo está indissociavelmente vinculado e limitado pela função sócio-econômica do negócio celebrado. O que o ordenamento visa com o princípio da boa-fé objetiva – já se disse – é assegurar que as partes colaborarão mutuamente se exige que o contratante colabore com o interesse privado e individual da contraparte.⁷

Indaga-se, então, como identificar os interesses prevalecentes em caso de antinomia frontal entre os interesses externos e internos aos contratos. A resposta há de se dar em concreto, sob o prisma do interesse digno de tutela. Realmente, as situações jurídicas subjetivas carregam, em seu bojo, aspectos a serem garantidos pela ordem jurídica. Essas situações podem estar inseridas no projeto contratual; podem estar o circunvizinhando. Cabe ao intérprete a análise a compatibilização dos interesses que exsurtem, em confronto com as situações concretas, sempre com foco na função social dos contratos e na boa-fé objetiva. Para tanto, certamente, deverá se valer da ordem constitucional como norte.

2. UMA ANÁLISE FUNCIONALIZADA DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Em um mundo globalizado, as necessidades da vida contemporânea se expandem, sendo cada vez mais peculiares as demandas por alimentação, lazer, informação, tecnologia etc. De outra banda, há agentes econômicos dispostos a satisfazer essas necessidades da pós-modernidade. Atentos à escassez de recursos, buscam intermediar a relação entre os

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 20.

⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé no código de defesa do consumidor e no código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39.

consumidores e os bens da vida, monetarizando, em ordem crescente, o custo de produção e o anseio coletivo. No exercício da autonomia da vontade, as partes contratam para, em troca de uma determinada prestação, verem satisfeitas determinadas necessidades.

Todo e qualquer contrato traz, em seu âmago, uma certa álea. Pode afirmar que o contrato é, precisamente, uma composição de riscos. De fato, os incidentes da cadeia econômica – produção, transporte e disponibilidade – devem ser computados pelos agentes econômicos que pretendem adentrar no mercado de consumo. Já os consumidores devem aferir a real necessidade de um determinado bem da vida.

O conceito de equilíbrio contratual revela-se normalmente conexo ao de risco. Vale dizer, cada contrato opera a repartição de riscos entre as partes, de modo que o equilíbrio contratual consiste no equilíbrio econômico que caracteriza o ato concreto de autonomia da vontade, sendo resultado da alocação do risco contratual. Eis a acepção econômica do conceito de equilíbrio, a qual, todavia, não esgota a problemática do equilíbrio dos contratos. Com efeito, o equilíbrio contratual, ainda que se refira à economia da relação, traduz o equilíbrio jurídico das regras previamente estabelecidas pelas partes no concreto negócio, sujeito à aplicação das normas constitucionais. Cabe ao magistrado, nessa direção, prestigiar o equilíbrio contratual, mesmo que contrarie o regulamento de interesses firmado pelos contratantes.⁸

Em regra, o patrimônio do devedor consubstancia a garantia geral dos seus credores em caso de inadimplemento (art. 391, CC). Ocorre que o subdesenvolvimento nacional se caracteriza por uma massa de consumidores sem patrimônio de vulto, pelo que os contratos tendem a ser mais arriscados. Esses riscos, ao seu turno, costumam refletir no preço. Realmente, é usual que o credor projete no preço o risco de ver frustrada sua expectativa econômica.

Consoante Aubry e Rau, o patrimônio constitui garantia geral dos credores, já que, por ser emanção da personalidade, as obrigações que oneram uma pessoa devem naturalmente também gravar seu patrimônio. Tal direito de garantia se refere ao patrimônio concebido como universalidade, o qual apresenta, por isso mesmo, conteúdo variável. Diante disso, os credores vão poder executar determinado bem enquanto este se encontrar no patrimônio do devedor. Por esta razão, a partir do momento em que o bem deixa de integrar o patrimônio do devedor, os credores não podem mais executá-lo. Da mesma forma, cada novo bem que ingressa no patrimônio do devedor se sujeita, *tout cort*, ao direito de garantia dos credores.⁹

O problema é que a precificação dos riscos pode tornar pouco atraente o negócio. Daí o gênio dos juristas da modernidade ter instituído um sistema de garantias. No direito pátrio, essas garantias podem ser reais – penhora, anticrese e hipoteca – ou fidejussórias – aval e fiança – (arts. 1.419, 897 e 818, respectivamente, CC). Dessa maneira, o preço da relação

⁸ BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 125.

⁹ OLIVA, Milena Donado. *Patrimônio separado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37.

jurídica base garantida pode ser exatamente o mesmo de outra sem a respectiva garantia. A diferença é que, em havendo garantia, o credor não vislumbrará grande óbice na contratação, tampouco temerá sobremaneira o inadimplemento.

Se bem que o patrimônio seja a prenda comum dos credores, esta garantia coletiva por si só é insuficiente para assegurar a cobrança de seus créditos. Em primeiro lugar, o devedor poderá contrair novas obrigações. Ademais, como conserva a faculdade de poder dispor de seus bens, pode também aliená-los ou gravá-los, tornando ilusórios os direitos dos credores. Por outro lado, em função do princípio “*pars conditio creditorum*”, todos concorrem em pé de igualdade para tornar efetivos os seus créditos, salvo quando a lei, excepcionalmente, concede-lhes um privilégio. Quando o devedor se torna insolvente e o produto de seus bens não é suficiente para satisfazer todas as dívidas, os credores são obrigados a cobrar *pro rata*. Precisamente para evitar esse risco, o legislador – desde priscas eras –, idealizou garantias que podem ser pessoais ou reais. Nas garantias pessoais, ao devedor se soma um responsável, tal como ocorre na fiança e no aval, mas a segurança que traz esta garantia não é absoluta, pois o perigo de queda em insolvência também pesa sobre o fiador e o avalista. Assim, despontam as garantias reais, em virtude das quais, uma ou várias coisas de propriedade do devedor ficam afetadas de forma especial para assegurar o cumprimento da obrigação garantida.¹⁰

Entretanto, foi preciso mais. O consumo se intensificou. Os institutos jurídicos clássicos não se mostraram assaz eficientes na popularização do crédito. Em um país em que o consumo é condição de dignidade, foi necessário conceber mecanismos mais arrojados. Decerto, isso tem um custo. Caso não disponha o credor de uma garantia geral robusta – patrimônio –, tampouco sejam suficientes as garantias específicas, a solução é assegurar o negócio mediante a oneração do próprio bem, e, paralelamente, simplificar as formas de execução.

Cientes das necessidades de tutela do crédito, é necessário reconhecer que a alienação fiduciária em garantia consubstancia um poderoso instrumento de mitigação do risco do negócio e minoração do preço:

Inscrevendo-se como “direito real de garantia”, cuja conceituação genérica vem estabelecida acima, pode-se definir a propriedade fiduciária, antes do Código de 2002 nomeada alienação fiduciária em garantia, como transferência ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia de pagamento da obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a resolução da dívida garantida.¹¹

Veja que a propriedade é transmitida ao credor com uma finalidade diferenciada. Explica-se. Não se entrega a propriedade para a realização de um interesse de apossamento e utilização do bem. Na realizada, a propriedade é transmitida funcionalizada a um determinado crédito. A rigor, o credor fiduciário nem quer o bem, na medida em que o objeto social

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 8. ed. rev. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012, p. 859.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 363.

costuma se restringir às operações financeiras. O bem só é efetivamente desejado pelo devedor fiduciário. Todavia, com a finalidade de assegurar o pagamento do capital emprestado, diminuindo os custos do negócio, o credor adquire uma propriedade resolúvel. A condição para que o devedor obtenha a propriedade plena é a quitação do preço.

Perceba que, por um singelo mecanismo jurídico de desdobramento da posse, associado a uma propriedade temporária, embora nada mude no mundo dos fatos, há menos risco ao mutuante. Por conseguinte, o preço do capital mutuado continua atrativo ao candidato à aquisição que não disponha de capital imediato. Sem dúvida, é um substancial instrumento de potencialização do crédito.

A partir do momento que se reconhece a natureza jurídica de garantia do instituto da alienação fiduciária, invoca-se toda a disciplina correspondente, o que verdadeiramente é capaz de fazer-lhe cumprir essa importante função econômica:

Trazemos à colação a lembrança de que no art. 1.421, há previsão do princípio da indivisibilidade do direito real de garantia, estabelecendo que a garantia não se extingue de acordo com o pagamento parcial da dívida. Ao contrário, a garantia remanesce até que a dívida seja integralmente quitada, salvo disposição expressa no contrato.¹²

Destarte, conhecendo o correto perfil do instituto, não se pode negar sua vocação inarredável à satisfação do crédito. Do contrário, estar-se-ia esvaziando sua função econômica e, conseqüentemente, sua utilidade. Conquanto não se desconhece a necessidade de prestigiar os legítimos interesses dos devedores, a verdade é que todos esses interesses devem ser projetados para o preço do negócio, juntamente com as garantias previstas. Percebe-se que a autonomia da vontade é o espaço adequado para tanto. Eventualmente, em caso de desequilíbrio do poder negocial, o ordenamento dispõe de uma série de mecanismos corretivos, como a teoria da invalidade por vício de vontade, a superveniência da onerosidade excessiva, entre outros. Saliente-se, todavia, que não se pode desprestigiar o conteúdo da alienação fiduciária em garantia sem antever seu caráter de conformação dos riscos.

3. REFORÇO JURÍDICO DOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DIANTE DA REPERCUSSÃO DA CRISE ECONÔMICA

De forma cíclica, o país passa de um contexto de pujança para uma grande crise econômica. Nesse cenário, é natural que os contratos sejam colocados em xeque. Não se olvide de que o cumprimento das obrigações sofre o influxo das vicissitudes sociais. O

¹² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direitos das Coisas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 533.

inadimplemento contratual, tratado pelos doutrinadores como momento patológico, deixa de ser algo excepcional e passa a ser vivenciado diuturnamente nos Tribunais.

Aos credores, em princípio, abre-se uma dupla alternativa: a resolução por inadimplemento ou o cumprimento específico da obrigação (art. 474, Código Civil). Sucede que mesmo essa faculdade é passível de relativização, seja pela ótica do abuso do direito (art. 187, CC), seja pela perspectiva do interesse útil (art. 395, parágrafo único, CC). De outra banda, não se pode negar que a resposta que se dá às inúmeras demandas de resolução por inadimplemento é preponderante para o próprio preço do crédito.

Neste trabalho, busca-se analisar a legitimidade da retomada de veículos automotores por inadimplemento de pequena parcela nos contratos de financiamento garantidos por alienação fiduciária, especialmente com base na teoria do adimplemento substancial. Já se disse que os institutos do Direito Civil vêm sendo reformulados, nomeadamente sob o prisma da funcionalização, em detrimento de análises meramente formalistas. Por outro lado, o tratamento especial conferido ao contrato mencionado, consoante disposições do Decreto-Lei nº 911/69, evidencia uma conformação específica da função social desse contrato.

Com efeito, tais contratos não somente se prestam a catalisar o mercado de consumo, como também a garantir o retorno dos credores. Num cenário econômico fragilizado, as garantias de recuperação de crédito são fundamentais à credibilidade da economia nacional. Daí cabível a indagação sobre quais as expectativas extraíveis desse contrato e, em caso de aparente antinomia, qual deve prevalecer.

Nessa linha de intelecção, o legislador apresenta eficiente mecanismo: a ação de busca e apreensão, procedimento especialíssimo e célere, capaz de, em curtíssimo espaço de tempo, verter a posse do bem onerado ao credor, possibilitando-lhe a venda extrajudicial e satisfação do crédito com o produto obtido (art. 3º, DL 911/69). Assim procedendo, o negócio é satisfeito, ao menos sob a perspectiva do credor fiduciário.

De outra banda, não raras vezes, o devedor cumpre parte substancial do negócio. Suponha-se que, com o pagamento diferido em sessenta vezes, após a quitação das cinquenta e cinco parcelas, o devedor caia em inadimplência. Nesse caso, apenas cinco parcelas foram descumpridas. Em princípio, o cumprimento do contrato está na ordem de mais de noventa por cento do preço. Tem sido comuns indagações acerca da legitimidade da busca e apreensão do bem, já que apenas uma pequena parte do negócio não foi satisfeita.

Em que pese vigorosas insurgências quanto ao procedimento do credor, não se pode ignorar o fato de que esses contratos se multiplicaram exponencialmente ao longo dos anos, precisamente por uma política de fomento ao consumo mediante crédito. Conquanto se

reconheça que, numa primeira análise, os contratos estão perfeitamente isolados, uma apreciação mais detida pode revelar uma interdependência entre eles, geralmente de ordem econômica. Não se está aqui aderindo a uma análise puramente econômica dos institutos jurídicos. Entretanto, convém não ignorar que, na seara contratual, o problema da impontualidade é melhor apreensível sob uma perspectiva geral.¹³

Uma reportagem publicada na Folha de São Paulo ajuda a ilustrar o tema. Em 2015, diversas financeiras que atuam no segmento registraram um aumento de 28% na quantidade de retomada de veículos e, em virtude do inadimplemento, passaram a exigir entradas maiores.¹⁴ Também segundo reportagem jornalística, em julho de 2016, a liberação de crédito para o financiamento de veículos registrou uma queda de 17,2% em relação ao mesmo período anterior.¹⁵ Conquanto não se possa extrair conclusões insofismáveis a partir desses dados, é possível evidenciar uma relação crescente entre a recusa de crédito e a inadimplência no mercado de consumo.

É preciso compatibilizar a salutar disciplina protetiva do Código de Defesa do Consumidor com a realidade dos tempos atuais, sem o que se terminará, por via reflexa, a onerar o próprio mercado de consumo. O que se está a sustentar é que o contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia também cumpre sua função quando o bem é retomado pelo credor fiduciário, pelo menos sob a perspectiva macro:

Em uma necessária visada funcional, importante destacar que o instituto proporciona facilidade na aquisição de bens a consumidor, mediante outorga menos burocrática de financiamento, segurança de recuperação de ativos por parte do credor e redução das taxas de juros se comparadas com as que são praticadas pelo mercado financeiro nos casos de empréstimos que não contem com garantia real, como a disponibilização de crédito rotativo aos correntistas da instituição financeira.¹⁶

Ora, o propósito da alienação fiduciária é fixado justamente a partir da eficiência como mecanismo de garantia. Minorar seu potencial garantidor conforme o grau de adimplemento do contratante, nos casos dos contratos com pagamento parcelado, é desprezar a vocação para recuperação do crédito. Ao se invocar a desproporcionalidade da medida, está-

¹³ “Não se nega ser útil o emprego de esquemas e critérios microeconômicos para “escrutinar o direito” e avaliar a congruidade de seus institutos. É, todavia, necessário ter consciência que se é verdade que a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, ela sozinha não consegue apresentar a especificação e a complexidade da ciência jurídica” in PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64.

¹⁴ ROLLI, Claudia. Cresce aperto sobre quem não consegue pagar carro financiado. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/07/1658308-cresce-aperto-sobre-quem-nao-consegue-pagar-carro.shtml>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

¹⁵ Inadimplência sobre para 4,6% em financiamento de automóveis. *Auto Esporte*. Disponível em: <<http://revistaautoesporte.globo.com/Noticias/noticia/2016/09/inadimplencia-sobe-para-46-em-financiamentos-de-automoveis.html>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

¹⁶ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direitos das Coisas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 531.

se fechando os olhos para a função da garantia. Em outros termos, obstar retomada do bem é promover uma revisão de *lege ferenda* sem a correspondente readequação do preço. Uma vez mais, a doutrina:

Os direitos reais de garantia são instituídos para tutelar o exclusivo interesse do credor em receber o que lhe é devido, não se analisando a questão da garantia sob o prisma da comutatividade e equilíbrio jurídico e econômico que deve nortear a relação subjacente. Sob esse enfoque, o professor Gladston Mamede realça o caráter unilateral da garantia real, que a seu juízo atrai o art. 113 do Código Civil. Ensina o autor que essa relação jurídica é ‘constituída em benefício do credor da relação obrigacional principal’, arrematando que ‘não há reciprocidade, nem necessidade de equilíbrio jurídico, na garantia, embora possa haver no negócio de base, cuja execução é garantida’.¹⁷

Ao fim e ao cabo, conclui-se pela legitimidade do procedimento de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente em garantia, mesmo que o inadimplemento tenha sido de pequena monta, na medida em que há perfeita consonância com o perfil do instituto.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscou-se oferecer um panorama amplo sobre o contrato de alienação fiduciária, para, então, apresentar os desafios que se apresentam ao intérprete em tempos de crise econômica.

Iniciou-se o labor com a transformação experimentada pelo Direito Privado da modernidade até os tempos de hoje. De fato, desnudou-se a concepção meramente estrutural dos institutos, com o objetivo de demonstrar que, numa ciência social como o Direito, não existe abordagem neutra. Apresentou-se, então, a necessária evolução para a concepção funcional dos institutos. Isso porque a tomada de posição pelo ordenamento permite não só a compreensão da função que exerce, mas, sobretudo, pela possibilidade de controle externo.

Mostrou-se que a funcionalização do Direito tem um guia: a Constituição. Com efeito, o constitucionalismo expansivo da modernidade se caracteriza pela positivação de valores sociais no principal documento político de um povo. Explicou-se que o Código Civil de 2002 absorveu essa orientação funcionalista pela técnica das normas abertas – conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais –. Tais normas constituem o instrumento de oxigenação do Código da vida privada. Por meio delas, valores coletivos são introduzidos na disciplina das relações privadas.

¹⁷ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direitos das Coisas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 439.

Adentrado mais especificamente o Código Civil de 2002, foi apresentada a dicotomia entre o princípio clássico da relatividade dos pactos e o anseio de que eles cumpram uma função social. Também se procurou demonstrar que, por meio da boa-fé, os contratos continuam concretizando, antes de mais nada, os interesses individuais. Foi proposta, então, a compatibilização dos valores aparentemente colidentes no caso concreto.

Apresentado o arcabouço atual do Direito Privado, passou-se a analisar o instituto da alienação fiduciária sob uma perspectiva funcional.

Traçou-se um necessário raciocínio sobre a globalização, a multiplicação de demandas e a monetarização dos interesses individuais. Mostrou-se a feição do contrato como instrumento de composição de riscos, com uma álea inarredável, dado que não pode ser desconsiderado no momento da aferição do equilíbrio contratual. Pontuou-se que o risco é proporcional ao preço, pelo que os agentes econômicos sempre buscam a minoração dos riscos para a introdução de seus produtos a preços que mantenham o interesse dos potenciais consumidores.

Apresentou-se o patrimônio como garantia geral dos credores, mas se lembrou que o subdesenvolvimento nacional reclama outras formas de garantia. Então, fez-se uma breve explanação sobre as garantias tradicionais, reais e fidejussórias. Todavia, foi importante destacar a necessidade de mecanismos mais arrojados de tutela do crédito. Apresentou-se a alienação fiduciária como mecanismo de preservação de crédito, mediante o singelo mecanismo de manutenção da propriedade resolúvel com o credor e, em contrapartida, a posse direta pelo devedor, até o implemente da condição, a saber, a quitação do contrato.

Finalmente, partindo da premissa que a resposta jurisdicional é essencial à manutenção ou não de um instituto no ordenamento, tentou-se fazer um paralelo entre o descumprimento dos contratos e a crise econômica. Lembrou-se que, em face do inadimplemento, abra-se uma dupla alternativa ao credor: a resolução do negócio ou seu cumprimento. Ressalvou-se apenas a teoria do abuso do direito.

À guisa de conclusão, destacou-se a importante feição da alienação fiduciária como mecanismo de proteção da oferta do crédito. Defendeu-se o manejo da ação de busca e apreensão como instrumento processual hábil para tanto. Esposou-se a tese de que o inadimplemento mínimo não pode configurar óbice à execução da garantia, mormente diante de uma economia tão dependente de garantias, sob pena de refrear o fluxo econômico e o desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA, Paula Greco. *Contratos aleatórios no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri, SP: Manole, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 8. ed. rev. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012.
- REDAÇÃO AUTOESPORTE. Inadimplência sobre para 4,6% em financiamento de automóveis. *Auto Esporte*. Disponível em: <<http://revistaautoesporte.globo.com/Noticias/noticia/2016/09/inadimplencia-sobe-para-46-em-financiamentos-de-automoveis.html>>. Acesso em: 25 ago. 2017.
- MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como “sistema em construção”*. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4> >. Acesso em: 18 jul. 2015.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direitos das Coisas*. São Paulo: Atlas, 2015.
- OLIVA, Milena Donado. *Patrimônio separado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Contratos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. *Direitos reais*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROLLI, Claudia. Cresce aperto sobre quem não consegue pagar carro financiado. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/07/1658308-cresce-aperto-sobre-quem-nao-consegue-pagar-carro.shtml>>. Acesso em: 25 ago. 2017.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: < <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé no código de defesa do consumidor e no código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo (coord). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.