

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO



Especialização em Direito Contratual

MONOGRAFIA

**A FUNÇÃO SOCIAL DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM
GARANTIA NA ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS**

SÃO PAULO, 20 DE DEZEMBRO DE 2011.

Orientadora

Prof^ª. Greice Fuller

Aluna: Neyde Moura Sales Correia

Turma C

SUMÁRIO

RESUMO	03
ABSTRACT	04
INTRODUÇÃO	05
I – O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL	
I.1 Evolução Histórica	07
I.2 Limitação ao Princípio da Autonomia Privada	14
I.3 Complementação ao Princípio do Equilíbrio Contratual (Justiça Contratual)	18
I.4 Relação com o Princípio da Boa-fé objetiva	23
I.5 O Princípio da Função Social do Contrato no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor	27
II – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	
II.1 Da Fidúcia	31
II.2 Do negócio fiduciário e da propriedade fiduciária	35
II.3 Da alienação fiduciária em garantia	37
II.4 Da aplicação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de alienação fiduciária em garantia	43
III – A CORRELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	47
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

RESUMO

O crescimento econômico que estamos observando nos últimos anos vem fazendo com que fique cada vez mais clara a interdependência existente entre o Direito e a Economia. A necessidade de garantir maior efetividade na regulamentação das relações sociais fez com que o Direito passasse por diversas transformações. Recentemente, com o advento do Código Civil em 2002, o sistema jurídico passou a ter como base uma nova tríade principiológica, composta pelos princípios da Função Social, da Boa-fé Objetiva e Probidade e da Equivalência Material das Obrigações, denominados, em conjunto, como princípios sociais. O presente trabalho procura discutir primeiramente a relação do princípio da função social do contrato com os demais princípios sociais, tudo com vistas a demonstrar a releitura pela qual passaram algumas normas jurídicas.

O instituto da alienação fiduciária em garantia, objeto de discussão no presente trabalho é resultado de uma evolução de diversos institutos. A origem da alienação fiduciária remonta ao direito romano, no qual encontramos a *Fidúcia*. Posteriormente, os institutos germânico e inglês do *Mortgage* e *Trust*, respectivamente, foram a base do surgimento do negócio fiduciário em nosso ordenamento jurídico.

Com o crescimento no consumo, fez-se necessária a evolução da segurança jurídica nas relações privadas, o que ocorreu com o fortalecimento das garantias presentes nessas relações. O fortalecimento da segurança jurídica trouxe uma correspondente facilitação na circulação do crédito, fazendo com que a função social do instituto da alienação fiduciária em garantia na alienação de bens imóveis fosse cumprida.

Palavras-Chave: Economia e Direito – Mudança nos paradigmas do Direito Civil – Princípio sociais – Princípio da Função Social – Contratos – Crescimento no consumo – Segurança Jurídica – Garantias – Alienação fiduciária em garantia na alienação de bens imóveis – Facilitação na circulação do crédito.

ABSTRACT

During the last few years we could have observed a constant economic growing which made clearer the interdependency between Law and Economy. The need to assure most effectiveness to the regulation of social relations provoked some changes in our legislation. Recently, after the Civil Code of 2002, the legal system had its basic principles changed. The new principles are the social function, *bona fides* and probity and material equivalence between duties, which are known as the “social principles”. This paper intends to present the relation among these social principles, in order to demonstrate the review of the legislation.

The chattel mortgage’s institute, discussed in this paper, results from the evolution of diverse legal institutes. The origin of the chattel mortgage begins in Rome with the institute named *Fiducia*. Subsequently, the German and British institutes, the *mortgage* and the *trust*, respectively, constituted the basis of the fiduciary dealing in our legal system.

With the consumption growing, the legal certainty in the private relations need to be improved, which occurred with the strengthening of the warranties offered on these relations. The strengthening of legal certainty provoked a credit facilitation, which assured the accomplished of the social function of the chattel mortgage’s institute.

Key words: Economy and Law – Civil Law Change of Paradigm – Social Principles – Social Function Principle – Contracts – Consumption Growing – Legal Certainty – Warranties – Chattel mortgage – Credit facilitation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de apontar aspectos relevantes na instrumentalidade do princípio da função social refletida pela relação existente entre a realidade econômica da sociedade brasileira contemporânea e o instituto jurídico da alienação fiduciária em garantia nas alienações onerosas de bens imóveis.

O Direito sempre buscou ser um retrato dos reclamos e das necessidades da sociedade, exatamente por essa razão que se deve a implementação de mudanças tão significativas nos paradigmas do direito civil, trazidos pelo Código Civil de 2002.

O cenário de quando antes se exigia que a lei fosse interpretada de forma literal, sendo obrigatória a observância do que se chamava “a letra da lei”, já há alguns anos, cedeu lugar para uma interpretação sistemática, que leva em conta não a letra, mas sim o espírito da norma jurídica.

Com a evolução do Direito, passamos a ter como uma das maiores diretrizes interpretativas do sistema jurídico o princípio da função social do contrato. Esse princípio surge como fator limitador à aplicador dos princípios vigentes sob a égide do Código Civil de 1916, e, ao lado dos princípios da boa-fé objetiva e da equivalência material das obrigações complementa a tríade principiológica do sistema jurídico em vigor.

Com a evolução natural da sociedade, do conceito de consume desenfreado pode-se verificar, cada vez mais, a necessidade de fazer com que o Direito, cada vez mais pudesse acompanhar a evolução da sociedade, a fim de regular determinadas atividades e estipular certos limites.

Alguns estudiosos da História e da Economia afirmam que a história da humanidade é cíclica, ou seja, que todo período de grande crescimento é seguido por uma forte recessão e vice-versa. A filosofia do consumo excessivo contribuiu para muitas das recessões enfrentadas por diversas economias pelo mundo afora e foi exatamente na tentativa de conter, ou ao menos de minimizar, os efeitos devastadores desses tempos de

crise, que o Direito buscou, busca e continuará constantemente buscando regular determinadas atividades.

A linha jurídica adotada varia de acordo com a base em que se assenta o ordenamento jurídico de cada Estado, aqui entendido no sentido político da palavra. Sendo o objeto deste trabalho discutir uma das faces da relação entre Direito e Economia, considerando a realidade econômica da sociedade contemporânea brasileira, partiremos de alguns princípios consagrados em nossa Carta Magna, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil promulgada em 1988.

Atualmente, a sociedade vive um momento de constante crescimento econômico, o que motiva e é motivado pelo crescimento ascendente do consumo. O objeto do presente trabalho, conforme destacado inicialmente, é o de discutir a relação existente entre essas duas ciências – Direito e Economia – por meio da demonstração da instrumentalidade estabelecida pelo princípio da função social do contrato em relação ao instituto da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

É exatamente esse o ponto fulcral deste trabalho, elucubrar sobre a relação existente entre o crescente apelo ao consumo existente em nossa sociedade, e a forma como o Direito vem conseguindo controlar as consequências que esse consumo desenfreado pode causar.

O instituto da alienação fiduciária em garantia surge nesse cenário de um ascendente crescimento econômico no mercado imobiliário. A fim de evitar que sejam revividas amargas experiências passadas, relacionadas a construtoras e incorporadoras que se mostraram má gestoras de recursos, e ainda, determinado a garantir um crescimento de consumo responsável, o instituto da alienação fiduciária em garantia mostra-se um importante instrumento de garantia, aplicação e efetivação do princípio da função social do contrato.

I. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

I.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

O instituto jurídico do contrato existe há muito tempo na humanidade. Ao contrato, desde o seu surgimento até os tempos modernos, tem sido reconhecida a principal função de instrumento hábil a promover a circulação de riquezas ou valores na sociedade. Por meio dos pactos celebrados entre as pessoas, a qualquer título, o objetivo mediato ou imediato será o de fazer com que determinado valor juridicamente relevante e com valor econômico circule entre os membros da sociedade.

Em princípio, o contrato tinha essa como sua função principal e única, de forma que é do Direito Romano e dos princípios defendidos pela Revolução Francesa que o Código Civil de 1916 retirou sua base principiológica.

Do Direito Romano herdou-se a obrigatoriedade absoluta do contrato. Esse pensamento persiste com o idealismo da Revolução Francesa, que pregava por um Estado liberal ou não-intervencionista, de onde surgem pensamentos no sentido de que o Estado não poderia intervir nas relações entre particulares, aos quais deveria assistir a mais plena autonomia para decidir quando, com quem e o quê contratar.

Na vigência do diploma anterior, é possível afirmarmos que o direito contratual se alicerçava em uma base composta pelos seguintes princípios: (i) autonomia da vontade; (ii) força obrigatória dos contratos (ou *pacta sunt servanda*); (iii) consensualismo; (iv) relatividade dos efeitos do contrato; e (v) boa-fé subjetiva.

Sem prejuízo de outras conceituações mais específicas e aprofundadas, os princípios acima apontados podem ser sinteticamente definidos da seguinte forma¹:

- (i) Princípio da autonomia da vontade. Este princípio está ligado à liberdade de contratar, isto é, à capacidade reconhecida pela lei a cada parte de determinar se quer ou não contratar, com quem contratar e qual será objeto do pacto a

¹ Leia mais sobre o assunto em Mathias, Maria Ligia Coelho e Maria Helena M. B. Daneluzzi. *Direito Civil – Contratos*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2008. p. 10 e seguintes e Godoy, Luiz Claudio Bueno de. *Função Social do Contrato*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 13 e seguintes.

ser celebrado. Esse princípio refletia a realidade social de uma época em que o conceito de propriedade era considerado pelo Direito e pela sociedade como um conceito absoluto e oponível de forma irrestrita a todos os que a ele pretendessem se opor.

- (ii) Princípio da força obrigatória dos contratos (ou *pacta sunt servanda*). Este princípio reconhecia aos contratos uma força vinculante absoluta entre as partes contratantes. O instrumento contratual era reconhecido como uma lei de caráter privado e, em princípio, irretroatável, de observância obrigatória e compulsória pelas partes contratantes. Pelo princípio do *pacta sunt servanda* as partes contratantes acordavam, desde o início de suas negociações, de que o que fosse por elas ao final estabelecido representava plenamente sua vontade, e não haveria exceção ao seu cumprimento.
- (iii) Princípio do consensualismo. Pelo princípio do consensualismo temos uma das mais importantes características do contrato. O consensualismo determina que para que seja formado o vínculo obrigacional especialmente qualificado (ou seja, o contrato) entre as partes, basta, em regra, que estas manifestem de forma livre sua vontade. Essa regra, entretanto, não é absoluta, pois em algumas situações a lei exige uma formalidade especial para que o contrato seja considerado válido. Todavia, a formalidade especial é sempre acrescida à manifestação da vontade pelas partes contratantes, não afastando sua necessidade. É importante reforçar que o consensualismo tinha uma aplicabilidade limitada, pois entendia-se, via de regra, que o contrato sempre refletia a vontade livre e consciente das partes.
- (iv) Princípio da relatividade dos efeitos do contrato. De acordo com o sistema anteriormente em vigor, o contrato, até mesmo por ser reconhecido como uma lei de caráter privado que vinculava os contratantes de forma absoluta, produzia efeitos de forma limitada no que diz respeito às partes envolvidas em sua celebração. Ou seja, os efeitos derivados do contrato não poderiam atingir, prejudicando ou favorecendo terceiros que não fossem parte na avença, salvo estipulação legal em contrário, como ocorre nos casos da estipulação em favor de terceiros, nos contratos por terceiro e com pessoa a

declarar. Esse princípio não reconhecia os efeitos que o contrato produzia mediamente em relação à toda a sociedade. Sendo o contrato uma forma de circulação de riquezas, é natural que provoque efeitos que atinjam terceiros não diretamente envolvidos na avença.

- (v) Princípio da boa-fé subjetiva. Este princípio importava em uma análise subjetiva da vontade das partes, uma análise que recaía sobre a intenção das partes, de forma que, ao menos que restasse comprovada a má intenção de alguma das partes, não haveria lugar, em princípio, para a incidência da responsabilização civil da parte contratante que eventualmente tenha causado algum prejuízo à outra. Tratando-se de uma análise subjetiva, é importante reforçar que não se exigia das partes um comportamento dentro do que hoje podemos denominar “socialmente aceitável”. Em razão disso, a comprovação da má-intenção consistia tarefa árdua, gerando, seguramente, uma série de injustiças.

O paradigma do antigo diploma, baseado nos princípios acima expostos, foi sofrendo profundas modificações ao longo dos tempos, sendo possível afirmar que foi com o fim da Segunda Guerra Mundial que pudemos verificar a mais forte e intensa ruptura do sistema jurídico.

A partir desse acontecimento, surge uma nova ordem jurídica, pois a sociedade mundial passa a clamar por um direito que reconheça o ser humano como o bem a ser pelo direito tutelado, de forma ampla e absoluta. Essa nova ordem jurídica trouxe um novo paradigma que foi responsável por influenciar todos os ramos do direito, interno e internacional.

A partir desse momento entendemos que o paradigma dessa nova ordem jurídica passa a ser a dignidade da pessoa humana. O presente trabalho não tem o objetivo de discutir o alcance e o significado desse supra-princípio, como classificado por parte da doutrina, de forma que aqui a dignidade da pessoa humana é entendida como o novo paradigma que passou a influenciar toda a produção legislativa após o final da Segunda Guerra Mundial.

É nesse contexto que em 1988 foi promulgada a Constituição Cidadã, a qual em seu artigo 1º já preconiza:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.”

E a seguir, em seu artigo 3º:

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

Essa preocupação em garantir a proteção à pessoa humana, em seu sentido mais amplo, veio e vem provocando alterações na legislação infraconstitucional, no sentido de fazer com que o sistema jurídico brasileiro seja dotado de coerência em seus mais diversos níveis.

Antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor, o qual serviu como fonte inspiradora na elaboração do Novo Código Civil, o projeto de lei discutindo a reforma do Código Civil de 1916 já havia se iniciado. Após longos anos de discussão, em 2002 foi promulgada Lei nº 10.406 que instituiu o Novo Código Civil.

Esse diploma refletiu de forma expressa a mudança de paradigma mencionada, bem como acabou por incorporar institutos já aplicados de forma solidificada pela jurisprudência, fazendo com que a base principiológica que regia o direito contratual fosse relativizada, dando lugar a outros valores e princípios.

As disposições do Novo Código Civil, genericamente consideradas, se assentam em três princípios cardeais, quais sejam, a operabilidade (art. 4º; LICC), a eticidade (art. 5º;

LICC) e a socialidade (art. 5º; LICC) (também denominada por alguns como solidariedade).

Objetivamente, esses princípios cardeais podem ser conceituados da seguinte forma²:

- (i) Operabilidade. A operabilidade visa a superação de divergências teóricas e formais, de maneira que seja possível conferir aos institutos do direito capacidade de serem imediatamente executados, independentemente de qualquer complementação doutrinária ou jurisprudencial. O atual sistema vem sendo construído com base em normas de conteúdo indeterminado, com a finalidade de permitir uma maior adequação entre o direito e a realidade social. Entretanto, eventuais divergências formais em relação a determinados institutos não pode tolher-lhes sua aplicabilidade. É nesse sentido que se manifesta esse princípio, de forma a impedir que determinado instituto perca sua aplicabilidade em decorrência de discussões meramente formais.
- (ii) Eticidade. Esse princípio é considerado por parte da doutrina como o mais importante dos princípios cardeais, enquanto que por outros é visto como previsão desnecessária, uma vez que a eticidade é um dever moral e não jurídico, devendo ser observado naturalmente pela sociedade, independentemente de determinação legal nesse sentido. Tem a finalidade de demonstrar que nem tudo se pode resolver por meio de preceitos normativos expressos, sendo necessário superar-se o dogmatismo cerrado e abrir o sistema à interferência de critérios éticos, como a equidade, a justa causa e, particularmente, à boa-fé objetiva. É em razão desse princípio que hoje podemos afirmar que se espera das pessoas uma atitude dentro do conceito de “socialmente aceitável”. Esse é o primeiro filtro das condutas sociais, e se estende às condutas juridicamente reguladas.
- (iii) Sociabilidade. O princípio da sociabilidade reflete a busca da sociedade de retirar a lei civil do individualismo típico do modelo liberal sob cuja influência se elaborou o Código Civil de 1916, inserindo-a em novo

² Leia mais sobre o tema em Mathias, Maria Lígia Coelho e Maria Helena M. B. Daneluzzi. *Direito Civil – Contratos*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2008. p. 12 e seguintes.

paradigma de prestígio aos valores sociais, tendo-se como valor fundamental a dignidade da pessoa humana. É nesse sentido que se reconheceu que os atos individuais provocam efeitos na esfera de direitos de terceiros alheios a esses atos. Em última instância, reconhece-se atualmente, de forma pacífica, que os atos individuais nada mais são do que parte de um grande conjunto denominado sociedade.

Os princípios cardeais acima mencionados, aplicados de forma indistinta a todas as matérias reguladas pelo Código Civil em vigor, deram origem ao que a doutrina denomina de princípios sociais. Nesse ponto, é válido destacar que, em que pese a existência de posicionamento em sentido contrário na doutrina, os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos, do consensualismo, da relatividade dos efeitos do contrato e da boa-fé subjetiva persistem no sistema trazido pelo Novo Código, entretanto, o alcance de cada um deles acabou por ser relativizado pelos “princípios sociais”.

Os princípios sociais vigentes em nosso ordenamento jurídico são: (i) função social do contrato (arts. 421 e 2035, parágrafo único; CC); (ii) boa-fé objetiva e probidade (art. 422; CC) ; (iii) equivalência material das obrigações (arts. 478 a 480; CC).

É possível concluir que, enquanto a eticidade é a base do princípio da boa-fé objetiva, a sociabilidade é a base do princípio da função social do contrato, sendo o princípio da equivalência material das obrigações uma decorrência natural da aplicação dos outros dois princípios sociais que, ao seu lado, compõem a base principiológica da lei civil em vigor.

Sem prejuízo de uma breve e objetiva análise dos demais princípios que compõem e/ou complementam a base principiológica do ordenamento jurídico em vigor, cabe a este trabalho discutir, essencialmente o princípio da função social do contrato.

É no contexto de evolução descrito até o momento que o princípio da função social acaba por ganhar relevância, pois, considerando a necessidade de garantir que os direitos de cada um sejam exercidos até o limite dos direitos dos demais, o princípio da função social do contrato interfere de forma construtiva nas relações privadas.

A função social do contrato deriva do princípio constitucional da função social. Originalmente previsto para reger o uso e divisão da terra, o conceito de função social evoluiu ao se perceber que os contratos, como instrumentos que refletem a manifestação livre e consciente da vontade devem, da mesma forma, ter limites claramente definidos, a fim de que seja possível garantir o respeito à liberdade e aos direitos fundamentais, não somente das partes envolvidas na celebração desses negócios jurídicos, mas inclusive de toda a sociedade atingida reflexamente pelos atos praticados por terceiros.

Desde os mais remotos tempos os homens procuram se organizar em sociedade, pois como já estudado e concluído por grandes filósofos, o homem é um ser social, destinado a viver em sociedade.

O termo “sociedade”, que tem origem no latim, “*societas*”, pode ser traduzido na ideia de “associação amistosa com outros”. Ocorre, todavia, que para que exista uma mínima organização em uma sociedade, é necessário estipular-se regras.

As regras estão presentes nas mais tenras memórias da humanidade. Já na Bíblia podemos verificar que Deus havia determinado uma única regra a suas primárias criaturas, qual seja, não degustarem do fruto proibido.

Com a evolução da sociedade, do conhecimento e das ciências, surgiu naturalmente o conceito de economia, já nos primórdios com as permutas de mercadorias. As pessoas precisavam de mais do que podiam cultivar ou criar, de forma que trocavam suas produções entre si para que lhe fosse possível garantir sua própria subsistência.

A Economia passou a ser um conceito incorporado na vida em sociedade. Um dos mais antigos ofícios reconhecidos pela humanidade era o exercido pelos comerciantes, que viajavam entre as terras conhecidas em busca de mercadorias locais, e atuavam com base na troca, garantindo a disseminação de cultura e conhecimento pelo mundo.

A evolução natural fez com que, nas sociedades mais modernas surgisse o conceito de consumo intrinsecamente ligado ao de status. Dessa forma, quanto mais hábil ao consumo uma pessoa se encontrava, maior era reconhecido seu status na sociedade.

Essa relação estudada pela filosofia, pela psicologia e porque não dizer, criticada por muitas crenças religiosas, é a base do presente trabalho.

A busca desenfreada pelo “ter” provocou problemas ao longo do mundo, isso porque, como ocorre em praticamente todos os ramos estudados e disciplinados pelo Direito, o comportamento da sociedade evoluiu de forma infinitamente mais rápida do que as regras definidas para conterem eventuais excessos.

Em continuidade à já mencionada nova tendência de interpretação do sistema jurídico, os princípios ganham cada vez mais relevância, pois são eles os responsáveis por definir o norte que a arte da interpretação das normas deverá seguir. Interpretar uma norma nada mais é do que definir seu sentido e alcance. É nesse momento que os princípios basilares do Direito se revelam de fundamental importância, já que serão eles que irão conduzir o caminho que deverá ser seguido a fim de que o resultado da aplicação da norma atenda à finalidade desejada.

A relação estabelecida entre partes determinadas e capazes deixa de interessar exclusivamente a esse universo e passa a ser considerada como de interesse de toda a sociedade. Isso porque, em que pese os interesses primários envolvidos nas relações privadas, essas relações produzem reflexos que serão secundária ou indiretamente suportados por toda a sociedade.

Passemos, então, a uma breve análise do impacto dessa nova visão do ordenamento jurídico em vigor, o qual encontra fundamento nos denominados “princípios sociais”.

I.2. LIMITAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O princípio da autonomia da vontade consistia na plena liberdade de contratar, mas mais do que isso, na plena liberdade contratual. Liberdade de contratar pode ser entendida como a capacidade reconhecida pela lei às pessoas para decidirem se querem ou não contratar, bem como determinar com quem contratar e o quê contratar.

A liberdade contratual também pode ser interpretada, de forma complementar ao quanto disposto acima, como a liberdade das partes de discutir de forma plena as cláusulas contratuais.

O princípio da autonomia da vontade representa uma liberdade que se desdobra em 4 vertentes principais: liberdade de contratar; liberdade de quando contratar, liberdade de com quem contratar e liberdade do quê contratar.

O princípio da autonomia da vontade, em sua vertente “liberdade de contratar” sempre irá existir, isso porque sempre que a lei reconhecer a capacidade civil a alguém, em princípio este poderá contratar.

Entretanto, é importante destacar o surgimento crescente de limitações ao direito de contratar em cada um dos seus aspectos. Senão vejamos³:

- (i) Liberdade de quando contratar. A atual vida em sociedade acaba por impor às pessoas determinadas contratações, como por exemplo, a contratação de transporte, de compra de alimentos, de fornecimento de energia elétrica e demais serviços públicos, etc. Essa limitação pode ser exemplificada em duas situações:
 - a) A necessidade da celebração do seguro obrigatório, como condição para o licenciamento de um veículo;
 - b) A imposição constante no art. 39, III; CDC, o qual determina que o fornecedor de produtos ou serviços não pode recusar atendimento às demandas dos consumidores, nas medidas de suas disponibilidades de estoque, e em conformidade com os usos e costumes do local.

- (ii) Liberdade de escolha do outro contratante. Essa liberdade é efetivamente mitigada no caso dos contratos que envolvem a prestação de serviços públicos, uma vez que, em sua maioria, estes são prestados em regime de

³ Leia mais sobre o tema em Godoy, Luiz Claudio Bueno de. *Função Social do Contrato*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 15 e seguintes.

monopólio ou de exclusividade, de forma que não existe liberdade ao particular de escolher o prestador do serviço.

- (iii) Liberdade do quê contratar ou de determinar o conteúdo do contrato. Os princípios sociais, função social do contrato, boa-fé objetiva e equivalência material das obrigações, são os responsáveis pela mitigação desse aspecto da liberdade de contratar, pois de acordo com o caso concreto, poderão limitar a contratação em razão de seu objeto, ou até mesmo impedi-la.

Filiaremos-nos à doutrina que entende haver diferenças entre as expressões “liberdade de contratar” e “liberdade contratual”, com base, inclusive, no texto do projeto de lei nº 6.960/2002 (arquivado), que propunha fosse alterada a redação do art. 421; CC a fim de que fosse substituída a expressão “liberdade de contratar” por “liberdade contratual” e suprimida a expressão “em razão de”.

Considerando o acima exposto, podemos afirmar que a “liberdade contratual” encontra-se prevista no art. 421; CC, segundo o qual “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites e em razão da função social do contrato*”.

É o princípio da autonomia da vontade que, também, dá fundamento para a celebração de contratos atípicos, conforme preceituado pelo art. 425: “*É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código*”.

Conforme o entendimento de Maria Ligia C. Martins e Maria Helena M. B. Daneluzzi:

“O art. 421 do Código Civil é um princípio geral de direito, ou seja, uma norma que contém uma cláusula geral dirigido à satisfação de interesses sociais, não eliminando a autonomia contratual, mas atenuando seu alcance. Assim, o princípio da autonomia da vontade permanece limitado pelo princípio da função social do contrato, dando lugar a uma nova nomenclatura, não diríamos a um novo princípio. (...) A autonomia da vontade é explicada sob novos paradigmas, com base do

*que hoje se chama autonomia privada. No dizer de Claudio Luiz Bueno de Godoy (Função Social do Contrato, Saraiva, 2004, p.18) o princípio da autonomia privada não significa a perda da autonomia da vontade, e sim resultado da publicização do direito dentro de um modelo de Estado Social adotado pela Constituição Federal, dando nova compreensão ao direito privado em perfeito diálogo entre as esferas pública e privada”.*⁴

Em suma, o mais importante a se concluir é que a autonomia da vontade, atualmente denominada autonomia privada, continua a existir em nosso ordenamento, entretanto, não de forma plena como outrora já se pode verificar, mas relativizada pelos princípios sociais, essencialmente pelo princípio da função social do contrato.

Para concluir este item gostaríamos de citar a lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy:

*“A bem dizer, trata-se, ao revés, de recompreender o direito privado, à luz de um novo modelo jurídico, em que, a um só tempo, não só se garanta liberdade de atuação, que é, em última análise, uma forma de expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana, aspecto positivo da dignidade, no Brasil elevada a fundamento da República (art. 1º, III; CF), mas também se entenda o papel de um Estado do qual se reclama o efetivo cumprimento de uma tarefa distributiva, assecuratória do bem-estar social”.*⁵

⁴ Mathias, Maria Ligia Coelho e Maria Helena M. B. Daneluzzi. *Direito Civil – Contratos*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2008. p. 13.

⁵ Godoy, Luiz Claudio Bueno de. *Função Social do Contrato*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19.

I.3. COMPLEMENTAÇÃO AO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL (JUSTIÇA CONTRATUAL).

O princípio da força obrigatória dos contratos, de acordo com as regras vigentes antes da entrada em vigor do Novo Código Civil, possuía a finalidade essencial de garantir aplicabilidade ao princípio da autonomia da vontade, na medida em que, ao se reconhecer a plena liberdade de contratar, passava a ser indispensável atribuir-se aos pactos celebrados força obrigatória, penalizando aquele que se recusasse ao seu cumprimento. Caso contrário, o adimplemento das avenças ficaria sempre ao livre e exclusivo critério do devedor, o que não se poderia admitir.

De acordo com nosso entendimento, a força obrigatória transmite a ideia de irreversibilidade do pacto celebrado, não admitindo, de acordo com as diretrizes do Código Civil de 1916 nenhuma interferência judicial com fundamento em eventual inobservância do princípio da equidade.

O princípio da força obrigatório dos contratos se assenta em dois fundamentos básicos: (i) a necessidade de se conferir segurança aos negócios celebrados, por meio da imposição de penalidades à parte contratante que se recusasse a cumprir com suas obrigações; e (ii) o reconhecimento da imutabilidade dos contratos.

A única limitação a esse princípio, dentro de uma concepção clássica já superada, era a escusa por caso fortuito ou força maior. Todavia, a evolução dos acontecimentos sociais, essencialmente após a Segunda Guerra Mundial, trouxe uma mudança de orientação, passando então a se admitir, em caráter excepcional, a intervenção judicial no conteúdo de certos contratos, provocando uma limitação no alcance do princípio da força obrigatória dos contratos.

Conforme preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

“A suavização do princípio da obrigatoriedade, no entanto, como observa, Mônica Bierwagen, não significa o seu desaparecimento. Continua sendo imprescindível que haja segurança nas relações jurídicas criadas pelo

*contrato, tanto que o Código Civil, ao afirmar que o seu descumprimento acarretará ao inadimplente a responsabilidade não só pelas perdas e danos, mas também por juros, atualização monetária e honorários advocatícios (art. 389; CC), consagra tal princípio, ainda que implicitamente. O que não se tolera mais é a obrigatoriedade quando as partes se encontram em patamares diversos e dessa disparidade ocorra proveito injustificado”.*⁶

Mais uma vez, da mesma forma como descrito em relação ao princípio da autonomia privada, podemos verificar que os princípios sociais provocaram uma releitura do princípio da força obrigatória dos contratos, autorizando a intervenção judicial para que seja mantido, durante toda a execução do contrato, um equilíbrio material entre as obrigações assumidas pelas partes. Em outras palavras, os princípios sociais (boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio material das obrigações) possibilitam à autoridade judicial a intervir no quanto definido entre as partes, ajustando as obrigações antes livremente pactuadas e absolutamente válidas, a termos mais equilibrados, a fim de garantir a igualdade material entre as partes. Nesse momento é importante fazer menção a um importante princípio do direito contratual, qual seja, o princípio da conservação dos contratos.

Previsto de forma pioneira no Código de Defesa do Consumidor (arts. 6º, V e 51, § 2º), o princípio da conservação dos contratos determina que o contrato deverá ser mantido, mesmo diante de eventual nulidade de cláusulas não essenciais ou no caso de necessidade de intervenção judicial para promoção do reequilíbrio contratual. Esse princípio também deve sofrer uma releitura, de forma que ele seja sempre interpretado em conformidade e em atendimento às regras do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Podemos destacar que a evolução contratual se mostra em diversos aspectos, inclusive fora das regras de direito material trazidas pelo Novo Código Civil, dentre os quais podemos citar a incorporação, na legislação processual civil, da possibilidade de o Juiz

⁶ Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – v. III: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 29.

fixar multa diária (“*astreinte*”) quando o devedor se recusar a adimplir com sua obrigação.

Esse instituto ganha maior relevância ao tratarmos de obrigações personalíssimas ou “*intuito personae*”, uma vez que a condenação em perdas e danos imposta à parte inadimplente estaria em desacordo com a função social do contrato e com o princípio constitucional do acesso à justiça. Isso porque, para aquele que contrata a execução de um retrato com pintor de renome, não interessa reaver o que pagou ou ser indenizado em pecúnia, nem tampouco lhe será satisfatório que o retrato seja executado por terceiro, dessa forma, o princípio da força obrigatória dos contratos, aliado aos princípios da função social e do pleno acesso à justiça, no caso de inadimplemento contratual de obrigação personalíssima, permitem a imposição ao inadimplente de multa diária até que a obrigação seja assumida.

Dessa forma, estará plenamente garantido o acesso à justiça àquele que sofreria de forma praticamente irreparável com o inadimplemento contratual pelo devedor, bem como atendido os princípios da função social do contrato e da conservação, em verdadeira aplicação do princípio da força obrigatória dos contratos.

Tendo em vista que o contrato, antes de ser considerado uma forma de circulação de riquezas, é instrumento da promoção da dignidade da pessoa humana e do solidarismo social é necessário que existam mecanismos que procurem garantir sua máxima eficácia. Dessa forma, podemos concluir que, em sendo observados os limites impostos pelos princípios sociais, o contrato permanece sujeito ao princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*).

O princípio do equilíbrio contratual relativizou o princípio, antes absoluto, da obrigatoriedade dos contratos, de forma a garantir-se seja alcançada, em seu mais amplo sentido, a justiça contratual. Este capítulo trata exatamente de um desses limites.

As obrigações definidas pelas partes contratantes nos acordos particulares entre elas celebrados devem observar uma relação de equilíbrio. Em não havendo um real equilíbrio entre as obrigações estabelecidas livremente pelas partes, a relação, mesmo

que em princípio particular, deixa de interessar exclusivamente às partes contratantes, autorizando, portanto, o Poder Judiciário a intervir nessa relação e ajustar seu equilíbrio.

Esse pensamento demonstra fortemente a preocupação em fazer com que o direito sirva de instrumento para garantir a realização da paz social. A convivência harmônica da sociedade somente é possível se todos entenderem e respeitarem os direitos de cada um quando do exercício de seus próprios direitos. Nesse sentido, a lei não pode simplesmente ignorar eventuais abusos e desrespeitos sob a alegação de que se tratam de acordos particulares, firmados livremente entre pessoas capazes.

Isso porque as relações particulares influenciam, ao menos indiretamente, o bom desenvolvimento da vida em sociedade. Portanto, a melhor forma de garantir que os impactos dessas relações particulares sejam sempre positivos, é conferir ao Direito instrumentos capazes de regular essas relações, a fim de que possam ser corrigidos eventuais abusos ou exageros.

Nas palavras de Claudio Luiz Bueno Godoy:

“Em diversos termos, por conta da falta de equidade das relações ou de pretendidas injustiças nas contratações, não cabia ao juiz interferir e alterar o que as próprias partes, porque dotadas da mesma liberdade de contratar, haviam deliberado sobre seus interesses. Afinal, ninguém melhor que elas próprias para avaliar o justo em suas relações.”⁷

O princípio do equilíbrio contratual relaciona-se intrinsecamente aos conceitos de cooperação e de justiça. Em que pese não seja o objetivo deste trabalho discutir o conceito de “justiça”, cabe fazermos uma breve menção a alguns pensamentos de talvez um dos maiores filósofos da humanidade Aristóteles, conforme estudo apresentado por Hans Kelsen em sua obra “*O que é Justiça*”.

⁷ Godoy, Luiz Claudio Bueno de. *Função Social do Contrato*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31.

Para Aristóteles, na visão de Kelsen, a justiça é a principal das virtudes, a virtude perfeita dentre as virtudes humanas. A justiça na visão de Aristóteles é um meio entre dois extremos, o extremo do excesso e da deficiência. Sem nos prolongarmos muito na discussão filosófica sobre o conceito de justiça, vale citar um trecho da obra de Kelsen que consolida o pensamento de Aristóteles sobre o conceito de “justiça particular”:

“Da justiça particular, que consiste na igualdade, existem também dois tipos: a justiça distributiva e a corretiva. A justiça distributiva ‘é exercida na distribuição da honra, da riqueza e dos outros bens divisíveis da comunidade que podem ser distribuídos entre os seus membros em quotas iguais ou desiguais’ pelo legislador. A justiça corretiva é ‘aquela que fornece um princípio corretivo nas transações privadas [...] aquelas que são voluntárias e aquelas que são involuntárias’. A justiça corretiva é exercida pelo juiz ao solucionar disputas e infligir punições a delinquentes. O princípio da justiça distributiva é a igualdade proporcional.”⁸

A citação acima demonstra a existência de uma forte relação entre o conceito de justiça e o equilíbrio entre as obrigações estipuladas entre as partes em um contrato. Podemos depreender das palavras tão atuais de Aristóteles, que cabe às partes a observância do princípio da justiça distributiva quando da celebração de um contrato. Em não sendo este princípio observado pelas partes, poderá o juiz, sob a luz do princípio da justiça corretiva, atuar na solução de eventuais disputas, buscando o verdadeiro equilíbrio.

Por fim, para encerrarmos o presente capítulo, cabe falar da relação entre o princípio do equilíbrio contratual e o conceito de cooperação (aqui traduzida na ideia de que as pessoas que convivem em sociedade têm um dever implícito de colaborarem entre si para que os pactos entre elas celebrados estejam de acordo com as diretrizes do atual sistema normativo).

⁸ Kelsen, Hans. *O que é Justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 125.

Os mega princípios da dignidade da pessoa humana e do solidarismo trouxeram um novo padrão de comportamento social. E é com base nesse novo paradigma que o Direito deve regular a relação privada.

As partes capazes são livres para definirem os termos de seus acordos, mas suas ações sempre devem estar pautadas pela ideia de cooperação. O princípio do equilíbrio contratual, além de determinar que as partes cooperem entre si, ao estabelecer obrigações equivalentes, garante que as partes contratantes acabem por atuar de forma colaborativa com toda a sociedade.

Atualmente, e para o presente trabalho, entendemos que a evolução da sociedade e o crescimento econômico dependem, cada vez mais, desse tipo de comportamento das pessoas responsáveis por elaborarem e executarem os instrumentos que viabilizarão a execução desse crescimento.

I.4. RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.

A boa-fé de que tratava o Código Civil de 1916 era a boa-fé subjetiva, a qual deve ser entendida como um estado psicológico, um estado pessoal de ignorância da antijuridicidade ou do potencial ofensivo de determinada situação jurídica.

Entretanto, em decorrência do princípio cardinal da eticidade no qual se encontra assentado o Novo Código Civil, podemos afirmar ter havido uma verdadeira eticização das relações jurídicas, o que provocou uma expansão do princípio da boa-fé em seu aspecto objetivo.

A boa-fé objetiva, por sua vez, representa um *standard*, um padrão de comportamento leal e de colaboração que se espera dos contratantes, relacionando-se intimamente com o aspecto externo da função social do contrato e com a ideia de justiça contratual.

O princípio da boa-fé objetiva exige que as partes se comportem de forma leal e colaborativa não só durante as tratativas, mas também na formação, execução e após a

extinção do contrato. Esse é a conclusão dos estudos proferidos nas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, abaixo indicados:

Enunciado 25 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.

Enunciado 170 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

E, ainda, em conformidade com o que dispõe o artigo 422; CC: “Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Nesse ponto, o mais importante é deixar claro que os conceitos de boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva não se confundem. A boa-fé subjetiva reflete a consciência que alguém possui em relação a sua conduta, ou seja, alguém pode estar agindo de boa-fé, mas sua atuação pode não ser aceita dessa forma pela sociedade. Esse é a importância da boa-fé objetiva, a qual leva em consideração não a intenção particular do indivíduo, mas sim, a percepção da sociedade sobre determinadas ações individuais. A boa-fé objetiva se traduz em um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela legítima da expectativa a ser estabelecida entre os contratantes.

É por isso que se pode afirmar que em que pese alguém esteja agindo de boa-fé (subjetiva), seu comportamento pode estar em desacordo com o critério social de boa-fé objetiva.

Dá dizer-se que pode alguém estar agindo *de* boa-fé (subjetiva), mas não *segundo* a boa-fé (objetiva)⁹. Sendo assim, podemos afirmar que o princípio da boa-fé objetiva pode ser traduzido em um dever recíproco de lealdade, probidade e confiança, que deve nortear qualquer relação jurídica.

O princípio da boa-fé objetiva possui uma tríplice função, quais sejam: (i) função de interpretação; (ii) função de controle; e (iii) função de integração¹⁰.

- (i) Função de interpretação. Os contratos devem ser interpretados de acordo com esse dever recíproco de lealdade e confiança inerente ao princípio da boa-fé objetiva. A função de interpretação do princípio da boa-fé objetiva encontra-se positivado no art. 113; CC: “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”.
- (ii) Função de controle. A violação de qualquer dos aspectos de observância obrigatória em decorrência da boa-fé objetiva implica no cometimento de um abuso de direito, gerando a responsabilidade objetiva a ser imposta ao causador do dano. É o que disciplina o art. 187, ao dispor que “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.
- (iii) Função de integração. Essa função é entendida no sentido de que o comportamento inerente à boa-fé objetiva deve ser observado em todas as fases contratuais, incluindo a pré e a pós-contratual (art. 422; CC).

Cada uma das funções do princípio da função social possui seu papel relevante, entretanto, a função interpretativa pode, em alguns momentos, ser vista com uma relevância levemente acentuada. Lembre-se que interpretar é determinar o sentido e o alcance da norma jurídica, nesse caso. Especificamente no caso de interpretar-se um negócio jurídico, mas do que buscar determinar o sentido e o alcance da vontade das partes envolvidas caberá ao princípio da boa-fé objetiva determinar as diretrizes a serem

⁹ Godoy, Luiz Claudio Bueno de. *Função Social do Contrato*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 73.

¹⁰ Leia mais sobre o tema em Godoy, Luiz Claudio Bueno de. Ob cit. p. 76 e seguintes.

seguidas para que se possa concluir qual o verdadeiro sentido e função do negócio jurídico.

O princípio da boa-fé objetiva, juntamente com o da justiça contratual e o da função social, tem como finalidade principal garantir a efetivação da dignidade da pessoa humana, e sempre será considerando esse paradigma, que ele deverá ser estudado e aplicado.

É o princípio da boa-fé objetiva que faz com que sempre exista uma expectativa em relação às partes contratantes, de que atuem em conformidade com um comportamento socialmente aceitável. O princípio da boa-fé objetiva¹¹, com o intuito de proteger os interesses daqueles que são atingidos reflexamente pelas negociações particulares articuladas por terceiros, exige que estes atuem dentro de certos limites.

Os limites não são expressos na norma jurídica, mas sim definidos pela própria ordem social. Isso porque, se o princípio da boa-fé social pretendesse positivar condutas entendidas como socialmente aceitáveis, considerando que fosse possível compilar tais condutas em um texto normativo, em menos de 1 mês seria possível verificarmos que tal rol de condutas encontrar-se-ia desatualizado.

É exatamente por isso que podemos afirmar, conforme mencionado no início deste capítulo, que o princípio da boa-fé objetiva representa, na verdade, um *standart* de comportamento.

Esse *standard* ou padrão comportamental varia de acordo com o contexto social, o qual leva em consideração diversos fatores externos, tais como faixa etária, classe social e, logicamente, o momento histórico em que ocorrer o fato em questão. É nesse sentido que o novo sistema adotado pelo Código Civil em vigor ganha tamanha importância. A utilização de normas com sentido aberto faz com que seja possível ao conceito de boa-fé objetiva sobreviver ao longo dos anos, garantindo a atualidade das normas jurídicas civis em vigor.

¹¹ De acordo com o entendimento de Claudio Luiz Bueno de Godoy, em sua obra *Função Social do Contrato*, “a boa-fé objetiva é um *standard*, um padrão de comportamento reto, leal, veraz, de colaboração mesmo, que se espera dos contratantes”. Ob cit., pag. 72.

I.5. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sem prejuízo dos comentários acima efetuados em relação ao princípio da função social, faz-se indispensável a redação de alguns comentários relacionados especificamente a este, que pode ser entendido como o mais importante dos princípios sociais em vigor.

Sem prejuízo de entendimento em sentido diverso, de acordo com Claudio Luiz B. de Godoy:

“Pode-se perfeitamente dizer que a função social do contrato seja, ao mesmo tempo, tal como redigida no novo Código Civil, uma cláusula geral – do tipo restritivo (no caso da liberdade contratual) e regulativo (integrando o próprio conceito de contrato), como observa Judith Martins-Costa, especificamente a respeito da função social, valendo-se a propósito da tipologia das cláusulas gerais elaborada por Menezes Cordeiro – e também um princípio.”¹²

A função social implica em uma adequação ao conceito clássico atribuído aos contratos, originariamente individualista e voluntarista, que acabou cedendo lugar a um novo modelo deste instituto jurídico, o qual se volta a obsequiar os valores e princípios constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da pessoa humana.

Em relação especificamente à função social do contrato, uma das disposições mais importantes contidas no Código Civil encontra-se preceituada no parágrafo único do art. 2.035, segundo o qual, “*nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*” (grifo nosso).

¹² Godoy, Luiz Claudio Bueno de. *Função Social do Contrato*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111/112.

O princípio da função social vale dizer, possui, na verdade, dois conteúdos distintos. De acordo com o mencionado por Claudio Luiz Bueno Godoy, a função social do contrato possui um conteúdo genérico “*intra partes*” (interna) e um conteúdo genérico “*ultra partes*” (também denominada eficácia social).

De maneira bem simplista, podemos dizer que a função social interna se manifesta na colaboração que deve existir entre as partes contratantes, o que se relaciona diretamente à ideia de “Justiça Contratual” e de “solidarismo”. Dessa forma, temos que o contrato deverá sempre visar à preservação da igualdade substancial das partes, garantindo que as contratações sejam justas e, mais, marcadas pelo padrão e exigência de colaboração entre os contratantes, assim socialmente úteis, estipulando contraprestações equivalentes e uma equitativa distribuição dos ônus e riscos contratuais entre as partes.

É nesse ponto que vemos a intrínseca relação existente entre a função social do contrato e o princípio da equivalência material ou justiça contratual, acima mencionado. A função social sob sua ótica interna recai, essencialmente, sobre o objeto do contrato. A ótica interna ganhará importância na execução do contrato, bem como na fase pós contratual, pois somente ao ser compelida a entregar a contraprestação acordada a parte contratante terá a mais completa visibilidade sobre a relação estabelecida.

No que diz respeito à eficácia social do contrato, ou ainda, na função social externa do contrato, é possível afirmar que um campo em que se verifica de forma mais evidente esse fenômeno é o das relações de massa, especificamente, as relações consumeristas. Nesses casos, frequentemente os ajustes atingem terceiros não consumidores diretos do produto ou serviço, da mesma forma que afetam quem não é o fornecedor, ao menos direto.

Esse é um dos maiores pontos de convergência provocados pelo princípio da função social do contrato entre Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

A eficácia social encontra-se prevista, ainda, no disposto no artigo 608; CC, segundo o qual: “*aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 2 (dois) anos*”.

Fica evidenciada, neste caso, a obrigação imposta a um terceiro que não faz parte do contrato celebrado entre o prestador de serviços e seu contratante original.

A eficácia social gera impactos na relatividade dos efeitos do contrato, uma vez que possibilita que o contrato atinja, beneficiando ou prejudicando, terceiros estranhos ao pacto contratual originalmente celebrado.¹³

Na *Jornada de Direito Civil*, realizada no STJ de 11 a 13 de setembro de 2002, concluiu-se que a função social do contrato constitui-se em cláusula geral que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito

Especificamente no que diz respeito à função social do contrato no Código de Defesa do Consumidor, em complementação ao quanto descrito relativamente à função social externa do contrato, podemos afirmar que esse princípio condiz com as diretrizes básicas e gerais desse ordenamento.

O CDC surgiu frente à ineficiência do Código Civil de 1916 em lidar com as situações tipicamente de massa. Nesse momento, é importante mencionar os ensinamentos de Rizzato Nunes:

“[...] para interpretar adequadamente o CDC, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado, o que faz com que se deva privilegiar o coletivo e o difuso, bem como que se leve em consideração que as relações jurídicas são fixadas de antemão e unilateralmente por uma das partes – o fornecedor –, vinculando de uma só vez milhares de consumidores. Há um claro rompimento com o direito privado tradicional.”

¹³ Na *Jornada de Direito Civil*, realizada no STJ de 11 a 13 de setembro de 2002, concluiu-se que a função social do contrato constitui-se em cláusula geral que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

O Código Civil de 2002 revela essa tendência ao atenuar o direito privado, que deixa de ser puramente individualista para considerar que em certas relações jurídicas as partes não estão em pé de igualdade, criando mecanismos de proteção aos direitos destas, como as hipóteses de responsabilidade objetiva, por exemplo.”

Aqui percebe-se a clara relação e correspondência existente entre o sistema civilista e o consumerista. Podemos afirmar sem dúvidas que, embora a redação do novo Código Civil teve início antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a principiologia de ambos os diplomas tem a mesma fonte. Uma fonte baseada nos princípios da boa-fé objetiva, da equivalência material das obrigações e essencialmente, na função social dos contratos.

Lembremos que o objetivo do presente trabalho é discutir a relação entre o princípio da função social do contrato e o contrato de alienação fiduciária em garantia, o qual possui extrema relevância ao analisarmos o sistema consumerista. Isso porque esse tipo de instrumento contratual será, efetivamente, sempre responsável por criar uma relação de consumo.

Em que pese a finalidade deste trabalho ser a discussão da relação da função social do contrato de alienação fiduciária em garantia sob outro enfoque, como poderemos verificar nos capítulos seguintes, é importante determinar que a função social do contrato é um princípio que ganha ainda mais relevância quando estamos diante de relações consumeristas.

II – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.

II.1. DA FIDÚCIA.

Nas palavras de Melhim Namen Chalhub:

“a fidúcia encerra a ideia de uma convenção pela qual uma das partes, o fiduciário, recebendo de outra (fiduciante) a propriedade de um bem, assume a obrigação de dar-lhe determinada destinação e, em regra de restitui-lo uma vez alcançado o objetivo enunciado na convenção. A fidúcia, como garantia, exerce função correspondente às garantias reais, em geral, sendo, porém, dotada de mais eficácia, pois, enquanto nos contratos de garantia em geral (por exemplo, a hipoteca e a caução) o devedor grava um bem ou direito para garantia, mas conserva sua propriedade ou titularidade, na fidúcia, diferentemente, o devedor efetivamente transmite ao credor a propriedade ou a titularidade do bem ou direito, que, então, permanecerá como propriedade fiduciária do credor até que seja satisfeito o crédito.”¹⁴

Essa ideia moderna de fidúcia remonta ao entendimento romano sobre referido instituto. No direito romano a fidúcia estava relacionada à venda fictícia, ou provisória, de forma que havia a transferência da propriedade de forma resolúvel, por meio do alcance de determinado objetivo pactuado entre as partes.

A alienação fiduciária em garantia conforme concebida pela legislação que lhe deu origem reflete o conceito trazido pelas institutas de Gaio, ao se referir à denominada “*fiducia cum creditore*”, a qual possuía

¹⁴ Chalhub, Namem Melhim. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 11.

“conteúdo assecuratório, destinando-se a garantir o credor; nessa modalidade, o devedor vendia o bem ao credor sob a condições de recuperá-lo se, dentro do prazo convencionado, resgatasse a dívida.”¹⁵

Na definição de José Carlos Moreira Alves, citado por Melhim Namen Chalhuh:

“é a fidúcia o contrato pelo qual alguém (o fiduciário) recebe de outrem (o fiduciante) a propriedade de uma coisa infungível, mediante a mancipatio ou a in jure cessio, obrigando-se, de acordo com o estabelecido nem pactum oposto ao ato de entrega, a restituí-la ao fiduciante, ou a dar-lhe determinada destinação. Trata-se de contrato real, bilateral, imperfeito, de boa-fé.”¹⁶

É importante destacar que na fidúcia, a responsabilidade do fiduciário em restituir a coisa ao fiduciante estava sujeita, meramente a uma ação pessoal, de forma que o fiduciante acabava por assumir o risco da solvência do fiduciário. Sendo assim, é possível afirmar que o instituto da fidúcia como previsto no direito romano possuía como base a existência da boa-fé entre as partes.

A fidúcia era formalizada por meio de dois instrumentos, o primeiro que transferia a propriedade do bem ao fiduciário e o segundo, denominado pacto adjeto, por meio do qual o fiduciário assumia obrigações perante o fiduciante em relação ao destino que deveria ser dado ao bem.

A noção de fidúcia surge com traços relativamente semelhantes no direito germânico, sob a forma de penhor da propriedade, e no antigo direito inglês, na figura do denominado “mortgage”. Enquanto o penhor germânico pode ser entendido como o mecanismo pelo qual “o devedor transferia ao credor a propriedade da coisa”, mediante, todavia, a celebração de um “pacto adjeto que tornava condicional aquela transmissão”; o “mortgage” é discriminado como sendo a “transmissão da propriedade como escopo de

¹⁵ Chalhuh, Namem Melhim. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 13.

¹⁶ Idem supra. p. 15.

garantia”, com traços semelhantes tanto à *fiducia cum creditore*, quanto ao penhor da propriedade do direito germânico, aproximando-se mais deste segundo¹⁷.

A ideia de condição resolutiva característica do instituto da alienação fiduciária previsto em nosso ordenamento, conforme mais adiante será explorado, surge com os institutos do penhor da propriedade e do “mortgage” do direito germânico e inglês, respectivamente, pois em ambos os institutos a propriedade era caracterizada como resolúvel, de forma que após adimplida a obrigação do devedor, ou seja, com o pagamento da dívida, a propriedade transferida resolvia-se automaticamente, retornando o bem à propriedade do fiduciante.

O conceito de fidúcia do direito romano, influenciada pelos institutos do penhor da propriedade, do “mortgage” e posteriormente do “trust” decorrente de uma concepção anglo-americana moderna sobre o instituto do “mortgage”, evoluiu, sendo fonte primária do negócio fiduciário abarcado pela legislação brasileira.

O instituto do *trust* pode ser definido como a entrega de determinados bens a uma pessoa, para que deles faça uso de acordo com o for pactuado entre as partes, existindo uma forte relação de confiança entre aquele que entrega os bens e o que os recebe em depósito. Aquele que recebe os bens, será titular de sua propriedade, denominado *trustee*, cabendo a ele o encargo de administrar referidos bens em favor do proprietário originário dos bens ou de terceiro por ele indicado (o *cestui que trust* – aquele que confia), bem como a obrigação de restituir referidos bens uma vez implementada a condição convencionada.

Uma das principais características do *trust* é a criação de um patrimônio de afetação, isso porque ao instituir o *trust*, o settlor (fiduciante) destaca o bem objeto do *trust* de seu patrimônio e o transfere ao *trustee* que, por sua vez, não goza da propriedade plena do bem, uma vez que a propriedade de fruição é detida pelo beneficiário (*cestui que trust*). Por possuir essa estrutura, o *trust* garante uma segurança especial aos beneficiários em relação ao gozo dos direitos decorrentes da administração do bem transferido em *trust*,

¹⁷ Lei mais sobre o tema em Chalhum, Namem Melhim. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 14 e seguintes.

pois estes estão localizados fora do alcance dos credores do *trustee*¹⁸.

Por constituírem um patrimônio afetado a uma certa destinação, os bens objeto do *trust* não integram o patrimônio do *trustee*, não estando sujeitos a nenhum efeito na hipótese de sua insolvência.

Essencial destacar que a principal característica do *trust* é a concepção do instituto da propriedade como um direito divisível, de forma que podem existir duas propriedades sobre o mesmo bem, a propriedade formal do *trustee* e a propriedade tida como econômica ou de fruição, do beneficiário. Essa característica faz com que seja incompatível a adoção desse instituto, em sua concepção natural, pelos que adotam sistemas de tradição romana, que adotam o princípio da exclusividade da propriedade.

Surge então a necessidade de se criar um instituto derivado do *trust* e que possa ser adotado por referidos sistemas, de forma a possibilitar a criação de um patrimônio de afetação, surgindo uma versão civilista do *trust*.

O primeiro sinal dessa evolução foi o surgimento dos institutos da hipoteca e do penhor que buscaram “corrigir” uma falha apresentada pelo instituto da fidúcia clássica, qual seja, a retirada da posse do bem do devedor cuja propriedade havia sido transferida ao fiduciário, impossibilitando-o, por vezes, de dar cumprimento à obrigação assumida, garantida pela fidúcia.

Com a evolução dos negócios, decorrente de necessidades impostas pela economia, os institutos da hipoteca, do penhor e da anticrese deixaram de atender aos resultados esperados pela sociedade de forma que referidos institutos foram sendo utilizados de forma relativizada com a finalidade de se dar espaço a um novo instituto que seria regulamentado posteriormente.

¹⁸ Leia mais sobre o tema em Chalhoun, Namem Melhim. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 17 e seguintes.

II.2. DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.

Surge então o conceito de negócio fiduciário, o qual pode ser definido, nas palavras de Pontes de Miranda¹⁹ como um negócio bilateral, oneroso ou gratuito, principal ou acessório, solene ou não solene, conforme explicações abaixo.

O negócio fiduciário, em sua concepção pós-romana, é considerado bilateral pois demanda a existência de duas partes impondo-lhes reciprocamente direitos e obrigações. Será considerado oneroso quando impuser ao fiduciante ou ao fiduciário algum ônus, tais como a destinação a um fim específico do bem cuja propriedade foi transferida ao fiduciário, ou ainda, a existência de uma contraprestação ao fiduciante garantida pelo negócio fiduciário celebrado. Por outro lado, será gratuito se a transferência da propriedade não impuser nenhum ônus às partes²⁰.

Será considerado, o negócio fiduciário, principal quando a transferência da propriedade tiver como finalidade a administração do bem pelo fiduciário, e acessório quando constituir uma garantia, por exemplo, de um contrato de empréstimo. Por fim, o negócio fiduciário poderá ser classificado como solene ou não solene, quando houver a exigência ou não da observância de uma forma específica para sua formalização, o que ocorre, por exemplo, na transmissão de um direito real sobre bem imóvel, que se formaliza com o Registro no cartório competente.

Ocorre, todavia, que o negócio fiduciário, em sua concepção original, apresentava os mesmos problemas atinentes ao instituto da fidúcia, vez que transferia a posse do bem ao credor, bem como criava entre as partes (fiduciante e fiduciário) somente um vínculo de natureza obrigacional, de forma que ante a recusa do fiduciário em restituir o bem ao fiduciante, restava a este somente a reparação pelas perdas e danos sofridos.

O negócio fiduciário é caracterizado, como já salientado, pela transmissão da propriedade de um bem pelo fiduciante ao fiduciário, entretanto o negócio fiduciário tem seu efeito real parcialmente anulado pelo pacto firmado entre as partes, que irá permitir ao fiduciária o gozo do direito de propriedade de forma limitada ao

¹⁹Chalhum, Namem Melhim. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Atlas, 1998. 47.

²⁰ Leia mais sobre o tema em Chalhum, Namem Melhim. Ob cit. p. 31 e seguintes.

convencionado com o fiduciante. Cumpre, todavia, mencionar que essa limitação em relação ao direito real de propriedade encontra-se baseada exclusivamente na relação de boa-fé estabelecida entre o fiduciante e o fiduciário; daí o nome negócio fiduciário, ou seja, aquele que se baseia na confiança.

Nesse sentido, vem a conclusão de Pontes de Miranda, para quem o negócio fiduciário é o negócio jurídico acrescido de um “*plus*”, um algo a mais, podendo ser considerado como o negócio jurídico mais fidúcia.²¹

De acordo com a finalidade com que é celebrado, o negócio fiduciário poderá ser classificado em duas modalidades, como negócio fiduciário de garantia ou de administração, classificação esta que coincide com a classificação existente em relação ao instituto da fidúcia do direito romano.

No negócio fiduciário de garantia tem-se um contrato acessório, por meio do qual é transmitida a propriedade de um bem ou direito pelo fiduciante ao fiduciário com a finalidade de se garantir o cumprimento de uma obrigação assumida pelo primeiro em relação ao segundo, de forma que o inadimplemento do fiduciante garanta ao fiduciário a utilização do bem ou direito que lhe foi transferido para a satisfação de seu crédito, via de regra, mediante a venda em hasta pública.

A partir do início de século XX, percebe-se o surgimento, na América Latina do instituto do fideicomisso, instituto pelo qual os bens fideicomitidos são transmitidos ao fiduciário, mas não passam a incorporar o seu patrimônio, formando, outrossim, um patrimônio de afetação, afastando-se este instituto do conceito original de fidúcia, pelo qual os bens transmitidos ao fiduciário estavam sujeitos aos riscos de sua insolvência.

A concepção de afetação passa a possibilitar a verificação da existência dos denominados “patrimônios especiais” o que importa, essencialmente, para garantir, a eficácia prática dos negócios fiduciários.

O negócio fiduciário é gênero que comporta diversas espécies, e é tratado de forma específica na legislação de vários países, surge então no Código Civil de 2002, o

²¹ Chalhum, Namem Melhim. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 38/39.

instituto da propriedade fiduciária, que nas palavras de Melhim Namen Chalhub é resultado da “realização de negócio de natureza fiduciária, mas com estes não confunde sua natureza: enquanto no negócio fiduciário se tem uma relação contratual, na propriedade fiduciária tem-se um direito real.”²²

A par das diversas teorias desenvolvidas para a conceituação do instituto da propriedade consideramos importante destacar apenas alguns pontos principais, tais como o apontamento do doutrinador acima mencionado segundo o qual

*“a propriedade fiduciária difere dos direitos reais limitados de garantia, quais sejam o penhor, a anticrese e a hipoteca, porque nestes o titular da garantia tem um direito real na coisa alheia, enquanto que na propriedade fiduciária o titular da garantia é titular do direito de propriedade mesmo, embora limitado pelo caráter fiduciário.”*²³

A propriedade fiduciária é assim considerada, portanto, como sendo uma propriedade temporária e transitória, além de ser limitada aos fins pelos quais foi constituída, traços que a diferenciam essencialmente da propriedade plena.

Vale dizer que a transmissão, quando feita em caráter fiduciário, não é realizada com o intuito de se dar uma coisa em troca de seu respectivo valor em dinheiro, mas sim o de permitir que outros negócios produzam seus regulares efeitos, de forma, eventualmente, mais segura, como no caso da alienação fiduciária prevista no direito brasileiro.

II.3. DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.

Ao final desse processo evolutivo e como resultado da necessidade de dinamização do crédito e da circulação de riquezas, surge no direito brasileiro a figura da alienação fiduciária em garantia, espécie do gênero negócio fiduciário, brevemente mencionado

²² Chalhub, Namem Melhim. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 101.

²³ Idem supra. p. 105.

nos parágrafos acima, e que tem por objeto a transferência da propriedade para um fim econômico.

O direito brasileiro regulamenta diversas modalidades de alienação fiduciária, tais como:

- a) a alienação fiduciária de bens móveis (Decreto-lei nº 911/69) e de bens imóveis (Lei nº 4.514/97);
- b) a cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes da alienação de imóveis (Lei nº 4.864/65; Decreto-lei nº 70/66 e Lei nº 9.541/97);
- c) a propriedade fiduciária de imóveis para fins de constituição de fundos de investimento imobiliário (Lei nº 8.668/93).

A propriedade fiduciária é caracterizada como um direito real, sendo portanto oponível *erga omnes*. O contrato representa o título aquisitivo da propriedade e o registro o modo pelo qual a propriedade se consolida. O registro de acordo com a natureza móvel ou imóvel do bem será efetuado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou no Cartório de Registro de Imóveis.

Considerando a caracterização da alienação fiduciária em garantia como um direito real, mister se faz destacar que essa caracterização somente é possível em decorrência de expressa previsão legal, uma vez que os direitos reais são previstos em nosso ordenamento sob *numerus clausus*, ou seja, de forma taxativa, somente sendo possível sua expansão por meio de lei.

Nos dizeres de Melhim Namen Chalhub,

“como qualquer ato jurídico, os atos de natureza fiduciária exigem requisitos de ordem subjetiva, objetiva e formal. Os requisitos subjetivos são a capacidade e a legitimidade, os objetivos dizem respeito às coisas ou aos direitos que podem ser objeto do contrato, e os formais

referem-se às formalidades necessárias para dar validade e eficácia ao negócio.”²⁴

A alienação fiduciária em garantia é um contrato acessório a um contrato de empréstimo, conforme disposição do texto legal “o contrato de cessão fiduciária em garantia (aqui utilizado como sinônimo de alienação fiduciária em garantia) opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida” (Lei nº 9514/97; art. 18, *caput*).

Em decorrência do contrato de alienação fiduciária em garantia o credor fiduciário adquire a propriedade do bem objeto da garantia, sob uma condição resolutiva. A condição resolutiva, traduzida na ideia de um acontecimento futuro e incerto, é o pagamento da dívida adquirida pelo devedor fiduciante perante o credor fiduciário.

Vale dizer que quando se fala de alienação fiduciária, não se está fazendo referência à gravação do bem, característica essencial dos institutos do penhor, hipoteca e anticrese, pois quem aliena não grava. O devedor fiduciante, conforme acima mencionado, aliena o bem ao credor (fiduciário), de forma que na alienação fiduciária o direito de propriedade do credor recai sobre coisa própria e não sobre coisa alheia.

O instituto da alienação fiduciária encontra-se, ainda, regido de forma genérica no Código Civil sob a rubrica de propriedade fiduciária, nos artigos 1361 a 1368, que acabou por derogar a legislação específica no que diz respeito às regras de direito material aplicáveis ao instituto.

Na definição de Orlando Gomes, citado por Silvio Venosa, a alienação fiduciária em sentido lato é entendida como

“o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire em 'confiança' a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verificar o acontecimento a que se

²⁴ Chalhum, Namem Melhim. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 139.

*tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição.”*²⁵

É importante destacar, conforme mencionado ao início deste item, que a função primordial da alienação fiduciária em garantia, tratando-se de bem móvel ou imóvel, é a de facilitar a aquisição de bens pelo consumidor.

Dessa forma, é importante ressaltar, sem prejuízo das observações acima, que o contrato de alienação fiduciária é o instrumento que constitui a propriedade fiduciária, modalidade de garantia real criada pelo artigo 66 da lei nº 4728/65 (atualmente revogado) e pela Lei nº 9514/97, contemplada, atualmente, no texto do Código Civil de 2002.

Mister se faz mencionar que nosso ordenamento, essencialmente nos dispositivos legais acima citados, prevê a existência de dois institutos jurídicos, o contrato de alienação fiduciária e a garantia fiduciária propriamente dita, decorrente do primeiro.

Frise-se que no caso de inadimplemento por parte do fiduciante, no contrato de alienação fiduciária em garantia, a propriedade fiduciária do bem será consolidada no patrimônio do fiduciário, o qual deverá promover a alienação do bem para que, com o crédito obtido com a venda, possa satisfazer seu crédito incluídos os respectivos encargos, restituindo ao fiduciante eventual saldo remanescente.

Conforme bem assevera Melhim Namen Chalhub,

“a estrutura da alienação fiduciária em garantia sustenta-se na articulação de um ato de transmissão da propriedade, em caráter resolúvel, e de um pacto de restituição; mas não obstante este última tenha caráter obrigacional, está vinculado ao implemento da condição e, assim sendo, implica a automática reversão da propriedade.

²⁵ Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 2006. pág. 389.

Sob a perspectiva do sistema registral, verificado o evento que constitui a condição, não é necessário novo registro em nome daquele em favor do qual a condição opera, bastando o cancelamento do registro da propriedade resolúvel e dos atos dela resultantes, como o que automaticamente se restaura o registro primitivo.”²⁶

Dessa forma é possível concluir que em se tratando dos negócios jurídicos de natureza fiduciária, conforme previstos na legislação brasileira, estes possuem como característica essencial a transferência de uma propriedade resolúvel ao fiduciário, ao mesmo momento em que configura o fiduciante como proprietário sob uma condição suspensiva; sendo que ambas as condições referem-se ao mesmo acontecimento futuro e incerto, qual seja, o adimplemento da obrigação assumida por este em face do primeiro.

Destaque-se, ainda, que a condição, nos termos acima mencionados possui uma dupla função nos contratos de alienação fiduciária em garantia, pois ao passo que representa uma garantia extraordinária ao credor, confere especial segurança ao devedor-fiduciante, pois gera a reversão automática da propriedade a despeito de seu caráter meramente obrigacional.

Por fim, vale mencionar que o sistema jurídico brasileiro prevê ainda a propriedade fiduciária nas hipóteses de administração de fundos de investimento imobiliário (Lei nº 8.668/93) e para implementação de um programa específico destinado à habitação de natureza social, institutos que poderão ser mais profundamente analisados em outra oportunidade.

A disciplina da propriedade fiduciária no Código Civil brasileiro é limitada às hipóteses relacionadas à propriedade fiduciária de bens móveis especificamente em se tratando de negócios de garantia. Em que pese o código tenha mantido a estrutura prevista na legislação em vigor sobre a matéria, trouxe algumas inovações bem como aperfeiçoamentos técnicos importantes.

²⁶ Chalhum, Namem Melhim. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 111.

Dentre as inovações, citemos a mais importante, qual seja, o citado código passou a prever a possibilidade da utilização da alienação fiduciária de bens móveis como a finalidade de se garantir qualquer negócio jurídico, e não somente financiamentos concedidos por instituições financeiras, alargando de forma considerável as hipóteses restritivas previstas na legislação especial.

A alienação fiduciária, como instituto autônomo no ordenamento jurídico, de acordo com o entendimento majoritário da doutrina, deve ser considerada como espécie de negócios fiduciário, essencialmente em decorrência:

- a) da necessidade de lealdade no comportamento do fiduciário, que se compromete a restituir a propriedade plena ao fiduciante uma vez implementada a condição resolutiva; e
- b) da transferência transitória da propriedade ao fiduciário com a finalidade de garantia de um outro negócio jurídico, à semelhança do negócio fiduciário genericamente considerado, com a consequente restituição do bem ao domínio do fiduciante uma vez adimplida a obrigação originalmente garantida pela transferência inicial.

Tanto a alienação fiduciária, como a cessão fiduciária que não constitui objeto do presente trabalho, exige a celebração de um contrato escrito, devidamente registrado no cartório de registro ou na repartição competente de acordo com a natureza do bem objeto da alienação.

Uma das principais e mais importantes características da alienação fiduciária é sua consequência relativamente à afetação do bem ou do direito objeto da garantia fiduciária, colocando-o a salvo dos efeitos da eventual insolvência do fiduciário.

No caso de se verificar a falência do fiduciário, a massa falida ocupará seu lugar, não constituindo a falência razão para a extinção da relação de alienação, de forma que esta continuará até o adimplemento da obrigação assumida pelo fiduciante.

II.4. DA APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.

Primeiramente, é importante fixar qual a posição do CDC em nosso ordenamento jurídico vigente, ou seja, se deve ser considerado como norma geral ou especial e em que medida.

Em que pese não estar presente no escopo do presente trabalho tal discussão, entendemos adequado apresentar a definição trazida pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior no julgamento do Resp 80036-SP (j. 12.2.1996) em situação que pode aqui ser utilizada como paradigma, conforme trecho do voto a seguir destacado:

“O CODECON traça regras que presidem a situação específica do consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do Direito das Obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho a lei do microssistema enunciar os princípios gerais para o sistema, mas é isso que acontece no caso, por razões várias, mas principalmente porque a nova lei incorporou ao ordenamento civil legislado norma que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o estado atual da ciência, introduzindo na relação obrigacional a prevalência da ideia de justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa-fé. É certo que, no que lhe for específico, o contrato de incorporação continua regido pela lei que lhe é própria, mas os princípios gerais são os mesmos do sistema civil, entre eles os do CODECON, inclusive para o caso de responsabilidade do fornecedor e extinção da relação contratual.”

Dessa forma é possível concluir que os princípios que sustentam o CDC, especificamente os da boa-fé objetiva e da equidade, acabam se expandindo para os contratos em geral sempre que se verificar a vulnerabilidade do contratante mais fraco.

Concluindo que o CDC atualmente deve ser considerado como norma especial em relação ao Código Civil, da mesma forma o deverá ser em relação, especificamente, à Lei nº 9.514/97, não restando, todavia, prejudicada a observância e aplicação do CDC nos contratos de alienação fiduciária em garantia em geral.

Entendemos ser necessário medir a aplicação das cláusulas gerais previstas no CDC, a fim de que estas sejam aplicadas sempre sob a égide da tipicidade do contrato. Isso porque a aplicação desmedida dessas cláusulas gerais, ou seja, sem que sejam observados os demais aspectos sociais e econômicos relativos especificamente a cada tipo de contrato, poderá acarretar uma modificação nas formas contratuais previstas ou admitas em nosso ordenamento.

O CDC menciona de forma expressa os contratos de alienação fiduciária, vejamos o que dispõe o artigo 53 deste diploma legal:

“Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato ou a retomada do produto alienado.”

Sem prejuízo do quando disposto no CDC, não podemos nos olvidar que os contratos de alienação fiduciária, seja de bens móveis ou imóveis, encontram-se regulados em legislação específica e posterior ao CDC. Especificamente em relação aos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, temos a Lei nº 9.514/97.

Dessa forma, a incidência do art. 53; CDC aos contratos de mútuo deve considerar o conteúdo e a natureza desse contrato, de forma a não equipará-lo a outros “contratos de financiamento” *lato sensu*, como por exemplo os contratos de consórcio, de compromisso de compra e venda ou, ainda, o contrato de compra e venda propriamente dito.

O artigo 53 do CDC²⁷ veda o que se denomina “cláusula de decaimento”²⁸. Entretanto, para se definir qual a amplitude de incidência deste dispositivo aos contratos de mútuo garantidos por uma alienação fiduciária, é necessário que analisemos as características essenciais desse contrato para verificarmos se existe um conflito entre o que dispõe o CDC e o art. 5º da Lei nº 9.514/97.

Destaque-se o ensinamento de Melhim Namem Chalhub, segundo o qual “*o bem objeto da alienação fiduciária é garantia do mútuo, não objeto do mútuo; serve o bem para dar mais eficácia ao recebimento do crédito, mas não substitui o objeto do contrato que, repita-se, é dinheiro.*”²⁹

Em sua obra, “Negócio Fiduciário”, conclui Melhim Namem Chalhub³⁰ que não existe nenhuma incompatibilidade entre os dispositivos legais que regulamentam a alienação fiduciária, seja de bens imóveis, seja de bens móveis, e o CDC. Esclarece o autor que a disciplina legal específica aplicada aos contratos de alienação fiduciária em garantia encontram-se em plena consonância com o diploma protetivo ao consumidor na medida em que, ao preverem a obrigatoriedade da venda do bem pelo proprietário fiduciário, resguardam o devedor contra o risco de perda total das quantias pagas.

Tendo em vista que no contrato de mútuo a instituição financeira adimple com suas obrigações no momento em que entrega o valor do crédito ao fiduciante, temos que a resolução do contrato depende unicamente da restituição do valor desembolsado acrescido dos encargos contratuais pactuados, por este ao primeiro. Dessa forma, a aplicação desmedida do disposto no CDC pode acarretar prejuízos à plena execução da função social deste contrato.

Vejamos o posicionamento da jurisprudência atual sobre a prevalência do CDC em relação à lei especial que dispõe sobre a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis:

²⁷ Art. 53: Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

²⁸ A cláusula de decaimento é aquela que determina a perda total dos valores pagos quando o consumidor, em razão do inadimplemento da outra parte nos contratos de compra e venda de móveis e imóveis mediante pagamento em prestações, requerer a resolução do contrato com a devolução do bem objeto do contrato.

²⁹ Chalhub, Namem Melhim. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 319.

³⁰ Idem supra, p. 318.

“Os autores deixaram de pagar as prestações avençadas no contrato e, em razão do seu inadimplemento e da ausência de purgação da mora, a ré exerceu seu direito que a lei lhe faculta de consolidar a propriedade resolúvel com a realização do leilão do imóvel e a devolução aos autores do saldo em seu favor, se for o caso, tudo em conformidade com a lei e o contrato e não, como foi pleiteado, com o fundamento nos arts. 51 e 53, do Código de Defesa do Consumidor. A forma da restituição do valor pago encontra-se regulada pelo § 4º, do art. 27, da Lei nº 9.514/97 e não de acordo com a forma genérica do art. 53, do Código de Defesa do Consumidor.” (TJSP, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 400.962.4/0-00, rel. Des. Oldemar Azevedo, j. 5.11.2005).

“Ação de Reintegração de Posse. Contrato de Financiamento de Imóvel. Alienação Fiduciária. Aplicação dos Ditames da Lei nº 9.514/97. Retenção por Benfeitorias. Taxa de ocupação. Restituição de quantia em dinheiro aos fiduciantes (...). Os artigos 26, §§ 4º, 5º, 6º; 27 e seus parágrafos, da Lei nº 9.514/97 estabelecem que eventual direito de restituição de quantia em dinheiro somente será possível na hipótese de o produto obtido com a venda em leilão público sobejar o saldo devedor, o que não é o caso dos autos, pois, sequer, houve licitante.” (TJRS, 11ª Câmara Cível, Apelação Cível 6874/2007, relator Desembargador Cláudio de Mello Tavares).

Pelas considerações acima expostas e considerando o posicionamento recente dos Tribunais, conforme ementas destacadas, entendemos que o CDC somente deverá ser aplicado quando, no caso concreto, verificar-se um abuso no exercício de seu direito por parte do credor ao exigir uma reparação desproporcional do devedor na eventualidade de restar configurado seu inadimplemento.

III – DA CORRELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.

Após estudarmos de forma mais aprofundada os dois temas centrais do presente trabalho, quais sejam, o princípio da função social do contrato e o instituto da alienação fiduciária em garantia na aquisição de bens imóveis passemos a discutir qual a relação entre referidos temas.

Conforme mencionado na parte introdutória do presente trabalho, a sociedade tem como uma de suas maiores locomotivas propulsoras, o consumo. O crescimento econômico em qualquer sociedade no mundo estará sempre relacionado ao consumo de seus integrantes.

O consumo reflete em diversos aspectos essencialmente econômicos. É de acordo com a alta ou baixa demanda que serão definidos os preços dos bens. Um dos maiores impactos do consumo será sobre os juros. A redução exagerada no consumo via de regra produz uma alta nos juros, o que, por sua vez, provoca uma maior redução no consumo criando um círculo vicioso e muito perigoso nas sociedades capitalistas contemporâneas.

O Poder Executivo possui muitas ferramentas para controlar ou incentivar o consumo. Lembremos de um episódio recente na economia brasileira, quando o Governo decidiu reduzir e até criar isenções em relação ao Imposto sobre Produto Industrializado – IPI, sobre os eletrodomésticos pertencentes à denominada “linha branca”. Em meio a uma das maiores crises, o que provocou a alta dos juros no mundo inteiro e no Brasil, a alternativa do Governo para manter o crescimento econômico foi incentivar o consumo por meio da adoção de uma medida tributária.

Não nos cabe discutir eventuais motivações políticas em relação a tais decisões, entretanto, sob a ótica tributária e econômica, pura e simples, o que ocorreu foi exatamente isso. A fim de garantir a manutenção no crescimento econômico o Governo precisou adotar medidas de fomento ao consumo.

Analisando a realidade da sociedade brasileira, é possível afirmar que temos hoje uma das sociedades que mais consomem no mundo todo. Entretanto, sem prejuízo do crescimento no consumo dos mais variados bens, motivado essencialmente, pelo constante aumento das classes D e C, o maior sonho de todos os brasileiros é, sem dúvida, ter sua casa própria.

De acordo com a Pesquisa de Orçamentos Familiares, divulgada pelo IBGE:

“[...] em 30 anos, o brasileiro diversificou sua alimentação, reduzindo o consumo de gêneros tradicionais como arroz, feijão, batata, pão e açúcar e aumentando, por exemplo, o consumo per capita de iogurte, que passou de 0,4 kg para 2,9kg ou de refrigerante sabor guaraná, que saiu de pouco mais de um kg (1,7 kg) por pessoa/ano para quase 8 kg (7,7 kg). Até o leite de vaca pasteurizado, que é o produto adquirido em maior quantidade pelas famílias (38 kg por pessoa, anualmente), teve seu consumo reduzido em 40%, tendo chegado a 62,4kg em 1987. Já o consumo de água mineral saltou de 0,3 kg para 18,5kg per capita por ano. Um outro sinal de mudança nos hábitos é dado pelo consumo dos alimentos preparados, por exemplo, que passou de 1,7 kg para 5,4 kg per capita, no período.”³¹

Esse é o mesmo entendimento que se pode extrair de matéria publicada por João Fellet da BBC Brasil em São Paulo. Vejamos:

“Os gastos da classe C com produtos e serviços cresceram 6,8 vezes entre 2002 e 2010 e quase igualaram as despesas das classes A e B somadas, segundo um estudo do instituto Data Popular baseado em dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

³¹ Fonte: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/19052004pof2002html.shtm> consultado em 20/12/2011.

Neste ano, a classe C (integrada por pessoas cuja renda domiciliar varia entre R\$ 1.530 e R\$ 5.100) gastou R\$ 864 bilhões com o consumo, ao passo que as classes A e B desembolsaram, juntas, R\$ 909 bilhões.

Com isso, a classe C, que em 2002 respondia por 25,8% dos gastos dos brasileiros, hoje responde por 41,35% e é, isoladamente, a que mais consome no Brasil.

Já as classes A e B, que há oito anos eram responsáveis por 58,1% das despesas, agora respondem por 42,9%. Apesar disso, os gastos nessa faixa social cresceram três vezes no período.

As classes D e E, que passaram a consumir 4,2 vezes mais nos últimos oito anos, mantiveram a sua participação, sendo responsáveis por 15,7% dos gastos totais dos brasileiros.

Principal mercado

‘A classe C deixou de ser vista como segmento de mercado e fecha 2010 como o verdadeiro mercado brasileiro’, diz à BBC Brasil Renato Meirelles, diretor do Data Popular, instituto de pesquisas focado nas classes C, D e E.

Segundo Meirelles, o crescimento do consumo na classe C, também chamada de “nova classe média”, tem três explicações: o grupo social inchou no período, passando a englobar 50,5% dos brasileiros, segundo a Fundação

Getúlio Vargas, seus rendimentos médios aumentaram, e também cresceu a oferta de crédito a seus integrantes.”³²

O crescimento do consumo, fez tornar-se realidade um dos maiores sonhos da população brasileira. Adquirir um imóvel foi ao longo de anos uma pretensão quase impossível para a maioria dos cidadãos, não somente pelo valor do bem, mas principalmente porque a forma sob a qual foi estruturada essa operação acabou por provocar uma crise sem precedentes, causando um cenário de extrema insegurança jurídica.

Antes da existência do instituto da alienação fiduciária em garantia, a construção e comercialização de imóveis era feita em conformidade com o livre arbítrio e em atendimento exclusivamente aos interesses das construtoras e incorporadoras envolvidas na operação.

Para garantir a execução de uma obra, a incorporadora realizava um empréstimo com uma determinada instituição financeira e lhe oferecia como garantia o terreno sobre o qual o empreendimento seria construído. Uma vez realizado o empreendimento e vendidas suas unidades, a incorporadora quitava o empréstimo junto à instituição financeira. A operação era realizada de forma regular e, assim teria permanecido, não fosse a ganância de algumas incorporadoras.

Algumas incorporadoras, passaram a oferecer como garantia ao empréstimo referente à execução do empreendimento B, o terreno sobre o qual estava sendo realizado o empreendimento A, cuja garantia recaía sobre outros bens não relacionados a ele. Ocorre que, quando um desses empreendimentos não era totalmente vendido, a incorporadora não tinha como quitar o empréstimo. As instituições financeiras passaram, então, a executar as garantias.

Analisemos o seguinte cenário, uma pessoa adquire um apartamento e, meses depois de se mudar e construir seu lar, recebe uma intimação para pagar um dívida sobre a qual não tinha conhecimento e, ao tentar localizar a origem da dívida descobriam que a

³² Fonte: <http://tebloga.wordpress.com/2010/12/22/ibge-de-2002-a-2010-consumo-da-classe-c-ficou-7-vezes-maior/>, consultado em 20/12/2011.

dívida estava rastreada em obrigações assumidas pela incorporadora do empreendimento em relação a outros negócios.

Isso acontecia porque entendia-se que a garantia outorgada pela incorporadora permanecia válida, sendo distribuída de forma igualitária em relação às unidades autônomas do empreendimento.

Dezenas de pessoas perderam seus imóveis em razão disso. Foi nesse momento que o legislador se viu compelido a agir. É fato que as incorporadoras precisam ser financiadas para realizarem seus empreendimentos. Todavia, também é fato, que elas devem agir de forma responsável em relação ao patrimônio que se encontra sob sua responsabilidade.

Em um cenário onde a boa-fé objetiva começava a difundir suas premissas, o legislador entendeu indispensável regulamentar de que forma as incorporadoras iriam empregar o valor derivado de um financiamento realizado em função de um determinado empreendimento. Qual o padrão comportamental deveria se esperar dessas incorporadoras?

Sem prejuízo do comportamento das incorporadoras, temos que ressaltar que, mesmo nas operações de financiamento firmadas entre as instituições financeiras e os adquirentes dos imóveis, no caso de inadimplemento as garantias previstas no ordenamento jurídico não eram suficientes para garantir que o crédito seria ao final adimplido.

Nesse momento surge a lei que cria e regulamenta a alienação fiduciária em garantia. O instituto da alienação fiduciária em garantia é criticado por muitos, os quais entendem que tal produção legislativa foi decorrente de uma pressão das instituições financeiras, que ansiavam por uma maior segurança nas operações de financiamento imobiliário.

É importante destacar nesse momento que o cenário de insegurança jurídica criado pelo comportamento inaceitável de algumas incorporadas, bem como pelo crescente inadimplemento nos financiamentos imobiliários, gerou a adoção de um comportamento extremamente conservador por parte das instituições financeiras.

As financiadoras não tinham garantias suficientes de que os empréstimos realizados não seriam convertidos em perdas futuras. Isso fez com que as financiadoras exigissem cada vez mais garantias, bem como que o crédito ficasse cada vez mais caro.

A promulgação da Lei nº 9.514/97 foi uma tentativa bem sucedida de reverter esse cenário. A alienação fiduciária em garantia trouxe maior segurança jurídica aos negócios que implicam na aquisição de bens imóveis por particulares.

A execução da garantia outorgada pelo fiduciário é mais ágil e eficaz. Sim, essa agilidade e eficiência favorece as instituições financeiras, o que é o motivo central das críticas em relação à criação desse instituto. Todavia, nesse momento, é preciso analisarmos os demais impactos do instituto sobre o ordenamento jurídico e sobre a sociedade em si.

Ao fazer com que a execução da garantia seja mais ágil e eficaz, a lei gerou uma situação de maior segurança jurídica e isso produziu efeitos muito além da relação estabelecida entre dois particulares, o fiduciante (instituição financeiras) de um lado, e o fiduciário (adquirente do imóvel) de outro.

Um dos maiores efeitos criados pela lei foi a facilitação do crédito, isso porque, quanto maior for a certeza da instituição financeira de que o empréstimo concedido não será convertido em perda futura, menos burocrática será a concessão do crédito. É nesse ponto que se encontra a exata correlação entre o princípio da função social do contrato e o instituto jurídico da alienação fiduciária em garantia.

A alienação fiduciária em garantia fez com que houvesse uma maior facilidade na aquisição do crédito, o que, por sua vez gerou e vem gerando um aumento progressivo no consumo e, conseqüentemente, um crescimento econômico que beneficia toda a sociedade.

Esse é a verdadeira eficácia social produzida pela alienação fiduciária em garantia. O crescimento econômico no ramo imobiliário vem crescendo a passos largos e, sem prejuízo de outros fatores externos, certamente o cenário de segurança jurídica criado

pelo legislador ao implementar no ordenamento jurídico o instituto da alienação fiduciária em garantia, é um dos maiores contribuintes para tanto.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi demonstrar de forma clara a relação existente entre o princípio da função social do contrato e o instituto jurídico da alienação fiduciária em garantia na alienação de bens imóveis.

Em resumo aos pontos mencionados no presente trabalho podemos concluir:

1. O princípio da função social, originalmente previsto na Constituição Federal e, posteriormente incorporado ao sistema infralegal na redação do Código de Defesa do Consumidor; veio na seara do Direito Civil como um dos grandes pilares principiológicos, capaz de modificar paradigmas e redefinir a linha interpretativa do direito privado.
2. Dentre os vários impactos provocados pelo princípio da função social do contrato podemos destacar a releitura do princípio da autonomia da vontade. Antes visto como um princípio absoluto, o *pacta sunt servanda* deixou de ser interpretado de forma isolada no sistema jurídico, tendo sua aplicabilidade limitada pelo conceito da função social do contrato. A autonomia da vontade não deixa de existir, mas sim se modifica, passando a ser denominada como autonomia privada. A terminologia “autonomia privada” reflete, apenas, uma releitura do princípio antes denominado autonomia da vontade, demonstrando em suma a mudança no paradigma e não a criação de um novo princípio.
3. O princípio da função social, além de limitar a aplicabilidade de paradigmas presentes no antigo diploma, veio como forma de complementar princípios importantes do ordenamento jurídico. É o que se pode verificar na relação estabelecida entre o princípio da função social e o princípio do equilíbrio contratual.
4. Uma das principais relações entre os denominados princípios sociais (função social do contrato; boa-fé objetiva e probidade e equivalência material das obrigações), é a estabelecida entre o princípio da função social e o princípio da boa-fé objetiva. O antigo princípio da boa-fé subjetiva, que prestigiava a intenção do agente, cede lugar ao que a sociedade interpreta como aceitável. A relação entre esses princípios é intrínseca, uma

vez que será considerada uma atitude conforme o princípio da boa-fé objetiva aquela que estiver possibilitando a determinado negócio jurídico alcançar seu fim social (função social).

5. O princípio da função social do contrato é princípio de extrema relevância no Código de Defesa do Consumidor. Inevitavelmente o presente trabalho acaba por mesclar os dois diplomas, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, vez que a relação que se estabelece por meio do instituto da alienação fiduciária em garantia na alienação de bem imóvel, é relação prevista tanto na legislação civil quanto no código consumerista.

6. A alienação fiduciária em garantia é instituto que remonta aos primórdios do Direito. Surge inicialmente do conceito de fidúcia. No direito romano a fidúcia estava relacionada à venda fictícia, ou provisória, de forma que havia a transferência da propriedade de forma resolúvel, por meio do alcance de determinado objetivo pactuado entre as partes.

A noção de fidúcia surge com traços relativamente semelhantes no direito germânico, sob a forma de penhor da propriedade, e no antigo direito inglês, na figura do denominado “mortgage”. Posteriormente, surge o instituto do *trust*, instituto que prevê de forma pioneira, a figura do patrimônio de afetação.

Com a evolução dos negócios, decorrente de necessidades impostas pela economia, os institutos da hipoteca, do penhor e da anticrese deixaram de atender aos resultados esperados pela sociedade de forma que referidos institutos foram sendo utilizados de forma relativizada com a finalidade de se dar espaço a um novo instituto que seria regulamentado posteriormente.

7. Com a evolução dos institutos da hipoteca, penhor e anticrese, surge o negócio fiduciário. Ocorre, todavia, que o negócio fiduciário, em sua concepção original, apresentava os mesmos problemas atinentes ao instituto da fidúcia, vez que transferia a posse do bem ao credor, bem como criava entre as partes (fiduciante e fiduciário) somente um vínculo de natureza obrigacional, de forma que ante a recusa do fiduciário em restituir o bem ao fiduciante, restava a este somente a reparação pelas perdas e danos sofridos.

8. Ao final desse processo evolutivo e como resultado da necessidade de dinamização do crédito e da circulação de riquezas, surge no direito brasileiro a figura da alienação fiduciária em garantia, espécie do gênero negócio fiduciário.

9. Conforme demonstrado em várias passagens do presente trabalho, resta patente a relação entre o instituto da alienação fiduciária em garantia e o Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, em que pese referido instituto produza sua função social em uma esfera externa ao contrato de alienação do bem, ele tem origem primordial na relação estabelecida entre a proprietário de um bem e o consumidor final que deseja adquirí-lo.

É importante ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor é ferramenta importante para coibir excessos e abusos quando estamos diante de um contrato de mútuo, instituto típico quando estamos analisando o instituto da alienação fiduciária em garantia na alienação de bem imóvel.

10. O Direito é e deve ser estudado e entendido como um conjunto de normas, às quais são única e exclusivamente destinadas a servir de garantia à realização, proteção e concretização dos mais fundamentais e naturais direitos de cada homem.

Nesse sentido, de sempre analisar o Direito como uma ferramenta de garantia de direitos fundamentais e naturais, é que é essencial perceber a existência de uma profunda interdependência entre o Direito e outras ciências humanas. Na sociedade contemporânea, sem dúvida uma das ciências que guarda uma das fortes relações com a ciência jurídica, é a Economia.

O presente trabalho pretendeu apontar os principais argumentos no sentido de determinar o instituto da alienação fiduciária como sendo um dos instrumentos de garantia de um dos aspectos mais relevantes do princípio da função social do contrato, qual seja, a sociabilidade.

A alienação fiduciária em garantia trouxe maior segurança jurídica aos negócios que implicam na aquisição de bens imóveis por particulares, por isso, podemos afirmar que um dos maiores efeitos criados pela lei que instituiu a alienação fiduciária em garantia foi a facilitação do crédito, isso porque, quanto maior for a certeza da instituição financeira de que o empréstimo concedido não será convertido em perda futura, menos burocrática será a concessão do crédito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Chalhoun, Namem Melhim. *Negócio Fiduciário*. São Paulo: Atlas, 1998
2. Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – v. III: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004.
3. Kelsen, Hans. *O que é Justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
4. Mathias, Maria Ligia Coelho e Maria Helena M. B. Daneluzzi. *Direito Civil – Contratos*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2008. p. 10 e seguintes e Godoy, Luiz Claudio Bueno de. *Função Social do Contrato*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 13 e seguintes.
5. Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*.São Paulo: Saraiva, 2006. pág. 389.
6. Site: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/19052004pof2002html.shtm> consultado em 20/12/2011
7. Site: <http://tebloga.wordpress.com/2010/12/22/ibge-de-2002-a-2010-consumo-da-classe-c-ficou-7-vezes-maior/>, consultado em 20/12/2011