

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Kelin Panzera

**A VEDAÇÃO AO PACTO COMISSÓRIO E A APLICABILIDADE DO PACTO
MARCIANO NO ÂMBITO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO
DIREITO BRASILEIRO**

Porto Alegre

2018

KELIN PANZERA

**A VEDAÇÃO AO PACTO COMISSÓRIO E A APLICABILIDADE DO PACTO
MARCIANO NO ÂMBITO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO
DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado e Processo Civil como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Profa. Dr^a. Tula Wesendonck

Porto Alegre

2018

KELIN PANZERA

**A VEDAÇÃO AO PACTO COMISSÓRIO E A APLICABILIDADE DO PACTO
MARCIANO NO ÂMBITO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO
DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado e Processo Civil como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 07 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dr^a Tula Wesendonck
Orientadora

Profa. Dr^a Simone Tassinari Cardoso Fleischmann

Prof^a. Dr^a Lisiane Feiten Wingert Ody

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo avaliar a proibição do pacto comissório e a aplicabilidade do pacto marciano no âmbito da alienação fiduciária em garantia no Direito brasileiro. Para tal avaliação, a metodologia utilizada foi a pesquisa doutrinária e jurisprudencial e a revisão bibliográfica acerca do assunto. Primeiramente, são apresentados os institutos da alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária. Posteriormente, são apresentados os conceitos e características do pacto comissório, os fundamentos de sua proibição e o âmbito de aplicação da referida vedação, com ênfase para o instituto da alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária. Passa-se, então, à conceituação e caracterização do pacto marciano, com a realização de um cotejamento dessa figura em relação ao pacto comissório e os argumentos referentes à possibilidade de utilização do primeiro em detrimento do segundo. Analisa-se, na sequência, o Enunciado 626 da VIII Jornada de Direito Civil e as justificativas de sua aprovação.

Palavras-chave: Alienação fiduciária em garantia. Propriedade fiduciária. Pacto comissório. Pacto marciano.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo evaluar la prohibición del pacto comisorio y la aplicabilidad del pacto marciano en el ámbito de la enajenación fiduciaria en garantía en el Derecho brasileño. Para tal evaluación, la metodología utilizada fue la investigación doctrinaria y jurisprudencial y la revisión bibliográfica relacionada a la materia. Primeramente, son presentados los institutos de la enajenación fiduciaria en garantía y de la propiedad fiduciaria. Posteriormente, son presentados los conceptos y características del pacto comisorio, los fundamentos de su prohibición y el ámbito de aplicación del referido impedimento, con énfasis puesto en el instituto de la enajenación fiduciaria en garantía y de la propiedad fiduciaria. Pásase luego, a la conceptualización y caracterización del pacto marciano, con la realización de una comparación de tal figura, en relación al pacto comisorio y los argumentos referentes a la posibilidad de utilización del primero en detrimento del segundo. Análizase a continuación, el enunciado 626 de la VIII Jornada de Derecho Civil y los fundamentos de su aprobación.

Palabras clave: Enajenación fiduciaria en garantía. Propiedad fiduciaria. Pacto comisorio. Pacto marciano.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002)
CC/16	Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916)
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil
CJF	Conselho da Justiça Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ/SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA....	12
2.1 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	12
2.2 PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA	16
2.3 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	19
2.3.1 Bens móveis	22
2.3.2 Bens imóveis	24
3 O PACTO COMISSÓRIO E O PACTO MARCIANO	27
3.1 O PACTO COMISSÓRIO.....	27
3.1.1 Conceito, origens, função e evolução histórica do Pacto Comissório e de sua proibição	27
3.1.2 Modalidades de pacto comissório.....	30
3.1.3 Fundamentos para a vedação do pacto comissório	31
3.1.3.1 Tutela do devedor / vulnerabilidade do devedor	31
3.1.3.2 Repressão à usura	33
3.1.3.3 Inderrogabilidade do procedimento judicial.....	33
3.1.3.4 Violação à igualdade entre os credores – <i>par conditio creditorum</i>	34
3.1.3.5 Interesse social em não difundir o pacto comissório.....	35
3.1.3.6 Vedação ao enriquecimento sem causa	36
3.1.3.7 Posição doutrinária quanto aos fundamentos de vedação do pacto comissório	36
3.1.4 Vedação ao Pacto Comissório no Direito Civil Brasileiro: artigos. 1.365 e 1.428 do CC de 2002	38
3.1.4.1 Incidência da vedação na alienação fiduciária em garantia.....	38
3.1.4.2 A proibição do pacto comissório e a autorização da dação em pagamento	42
3.2 O PACTO MARCIANO	43
3.2.1 Conceito, Origens	43
3.2.2 Modalidades, características, estrutura e efeitos.....	45
3.2.3 Argumentos referentes à licitude do pacto marciano	48
3.2.4 O Enunciado 626 da VIII Jornada de Direito Civil e a aplicabilidade do pacto marciano	53

4 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é avaliar a proibição do pacto comissório e a aplicabilidade do pacto marciano no âmbito da alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro. A justificativa da escolha do tema relaciona-se com o retorno das reflexões acerca do assunto, que foi por tempo negligenciado mas volta a ocupar lugar importante nas discussões no Direito Civil.

A proibição do pacto comissório está positivada no ordenamento jurídico brasileiro e dela trataram importantes doutrinadores. Quanto ao pacto marciano, apesar de ter sido relegado ao esquecimento por longo tempo por grande parte da doutrina, o assunto voltou a ser discutido contemporaneamente e a possibilidade de sua utilização tem sido aceita majoritariamente, como se pode verificar com a recente aprovação do enunciado 626 da VIII Jornada de Direito Civil. A eleição pelo tratamento do assunto no âmbito da alienação fiduciária em garantia e, conseqüentemente, da propriedade fiduciária, deu-se pelo fato de serem elas, hodiernamente, institutos muito utilizados nas relações negociais que envolvem garantia.

Consiste o pacto comissório em estipulação de cláusula que autoriza o credor de dívida com garantia real a ficar com a coisa alienada em garantia se a dívida não for paga no vencimento.¹⁻²

Já o pacto marciano é definido como a cláusula que autoriza o credor a ficar com o bem dado em garantia, que passará à sua propriedade plena, se o débito não for pago, porém avaliado por justo valor, a ser estimado por terceiro, e com devolução do *superfluum* (diferença entre o valor do bem e o valor da dívida), se houver, ao devedor.³⁻⁴

Com algumas características estruturais que o assemelham ao pacto comissório, mas com diferenças essenciais que dele o afastam, como se verá no desenvolver desse estudo, discute-se a aplicabilidade do pacto marciano em detrimento da proibição do pacto comissório.

O estudo visa a responder a duas questões centrais, direcionadas ao âmbito da alienação fiduciária em garantia no Direito brasileiro. São elas: o pacto comissório deve realmente ser proibido? E o pacto marciano, pode ser aplicado? A revisão bibliográfica e a pesquisa

¹ GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 174.

² VIANA, Marco Aurelio da Silva. **Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais - arts. 1.225 a 1.510 - volume XVI**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 717.

³ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 148.

⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 84.

jurisprudencial direcionaram-se para a tentativa de encontrar respostas a esses dois importantes questionamentos.

Para o desenvolvimento do trabalho, optou-se por dividi-lo em dois capítulos.

O primeiro capítulo cuida da alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária no ordenamento jurídico brasileiro. Para a construção do entendimento, trata-se da evolução histórica de institutos relacionados, retomando conceitos e características dos negócios fiduciários com função de garantia de origem romana e de origem germânica e as modificações que foram sendo feitas para adaptá-los às necessidades comerciais e negociais que foram surgindo. Aborda-se a teoria acerca dos negócios fiduciários próprios e impróprios e do trabalho da doutrina na conceituação, caracterização e definição da natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia.

Partindo-se do geral para o particular, abordam-se os direitos reais de garantia em contraposição às garantias pessoais ou fidejussórias, assim como a distinção entre direitos reais sobre coisa alheia e direitos reais sobre coisa própria. Cuida-se da essencial distinção entre a alienação fiduciária em garantia e a propriedade fiduciária, explicando os conceitos relacionados aos institutos e tratando sobre características essenciais como, por exemplo, a criação de um patrimônio de afetação. Trata-se da aplicação prática dos institutos com exemplos de sua utilização em relações jurídicas.

Na sequência, abordam-se a positivação da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, o surgimento, a evolução e as adaptações legislativas pertinentes. Neste tópico, chama-se a atenção para a pluralidade de fontes e para a fragmentação legislativa a desafiar os aplicadores do direito, que devem interpretar o ordenamento de forma sistemática e sempre à luz dos valores e princípios constitucionais. São expostas características da alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária de bens móveis e imóveis no Direito brasileiro.

Adentrando no escopo do trabalho, o segundo capítulo trata do pacto comissório e do pacto marciano.

Inicialmente, trata-se do pacto comissório, trazendo o conceito, a origem, a função e a evolução histórica do instituto e da proibição de sua utilização. Passa-se a um tópico em que é apresentada uma classificação quanto a modalidades do pacto comissório. Importante tema é o dos motivos para a vedação do pacto comissório, e sobre ele são trazidos seis fundamentos para a proscrição, comuns entre os autores estudados, a saber: tutela do devedor/vulnerabilidade do devedor; repressão à usura; inderrogabilidade do procedimento judicial; violação à igualdade entre os credores; interesse social na proibição do pacto comissório; vedação ao enriquecimento

sem causa. Na sequência, apresenta-se a posição de alguns autores na análise desses fundamentos.

Seguindo o estudo da cláusula comissória⁵, trata-se sobre a positivação de sua vedação no Direito Civil brasileiro, expressa nos artigos 1.365 e 1.428 do Código Civil de 2002, a discussão acerca do âmbito de incidência da vedação e sobre a autorização da dação em pagamento, expressa nos parágrafos únicos dos referidos artigos. Alerta-se para que não se confunda esta última figura com o pacto marciano e tampouco com o pacto comissório. Ainda, são expostos posicionamentos da doutrina favoráveis e contrários à dação.

Posteriormente, adentra-se no estudo do pacto marciano trazendo seu conceito e origens. Passa-se a expor modalidades, características, estrutura e efeitos, fazendo um cotejamento dele em relação ao pacto comissório, apontando as semelhanças e evidenciando as diferenças entre os dois institutos. Apesar de guardarem semelhança quanto ao fato de o credor poder apropriar-se da coisa objeto da garantia, o que os diferencia é a avaliação da coisa por justo preço por terceiro e a devolução do *superfluum* ao devedor, como supra referido.

Continuando o estudo, passa-se a expor os argumentos referentes à licitude do pacto marciano. Verifica-se, na doutrina estudada, entendimentos favoráveis à utilização da cláusula, assim como encontram-se entendimentos contrários. Importa atentar para a mudança de paradigma no que se refere aos princípios fundamentais do direito contratual brasileiro (autonomia privada, relatividade dos pactos e obrigatoriedade dos pactos) que passam a ser mitigados pelos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio das prestações, à medida que as relações privadas devem ser desenvolvidas de maneira consentânea com os princípios e valores constitucionais na tutela da dignidade da pessoa humana e no privilégio das relações existenciais sobre as patrimoniais.

Percebe-se a inclinação da doutrina pela aceitação da aplicabilidade do pacto marciano, o que se expressa na recente aprovação do enunciado 626 da VIII Jornada de Direito Civil,⁶ a admitir o pacto marciano. Exposto o enunciado e a justificativa de sua aprovação, empreende-se um esforço para analisá-los à luz dos conceitos tratados nesse trabalho. Nessa análise, importante atentar para os argumentos da aprovação do enunciado, contrastando-os com os

⁵ Importa atentar para a diferença entre os termos pacto e cláusula. O primeiro termo denota o acordo, a convenção, o contrato (no sentido de acordo de vontades, e não de instrumento); o segundo significa a “parte” do contrato (agora sim no sentido de instrumento) que expressa e formaliza o pacto. Embora clara essa diferença de significado, neste trabalho serão usados, indistintamente, os termos pacto comissório e cláusula comissória, assim como pacto marciano e cláusula marciana, visando a um melhor resultado estilístico.

⁶ ENUNCIADO 626 – Art. 1.428: Não afronta o art. 1.428 do Código Civil, em relações paritárias, o pacto marciano, cláusula contratual que autoriza que o credor se torne proprietário da coisa objeto da garantia mediante aferição de seu justo valor e restituição do supérfluo (valor do bem em garantia que excede o da dívida).

fundamentos da vedação ao pacto comissório e buscar a interpretação do ordenamento jurídico de forma sistemática a realizar os ditames constitucionais, como há pouco referido.

2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

2.1 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

A circulação de riquezas e a demanda por obtenção de crédito fizeram com que se criassem, no Direito, institutos aptos a viabilizar a realização de negócios que se adaptam a cada sociedade e às suas necessidades, levando-se em conta determinado momento e contexto históricos. Ao longo dos séculos, então, os institutos jurídicos foram se adaptando à realidade e às necessidades das sociedades que surgiam em diferentes locais e devido às diferentes conjunturas sociais e econômicas.

A partir do século XIX, principalmente, houve a necessidade da criação de novas garantias reais para a proteção do direito de crédito, pois as garantias existentes, de origem romana (penhor, hipoteca e anticrese) mostravam-se insuficientes para uma sociedade industrializada, devido à morosidade e ao custo para executá-las.⁷ Atendendo a essa necessidade, no sistema jurídico brasileiro foi introduzido, em 1965, o instituto da alienação fiduciária em garantia, o qual teve como objetivo facilitar a obtenção de crédito por parte dos devedores e garantir, de maneira mais eficiente e ágil, que os credores pudessem recuperar seus créditos no caso de inadimplemento.

A alienação fiduciária em garantia, instituto jurídico muito utilizado hodiernamente nas relações de circulação de riquezas e concessão de créditos e financiamentos, é o contrato pelo qual o devedor (fiduciante), com escopo de garantia, transfere ao credor (fiduciário) a propriedade resolúvel de coisa móvel ou imóvel, recobrando a propriedade após o implemento da condição, a saber o pagamento da dívida. Com o registro do contrato ocorre a constituição da propriedade fiduciária e, então, ocorre o desdobramento da posse ficando o devedor fiduciante com a posse direta e o credor fiduciário com a posse indireta do bem objeto dado em garantia. Com o cumprimento das obrigações resolve-se a propriedade em favor do devedor fiduciante, que adquire a propriedade plena do bem. No caso de inadimplemento por parte do devedor, consolida-se a propriedade em nome do credor, que deverá vender o bem para satisfazer seu crédito.⁸⁻⁹⁻¹⁰

⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 3.

⁸ *Ibidem*, p. 46.

⁹ Art. 1.361 e seguintes do CC.

¹⁰ Art. 22 e seguintes da Lei 9.514/97.

Para que se entenda a evolução histórica do instituto aqui tratado, importante abordar, ainda que de maneira superficial, os aspectos da fidúcia de origem romana e as alterações trazidas pelo Direito germânico, distinguindo, assim, estes dois tipos de fidúcia: fidúcia de tipo romano e fidúcia de tipo germânico. Ainda, importante que se atente para outros institutos ou figuras afins, como é o caso do *trust receipte* e do *chattel mortgage*, apresentados pela doutrina, ainda que não se aprofunde o estudo sobre eles neste trabalho.¹¹

É no Direito romano que se pode encontrar a origem mais antiga da fidúcia, instituto que foi, com o passar dos séculos, adaptando-se às necessidades e peculiaridades de cada época. Chalhub¹² demonstra que na obra de Gaio encontra-se uma definição da fidúcia, suas modalidades e características, e o registro de duas espécies: a fidúcia *cum creditore* e a fidúcia *cum amico*. Esta última tinha a finalidade de preservar determinados bens de uma pessoa que pudessem estar ameaçados por alguma circunstância. Já a *fiducia cum creditore*, segundo Alves¹³ a garantia real mais antiga que se encontra no direito romano, era um negócio jurídico por meio do qual o devedor transferia a propriedade de uma coisa infungível, ao credor, com vistas a garantir o cumprimento de uma obrigação, e as partes celebravam um pacto denominado *pactum fiduciae* pelo qual era convencionada a restituição da coisa dada em garantia quando cumprida a obrigação. Ainda segundo o autor¹⁴, a *fiducia cum creditore* caiu em desuso no decorrer dos séculos IV e V d.C subsistindo o penhor (*pignus datum*) e a hipoteca (*pignus obligatum*).

Quanto à diferenciação da fidúcia de tipo romano e a fidúcia de tipo germânico, Gomes¹⁵ demonstra que, na primeira, era conferido ao fiduciário um poder ilimitado e o fator confiança era muito importante ao passo que, na segunda, o poder do fiduciário era limitado.

Conforme Chalhub¹⁶ a fidúcia romana tinha dentre um de seus defeitos o fato de que tirava do devedor a posse da coisa dificultando os meios para pagamento da dívida e, assim, as garantias hipotecária e pignoratícia foram ganhando relevo. Porém, com o passar dos séculos e o desenvolvimento das sociedades, principalmente após a Revolução Industrial e devido ao desenvolvimento do capitalismo, estas garantias (penhor, hipoteca e, ainda, a anticrese) foram

¹¹ Importa salientar que não serão aprofundados nem discutidos estes conceitos. Para um maior aprofundamento ver ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987 e GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

¹² CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 10.

¹³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 350.

¹⁴ *Ibidem*, p. 353.

¹⁵ GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 50-51.

¹⁶ CHALHUB, *op. cit.*, p. 31-32.

demonstrando-se deficientes para as necessidades que surgiam, principalmente devido aos problemas referentes à preferência do Estado nos créditos e à morosidade do processo de excussão das garantias. Neste contexto, surgiram estudos doutrinários de juristas europeus, notadamente alemães e italianos, que criaram, inspirados na *fiducia cum creditore* do Direito romano, a figura do *negócio fiduciário*. Chalhub assim conceitua o instituto:

Entende-se por *negócio fiduciário* o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido este encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.¹⁷

Para Gomes¹⁸, a alienação fiduciária em garantia é uma das espécies da qual é gênero o negócio fiduciário, mas o autor chama a atenção para o fato de que se reduz, ao mínimo, o fator “confiança” e, por isso, alguns autores negam que a alienação fiduciária em garantia possa pertencer aos negócios fiduciários.

A doutrina classifica os negócios fiduciários em *próprios* e *impróprios*. Nos negócios fiduciários próprios (ou propriamente ditos), a propriedade é transferida para fins diversos daquele que lhe seria típico. Esses negócios jurídicos são marcados pela presença do elemento confiança, pois são caracterizados pela situação de perigo que é própria a essa modalidade de negócio. Já nos negócios fiduciários chamados impróprios (os quais alguns autores denominam *fidúcia* legal) não existe a *fides* que é peculiar do negócio fiduciário propriamente dito, mas apenas a *fides* comum a qualquer negócio jurídico. Nessa última configuração, tanto o fiduciante quanto o fiduciário dispõem de tutela legal para fazerem-se cumprir as obrigações da outra parte, conforme a lei e as disposições do contrato.¹⁹

Quanto a essa classificação, Alves²⁰ ensina que para que se tenha um *negócio fiduciário* propriamente dito a característica indispensável é a situação de perigo a que fica exposto o devedor devido à possibilidade de abuso por parte do credor, pelo elemento da *fides*. Quando não há esta característica, não há que se falar em *negócio fiduciário*. Por isso, para o referido autor, a rigor, não se pode caracterizar o negócio fiduciário do tipo germânico como negócio fiduciário propriamente dito, pois não há, como no do tipo romano, risco limitado pela *fides*

¹⁷ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 32.

¹⁸ GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 32.

¹⁹ CHALHUB, *op. cit.*, p. 63.

²⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 30

para o fiduciante, uma vez que o poder transferido ao fiduciário se encontra limitado pela condição resolutiva.

O mesmo autor traz conceitos e características relativos aos negócios fiduciários que ele denomina propriamente ditos (do tipo romano) e os negócios fiduciários do tipo germânico, além de conceituar e explicar o instituto do *trust receipt*, possivelmente originado dos Estados Unidos e o instituto do *chattel mortgage* conhecido no Direito dos povos germânicos. Conclui o doutrinador que a alienação fiduciária em garantia, apesar de possuir semelhanças e pontos de contato com os institutos citados, não se enquadra em nenhum deles, caracterizando-se como negócio jurídico típico, próprio do Direito brasileiro, ao qual se ajusta como instrumento jurídico apto e adequado à segurança do crédito.²¹

A respeito das figuras citadas, analisa Chalhub:

A análise das figuras de natureza fiduciária de construção romana, germânica e inglesa permite observar que a elas se recorria fundamentalmente como forma de suprir lacunas do sistema jurídico, pois a dinâmica da atividade econômica cria incessantemente novas espécies de negócio, que nem sempre encontram correspondência nas modalidades contratuais tipificadas no ordenamento. Por isso, como nenhum sistema jurídico é capaz de renovar-se com a velocidade das inovações ocorridas no campo econômico, sucede que, a cada nova necessidade de ordem econômica ou social, vão sendo adaptados velhos institutos jurídicos mediante renovação de suas funções, para atender a essas novas necessidades.²²

O referido doutrinador classifica os negócios fiduciários segundo as finalidades de *administração* ou de *garantia*, as quais coincidiriam, nesta ordem, às modalidades de figura do direito romano da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*. Ressalta ainda, o autor, que a doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem o negócio fiduciário²³, baseando-se na autonomia da vontade e na liberdade contratual e desde que não afrontem o ordenamento jurídico e a ordem pública, ainda que o ordenamento jurídico brasileiro não contemple uma regulamentação sistemática da matéria, havendo apenas algumas normas legais para hipóteses específicas.

Devido à necessidade de adaptação dos institutos jurídicos às conjunturas sociais e econômicas de determinada época, o negócio fiduciário também foi amoldando-se em face da economia moderna. Conforme Chalhub,²⁴ este processo pode ser verificado na evolução da

²¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 33-45.

²² CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 32.

²³ *Ibidem*, p. 54 se refere a Maria Helena Diniz que cita dentre as figuras negociais fiduciárias reconhecidas a compra e venda com fins de garantia, a venda com fins de administração e a venda para recomposição de patrimônio.

²⁴ *Ibidem*, p. 59.

fidúcia e no cotejamento entre a *fides* do Direito romano e a do Direito germânico, a qual foi redimensionada com vistas a afastar os riscos para o fiduciante ao introduzir a condição resolutiva no contrato. O autor cita também a evolução do *trust*, no qual a *fides* foi substituída por um conjunto de direitos e obrigações que transformaram a *fides* em uma figura a que a doutrina tem denominado *fidúcia legal*.

Na fidúcia legal, os poderes do fiduciário são limitados e sujeitos a controle, e o fiduciante dispõe de meios jurídicos para evitar abuso por parte do fiduciário e, inclusive, reivindicar a coisa de terceiros. Em contrapartida, nos negócios fiduciários próprios o fiduciante dispõe apenas de ações pessoais contra o fiduciário²⁵. Como traços que caracterizam a fidúcia regulada por lei, ressaltam-se a afetação patrimonial e a criação de um direito real limitado, que é a propriedade fiduciária, conceitos que serão tratados adiante, ainda neste capítulo.

2.2 PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

Deve-se atentar para a diferenciação dos direitos reais de garantia, em que um bem garante a dívida por um vínculo real, das garantias pessoais ou fidejussórias, nas quais a dívida é garantida por uma pessoa, como no caso da fiança. Ainda, diferenciam-se os direitos reais sobre coisa alheia e os direitos reais sobre coisa própria. Enquanto o penhor, a hipoteca e a anticrese são direitos reais constituídos sobre coisa alheia, em que o devedor continua dono da coisa dada em garantia, na alienação fiduciária o devedor transfere a propriedade do bem ao credor, que fica, então, com garantia sobre coisa própria, ou seja, é constituído direito real sobre coisa própria.²⁶

A aplicação da alienação fiduciária em garantia se dá, com maior frequência, no âmbito do mercado de consumo de bens duráveis, no contexto da compra de um bem para a qual o comprador necessita de financiamento. Então, há uma operação complexa em que se vinculam três sujeitos: o comprador/devedor fiduciante; o vendedor; e o financiador/credor fiduciário. O comprador e o financiador celebram entre si um contrato de financiamento e esse último entrega ao vendedor, em nome do primeiro, o preço correspondente, no todo ou em parte, a depender das condições ajustadas. Entre vendedor e comprador é celebrado um contrato de compra e venda. Entre o comprador e o financiador um contrato de garantia, pelo qual o comprador/devedor fiduciante transfere a propriedade fiduciária do bem adquirido ao credor

²⁵ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 64.

²⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 737.

fiduciário. Nesta última relação, a que se dá entre o devedor fiduciante e o credor fiduciário o contrato principal é o de financiamento e o contrato acessório é o de alienação fiduciária.²⁷ Nesse caso, o crédito e a garantia são constituídos simultaneamente, o que é o mais comum nas operações de empréstimos e financiamentos, mas a alienação fiduciária pode ser contratada também em momento posterior ao contrato de empréstimo ou financiamento.²⁸

Entretanto, é importante frisar que o devedor pode dar em garantia um bem que já integre o seu patrimônio, conforme o disposto na súmula 28 do STJ.²⁹

Luciano de Camargo Penteado³⁰ ao tratar dos direitos reais de garantia salienta que, embora seja esta a terminologia mais difundida, ele prefere empregar, como designação genérica, o termo *direitos reais com função de garantia*, que divide em direitos reais *de* garantia e direitos reais *em* garantia. Na primeira denominação, encontram-se as chamadas garantias típicas, ou seja, as que são especialmente desenhadas para cumprir esta função, como são o penhor, a hipoteca e a anticrese. Já os direitos reais que o autor denomina *em* garantia são direitos reais típicos empregados com outra função que não a típica, como é o que ocorre na propriedade fiduciária, em que a propriedade pode ser alienada fiduciariamente para fins de garantir uma obrigação, sendo enquadrada como uma garantia atípica.

A propriedade tem como uma de suas características a perpetuidade e, sendo assim, na regra geral, a propriedade se constitui *ad aeternitatem*.³¹ Sendo ela um direito de duração ilimitada, não comporta, em princípio, condição resolutiva. Entretanto, a ordem jurídica admite situações em que a propriedade se torna temporária e, nesses casos, em que ela tem sua duração subordinada a uma condição resolutiva ou termo final previsto no título constitutivo do direito, se diz que há propriedade resolúvel. A propriedade é resolúvel quando é uma propriedade por tempo determinado e o proprietário, ao adquiri-la, sabe que irá perdê-la em certo tempo ou realizada determinada condição.³²

Divergem os doutrinadores na nomenclatura utilizada para as formas de propriedade limitada no tempo, a que se pode denominar propriedade temporária ou propriedade de eficácia

²⁷CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 161-162

²⁸ *Ibidem*, p. 168.

²⁹ Súmula 28/STJ: “O contrato de alienação fiduciária pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor”.

³⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 148-149.

³¹ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 239.

³² GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 251.

pendente. Gomes³³ denomina propriedade temporária ao gênero, do qual seriam espécies a propriedade resolúvel e a propriedade *ad tempus*. Penteado³⁴ coloca como denominação propriedade de eficácia pendente, das quais trata como espécies a propriedade resolúvel e a propriedade fiduciária. Dentro da propriedade resolúvel coloca três modalidades ou subespécies, a saber: propriedade resolúvel por implemento de condição; propriedade resolúvel por advento do termo; propriedade resolúvel por advento de causa superveniente. O autor trata a propriedade *ad tempus* como modalidade de propriedade resolúvel por advento de causa superveniente.

A despeito da divergência doutrinária na classificação, a utilidade desta divisão reside no fato de se poder melhor entender a matéria. Entendendo a propriedade fiduciária³⁵ como um tipo ou modalidade de propriedade resolúvel³⁶ e seguindo a classificação e natureza jurídica que lhe dá Alves,³⁷ a alienação fiduciária em garantia é negócio jurídico típico que faz nascer a propriedade fiduciária.

É mister distinguir a alienação fiduciária em garantia da propriedade fiduciária. A primeira é o contrato que serve de título à constituição da segunda, a qual, por sua vez, é a garantia real. Assim como ocorre com as outras garantias reais (penhor, hipoteca, anticrese), de um lado está o contrato e de outro lado a garantia real cujo título é um destes contratos. A alienação fiduciária em garantia é o título que dá margem à constituição da propriedade fiduciária, direito este enquadrado no ordenamento jurídico pátrio como uma garantia real em favor do credor.³⁸ Quanto ao termo contrato, assevera Tartuce

Deve ficar claro que a alienação fiduciária em garantia não constitui um contrato, no sentido categórico e jurídico do termo, eis que o instituto se situa dentro do Direito das Coisas. É verdade que, no geral, a alienação fiduciária é instituída por contrato, no sentido de negócio ou instrumento negocial.³⁹

³³ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 251-252.

³⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 501-502.

³⁵ A propriedade fiduciária está positivada, no Código Civil de 2002, no Capítulo IX, Título III, Livro III da Parte especial, nos artigos 1.361 a 1.368-B.

³⁶ O Código Civil de 2002 trata, no Capítulo VIII da Parte Especial, nos artigos 1.359 e 1.360 da Propriedade resolúvel.

³⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 45-46.

³⁸ *Ibidem*, p.46.

³⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 756.

Sobre o contrato de alienação fiduciária, para Penteado “a melhor classificação do contrato é como negócio jurídico de direito das coisas, em que ocorre o acordo sobre a transferência da propriedade condicional, com cláusula resolutiva em favor do devedor”.⁴⁰

O próximo tópico cuida da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, seu surgimento, evolução legislativa e algumas características. Passo adiante, no próximo capítulo, adentra-se no escopo do trabalho tratando acerca da proibição do pacto comissório e da aplicabilidade do pacto marciano no âmbito da alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária.

2.3 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já referido, a propriedade fiduciária pode ser constituída para fins de administração patrimonial ou de garantia. Devido ao escopo deste estudo, nele cuida-se apenas da propriedade fiduciária na sua função de garantia.

Com a constituição da propriedade fiduciária ocorre o desdobramento da posse, ficando o devedor fiduciante com a posse direta e o credor fiduciário com a posse indireta do bem objeto da garantia. Importante ressaltar, novamente, que diferentemente do penhor, da hipoteca e da anticrese, a propriedade fiduciária é direito real sobre coisa própria, pois enquanto naquelas o devedor conserva a coisa dada em garantia, nesta ele a retira de seu patrimônio e a transfere para o patrimônio do credor.

Característica importante é a criação de um patrimônio de afetação que tem como objeto o bem dado em garantia. A afetação patrimonial oriunda de relações de natureza fiduciária produz basicamente dois efeitos: o bem objeto da garantia é colocado à margem das vicissitudes econômicas e financeiras tanto do devedor fiduciante quanto do credor fiduciário e, ainda, as faculdades do titular do patrimônio (no caso o credor fiduciário) sofrem limitações, atribuindo-se a ele somente as faculdades necessárias à consecução dos fins para os quais foi estabelecido o patrimônio de afetação.⁴¹

Na hipótese de falência do devedor fiduciante, o credor fiduciário terá assegurada a restituição do bem, seja móvel⁴² ou imóvel⁴³ e, então, deverá promover a venda do bem para satisfação de seu crédito e arrecadar à massa falida o saldo que sobrar, caso exista. Se a falência

⁴⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 555.

⁴¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 75.

⁴² Art. 7º do Decreto-lei 911/69.

⁴³ Art. 32 da Lei 9.514/97.

for do credor fiduciário, do mesmo modo a coisa dada em garantia fica afastada da insolvência, pois quando o bem ingressa no patrimônio do credor fiduciário ele já é afetado, ficando segregado, sem se confundir com os demais bens e direitos integrantes do patrimônio.⁴⁴

Viana demonstra que o fiduciário adquire uma propriedade que é limitada, resolúvel, ou seja, ele é proprietário sob condição resolutiva, ao passo que o fiduciante é proprietário sob condição suspensiva. Para o autor, está clara a ideia de utilização da propriedade como garantia, o que afasta a ideia de fidúcia, porque a obrigação de restituir a coisa decorre da própria lei, pois uma vez satisfeita a dívida, a propriedade reverte em favor do devedor automaticamente. Paga a dívida, ocorre a reversão da propriedade em favor do devedor fiduciante e o credor fiduciário tem a obrigação de restituir a coisa dada em garantia.⁴⁵ Conforme Gomes, “esse pagamento atua como condição resolutiva, pondo termo à propriedade resolúvel”.⁴⁶

Acerca das normas legais que regulamentam a garantia fiduciária no ordenamento jurídico brasileiro, Chalhub traça um panorama e agrega que, devido à eficácia desta espécie de garantia, vez que outra é introduzida uma nova espécie de garantia fiduciária no Direito positivo. O autor cita treze modalidades de figuras de natureza fiduciária (propriedade fiduciária e titularidade fiduciária)⁴⁷ das quais serão abordadas neste estudo apenas duas: a propriedade fiduciária de bens móveis (de aplicação generalizada por qualquer pessoa física ou jurídica, regulamentada pelo Código Civil e a de aplicação no âmbito dos mercados financeiros e de capitais regulada pela Lei nº 4.728/65 em seu artigo 66-B) e a propriedade fiduciária de bens imóveis em geral, para fins de garantia (Lei nº 9.514/97).

Lima⁴⁸ faz um breve histórico das legislações que regem a alienação fiduciária em garantia, figura que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o artigo 66 da Lei nº 4.728 de 1965, a qual veio para regulamentar o mercado financeiro e de capitais, tendo sua redação alterada posteriormente pelo Decreto-Lei nº 911/1969. Com a Medida Provisória nº 2.160-25/2001, foi inserido o artigo 66-A e, posteriormente, a Lei nº 10.931/2004 revogou de maneira expressa os artigos 66 e 66-A inserindo o art. 66-B. Devido às necessidades e pressões de alguns setores da economia, aliadas à crise do sistema imobiliário e à decadência das

⁴⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 135.

⁴⁵ VIANA, Marco Aurélio da Silva. **Comentários ao novo Código Civil**: dos direitos reais - arts. 1.225 a 1.510 - volume XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 521-522.

⁴⁶ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 258.

⁴⁷ CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 133-138.

⁴⁸ LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Estudos sobre a Alienação Fiduciária em garantia - Vedação ao Pacto Comissório e Licitude do Pacto Marciano. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, jul./dez. 2015. v. 422, n. 111, p. 233-235.

garantias tradicionais, somadas estas causas ao sucesso das experiências em relação aos bens móveis, a alienação fiduciária em garantia passou a ser também utilizada pelos incorporadores imobiliários com a criação da lei nº 9.514/97. A propriedade fiduciária está prevista e regulamentada pelo Código Civil de 2002, no Livro III, Título III, Capítulo IX.

Esta fragmentação legislativa referente à alienação fiduciária em garantia e à propriedade fiduciária dificulta a interpretação e a aplicação do Direito de forma a proporcionar benefícios tanto ao credor quanto ao devedor e, por isso, fundamental é o papel da doutrina e da jurisprudência nessa matéria. A corroborar esse entendimento:

Apesar dos inegáveis avanços proporcionados pela alienação fiduciária na tutela do crédito, a disciplina legal ainda apresenta problemas e não é de todo satisfatória. Certamente, uma das causas das deficiências encontradas reside no fato de o instituto ter sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio de diversos textos legislativos, editados em conjunturas variadas e sem qualquer preocupação com sua adequada sistematização, a resultar em disciplina fragmentada e, não raro, contraditória. Por essa razão, requer-se do intérprete e aplicador do direito intenso exercício hermenêutico, a fim de encontrar a necessária unidade na complexidade, e conferir à alienação fiduciária em garantia disciplina coerente e que efetivamente proporcione às partes todas as possíveis vantagens que dela se possam extrair.⁴⁹

Quando da entrada em vigência do Código Civil de 2002, também em matéria de propriedade fiduciária emergiram questões de direito intertemporal e o princípio de que a lei posterior revoga a lei anterior teve de buscar serenidade na construção da doutrina e da jurisprudência desafiando intérpretes e aplicadores do direito.⁵⁰

É mister atentar para a reconstrução dos conceitos fundamentais do Direito Civil na ótica do Direito Civil-Constitucional. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, elege a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, por isso, todo o ordenamento jurídico deve funcionar de forma a tutelar referido fundamento.

Sobre essa reconstrução de conceitos e o deslocamento dos princípios do Direito Civil do Código Civil para a Constituição, Tepedino ensina que

[...] a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de *ordem pública*. Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, para a

⁴⁹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis**: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. *Civilística.com*, Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2015, p. 5.

⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil**: parte especial - direito das coisas, v. 15 (arts. 1.277 a 1.368). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 333.

construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da Constituição brasileira de 1988.⁵¹

É fundamental o papel dos aplicadores do Direito na realização dos princípios constitucionais: “daí o grande desafio do jurista de hoje, consistente na necessidade de harmonização de fontes normativas a partir dos valores e princípios constitucionais”.⁵²

Essa complexidade do ordenamento considerando as diversas fontes normativas (leis, sistema sociocultural, jurisprudência) deve ser compreendida de forma unitária, sendo a Constituição Federal responsável pela unificação do sistema e harmonização dessa pluralidade de fontes. Assim, “a pluralidade de fontes normativas deve conviver com uma unidade axiológica, conferida pelas normas constitucionais”.⁵³

A seguir, serão expostas características da alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária de bens móveis e imóveis conforme o ordenamento jurídico brasileiro para, no próximo capítulo, adentrarmos no tema do pacto comissório e do pacto marciano.

2.3.1 Bens móveis

Quanto à propriedade fiduciária de bens móveis no Direito positivo brasileiro, há duas espécies: uma de aplicação geral, regulada pelo Código Civil de 2002, dos artigos 1.361 a 1.368, e outra de aplicação exclusiva para garantia de créditos constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais, assim como para garantia de créditos fiscais e previdenciários, regida pela Lei nº 4.728/65 em seu artigo 66-B e parágrafos.

Importa salientar que as normas contidas no Código Civil de 2002 referem-se à propriedade fiduciária de bens móveis de aplicação generalizada, por qualquer pessoa física ou jurídica. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais aplicando-se as disposições do Código Civil naquilo que não for incompatível com a legislação especial.⁵⁴

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. **A função social nas relações patrimoniais**. p. 1. Disponível em: <https://www.academia.edu/30890621/A_fun%C3%A7%C3%A3o_social_nas_rela%C3%A7%C3%B5es_patrimoniais>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁵² *Idem*. Os 15 anos da Constituição e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil** – Tomo II – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 382.

⁵³ *Idem*. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 362.

⁵⁴ CC/2002. Art. 1.368-A.

Conforme o Art. 1.361 do CC, “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível⁵⁵ que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”. O Art. 1362 do CC/2002 traz os requisitos que o contrato que serve de título à propriedade fiduciária deve conter.⁵⁶

A propriedade fiduciária constitui-se mediante o registro do título no Registro competente⁵⁷. Quando tratar-se de bens móveis, o registro é feito no Registro de Títulos e Documentos ou se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento fazendo-se anotação no certificado de registro⁵⁸. Importa destacar, quando se tratar de veículos, que o STF tem o entendimento de que não é mais necessário o registro no Registro de Títulos e Documentos, conforme decisão de 2015, sendo necessária apenas a anotação no Certificado de Registro do Veículo⁵⁹. Com a constituição da propriedade fiduciária ocorre o desdobramento da posse, ficando o devedor com a posse direta⁶⁰ e o credor fiduciário com a posse indireta.

Caso haja inadimplemento por parte do devedor, o credor é obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa dada em garantia a terceiros para satisfação de seu crédito e, caso haja saldo, a entregá-lo ao devedor.⁶¹ Quando, após a venda da coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, o devedor continua obrigado pelo restante⁶².

O art. 1.365 do CC/2002 traz a vedação ao pacto comissório ao dispor que: “é nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”. Fachin⁶³ reitera que é imperativa a alienação da coisa, sendo inadmissível o resgate para incorporação do bem no patrimônio do credor e, por isso, cominada de nulidade plena a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia se a dívida não for paga no vencimento. A vedação ao pacto comissório será tratada especificamente no próximo capítulo.

⁵⁵ No âmbito da Lei 4.728/65, com a redação dada pela Lei. 10.931/2004, conforme o art. 66-B § 3º é admitida a alienação fiduciária de coisas fungíveis e a cessão fiduciária de direitos, bem como de títulos de créditos

⁵⁶ CC/2002. Art. 1362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterá: I – o total da dívida, ou sua estimativa; II – o prazo, ou a época do pagamento; III – a taxa de juros, se houver; IV – a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

⁵⁷ CC/2002. Art. 1.361, § 1º.

⁵⁸ Conforme a súmula 92 do STJ: “A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor”.

⁵⁹ Recurso Extraordinário 611.639 e ADIns 4.227 e 4.333.

⁶⁰ CC/2002. Art. 1361 § 2º.

⁶¹ CC/2002. Art. 1.364.

⁶² CC/2002. Art. 1.366.

⁶³ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil**: parte especial - direito das coisas, v. 15 (arts. 1.277 a 1.368). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 359.

O Parágrafo Único do Art. 1.365 do CC/2002 traz que “o devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta”.⁶⁴ O artigo em comento traz referência à dação em pagamento, que se caracteriza pela circunstância de o credor aceitar receber coisa que não seja dinheiro em substituição à prestação que lhe era devida. Ainda, considerando-se que a dação em pagamento é modalidade indireta de extinção da obrigação, a mesma requer anuência do credor e sua recusa não pode ser considerada injusta.⁶⁵

O Art. 1.367 do CC/2002 estabelece que à propriedade fiduciária em garantia, tanto de bens móveis como de bens imóveis se aplicam as regras gerais dos direitos reais de garantia sobre coisa alheia constantes dos artigos 1.419 a 1.430 do CC/2002 e, no que for específico, à legislação especial pertinente.

A seguir, algumas linhas acerca da alienação fiduciária e da propriedade fiduciária de bens imóveis para, posteriormente, adentrar no capítulo que irá tratar especificamente sobre o pacto comissório e o pacto marciano.

2.3.2 Bens imóveis

A alienação fiduciária em garantia de bens imóveis foi instituída pela Lei 9.514/1997 que traz, em seu Art. 22: “A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. A propriedade fiduciária constitui-se mediante o registro do contrato que lhe serve de título no Registro de Imóveis competente⁶⁶ decorrendo daí o desdobramento da posse, ficando o credor com a posse indireta e o devedor com a posse direta do bem imóvel dado em garantia. O Art. 24 da Lei. 9514/97 traz os requisitos que o contrato que serve de título à propriedade fiduciária deve conter.

Paga a dívida e seus encargos, resolve-se a propriedade fiduciária do imóvel em favor do devedor fiduciante e o credor fiduciário deverá fornecer, no prazo de 30 dias, sob pena de multa, o termo de quitação, que será levado ao Registro de Imóveis para o cancelamento da propriedade fiduciária.⁶⁷

⁶⁴ CC/2002. Art. 1365, parágrafo único.

⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil**: parte especial - direito das coisas, v. 15 (arts. 1.277 a 1.368). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 362.

⁶⁶ Lei 9.514/1997. Art. 23.

⁶⁷ Lei 9.514/1997. Art. 25.

No caso de inadimplemento por parte do devedor e após sua constituição em mora, ocorre a consolidação da propriedade do imóvel em nome do fiduciário, nos termos do art. 26 e parágrafos seguintes da Lei em comento. O referido artigo traz o rito e os procedimentos para a consolidação, o que se sintetiza a seguir.

O fiduciante será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do registro de imóveis, para satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, incluindo juros, penalidades e demais encargos contratuais e legais, inclusive tributos e contribuições condominiais, além das despesas de cobrança e registro.⁶⁸ Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalesce o contrato de alienação fiduciária e o oficial do Registro de Imóveis entregará ao fiduciário a importância recebida, deduzidas as despesas de cobrança e intimação.⁶⁹

Decorrido o prazo de quinze dias sem a purgação da mora, o oficial do registro de Imóveis promoverá a averbação da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, mediante pagamento do imposto de transmissão intervivos. Importante citar a inclusão do artigo 26-A, com redação dada pela Lei 13.465/2017, o qual traz normas especiais para os procedimentos de cobrança, purgação da mora e consolidação da propriedade fiduciária relativos às operações de financiamento habitacional, inclusive as operações do Programa Minha Casa, Minha Vida. No âmbito dessas operações, o prazo para consolidação da propriedade mediante averbação é de trinta dias após expirar o prazo para purgação da mora e, ainda, até a data da averbação da consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor é assegurado ao devedor fiduciante pagar as parcelas da dívida e as despesas, hipótese em que convalescerá o contrato de alienação fiduciária.⁷⁰

Uma vez consolidada a propriedade em nome do fiduciário, ele deverá, no prazo de trinta dias, promover público leilão para a venda do bem. Os parágrafos do artigo 27 da Lei trazem o procedimento para a venda do imóvel em leilão. Se no primeiro leilão o maior lance for inferior ao valor do imóvel, se realizará segundo leilão no prazo de quinze dias, no qual será aceito o maior lance desde que igual ou superior ao valor da dívida e seus encargos e despesas.

Realizada a venda, se sobejar saldo, o credor deverá entregá-lo ao devedor no prazo de cinco dias da data da venda em leilão. Frustrado o segundo leilão, será considerada extinta a dívida para o devedor e o credor estará exonerado da obrigação de restituição de saldo.⁷¹ Nesse

⁶⁸ Lei 9514/97. Art. 26 § 1º.

⁶⁹ Lei 9514/97. Art. 26 §§ 5º e 6º.

⁷⁰ Lei 9514/97. Art. 26-A §§ 1º e 2º.

⁷¹ Lei 9514/97. Art. 27, §§ 4º e 5º.

ponto, importante atentar para a discussão acerca desses procedimentos, pois levanta-se, na doutrina, a questão de saber se nesse caso se estaria diante de um pacto comissório. Há divergência de argumentos, mas prevalece o entendimento de que não há configuração de pacto comissório, pelos motivos que serão expostos, no capítulo seguinte, quando será tratado especificamente do tema.

Feitas as considerações sobre a alienação fiduciária em garantia e a propriedade fiduciária, passa-se ao próximo capítulo, que se dedica ao estudo do pacto comissório e do pacto marciano.

3 O PACTO COMISSÓRIO E O PACTO MARCIANO

Neste capítulo, passa-se a tratar dos institutos do pacto comissório e do pacto marciano, trazendo conceito, estruturas, características e as restrições ou possibilidades de aplicação no âmbito da alienação fiduciária em garantia no Direito brasileiro.

Inicia-se com o pacto comissório, trazendo seu conceito, origens, características, modalidades e passando aos fundamentos de sua proibição. Na sequência, direciona-se o estudo à vedação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro dando ênfase ao âmbito de aplicação na alienação fiduciária em garantia e abordando também a figura da dação em pagamento.

Em seguida, passa-se ao estudo do pacto marciano, trazendo de início seu conceito e origens, modalidades, passando por suas características, estrutura e efeitos para chegar aos argumentos favoráveis à sua aplicabilidade em detrimento da proibição da cláusula comissória, assim como argumentos contrários à sua utilização. Fechando o capítulo, será abordada a recente aprovação do enunciado 626 da VIII Jornada de Direito Civil analisando as justificativas para sua aprovação.

3.1 O PACTO COMISSÓRIO

Neste tópico, trata-se especificamente sobre o pacto comissório. O estudo inicia pelo seu conceito, passa a suas origens, uma classificação quanto a modalidades para chegar, então, aos fundamentos da sua proibição. Quanto aos fundamentos, serão citados aqueles trazidos e debatidos pela doutrina, assim como algumas críticas a que estão sujeitos. Após, direciona-se o estudo à vedação do pacto comissório no ordenamento jurídico brasileiro e o âmbito de sua incidência, com foco na alienação fiduciária em garantia.

3.1.1 Conceito, origens, função e evolução histórica do Pacto Comissório e de sua proibição

O pacto comissório, vedado no ordenamento jurídico brasileiro, como já visto, é a cláusula que autoriza o credor a ficar com a coisa objeto da garantia em caso de inadimplemento.

O pacto comissório “consiste em pactuar, no ato constitutivo da garantia real, a faculdade de apropriar-se o credor do seu objeto em caso de não ser cumprida a obrigação garantida”.⁷²

Assim também o definem Viana “o pacto comissório (*lex comissória*) é a estipulação que autoriza o credor da dívida com garantia real a ficar com a coisa se o débito não for pago no vencimento”⁷³ e Gomes “Cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento”.⁷⁴

Quanto às origens da referida cláusula, encontram-se na *lex comissoria* romana. Matos⁷⁵ explica que, no que se refere à origem etimológica da referida expressão, a palavra *lex* não era usada no sentido próprio de lei, ou seja, de norma jurídica geral e abstrata, mas sim no sentido de contrato, de pacto, referente à autonomia contratual. Quanto à palavra *comissoria*, a autora assegura que maiores têm sido as dificuldades de seu estudo, mas que o sentido seria o de violar um pacto acordado entre as partes.

No que se refere à função e à importância prática do referido instituto, era ele utilizado pelos romanos com duas funções distintas e, então, diferenciava-se o significado da *lex comissoria* quando inserida em um contrato sinalagmático da *lex comissoria* quando inserida em um contrato de garantia real. Na primeira acepção, assumia o significado de cláusula resolutiva permitindo que, perante o incumprimento por uma das partes, a outra resolvesse o contrato. O Código Civil Brasileiro de 1916 utilizava este mecanismo, expresso em seu artigo 1.163⁷⁶, o qual encontra correspondência, no CC de 2002, nos artigos 474 e 475, que tratam da cláusula resolutiva expressa⁷⁷. Em sua segunda acepção, inserida em um contrato de garantia real, constituía uma cláusula acessória que permitia ao credor apropriar-se do bem dado em garantia, se verificada a falta de pagamento pontual do devedor assumindo, neste caso, a

⁷² TRABUCCHI, *Istituzioni*, p. 269 *apud*. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Vol. IV - Direitos Reais. Atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 332.

⁷³ VIANA, Marco Aurelio da Silva. **Comentários ao novo Código Civil**: dos direitos reais - arts. 1.225 a 1.510 - volume XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 717.

⁷⁴ GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 174.

⁷⁵ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 27.

⁷⁶ Código Civil Brasileiro de 1916. Art. 1.163: “Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato ou pedir o preço”.

⁷⁷ CC/2002. Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial. Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

natureza de condição suspensiva.⁷⁸ É desse segundo significado que se cuidará ao longo deste estudo.

Monteiro Filho⁷⁹ faz uma cronologia do pacto comissório, desde sua origem em Roma até os dias atuais, direcionando para o ordenamento jurídico brasileiro, a qual se tentará aqui sintetizar. Inicia expondo que o instituto teve sua origem no Direito Romano (*Lex Comissoria*) que “permitia ao credor se investir na propriedade da coisa garantidora, caso ocorresse o incumprimento da prestação devida. E, durante séculos, tal modalidade de liberação do devedor encontrou ampla guarida”.⁸⁰

O autor continua sua explanação lecionando que foi a partir do imperador Constantino, em 320 d. C, que foi proibida a utilização da cláusula comissória, mediante um édito promulgado pelo mesmo. No Código de Teodósio (de 438, d. C) a proibição foi mantida, e também foi inserida, depois, no Digesto de Justiniano. Após a queda do Império Romano, a proibição do pacto comissório, com raras exceções, manteve-se na tradição jurídica dos povos Europeus e continuou durante a Idade Média.

Segundo o mesmo autor, no período das ordenações seguiu-se na mesma lógica. Nas ordenações Afonsinas proibiu-se o pacto comissório e permitia-se (à semelhança do que ocorria no Direito Romano) o pacto marciano, que será tratado posteriormente. Nas ordenações Manuelinas e Filipinas não houve alterações. Na Consolidação das Leis Civis (Decreto 2.318/1858) de Teixeira de Freitas constavam a proibição do pacto comissório e a autorização do pacto marciano. No Código Civil de 1916, a proibição do pacto comissório estava prevista no artigo 765⁸¹ e houve omissão acerca do pacto marciano.

Monteiro Filho encerra a cronologia falando sobre o Código Civil de 2002, que manteve a vedação ao pacto comissório, trazendo a proibição em seus artigos 1365⁸² e 1.428⁸³ e omitindo-se, assim como o diploma anterior, acerca do pacto marciano. Importante salientar que os dois dispositivos, em seus parágrafos únicos, autorizam a dação em pagamento, figura que também será abordada neste trabalho.

⁷⁸ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 28-30.

⁷⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 21-31.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁸¹ CC/1916. Art. 765. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

⁸² CC/2002. Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

⁸³ CC/2002. Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

No próximo tópico será trazida uma classificação quanto às modalidades de pacto comissório.

3.1.2 Modalidades de pacto comissório

Sem aprofundar o assunto, este tópico abordará, de forma sucinta, uma classificação quanto às modalidades de pacto comissório, utilizando-se de quatro critérios, trazidos nos parágrafos seguintes, em apertada síntese ao exposto por Matos.⁸⁴

- a) quanto à relação do pacto comissório com as garantias reais: em garantia ou autônomo. O primeiro é aquele que está associado a uma garantia e definido como o acordo entre devedor e credor para que este último fique com o bem dado em garantia em seu patrimônio caso o crédito garantido pelo referido bem não seja pago. É dessa modalidade que se trata no presente estudo. O segundo, pacto comissório autônomo, opera com independência de qualquer outra garantia, configurando ele mesmo uma garantia atípica. Pode revestir a natureza de uma condição suspensiva ou de uma condição resolutiva.
- b) quanto ao preço pelo qual é transmitido o bem dado em garantia: pacto marciano e pacto comissório desproporcionado. A autora trata o pacto marciano como uma das modalidades de pacto comissório, mas faz a ressalva de que há o entendimento no sentido contrário, considerando-o como cláusula acessória nos contratos de garantia, conceitualmente independente do pacto comissório, entendimento esse que é o utilizado neste estudo e sobre o qual serão trazidas as características quando for tratado sobre o referido instituto. O pacto comissório desproporcionado é aquele em que não há correspondência entre o valor do bem transferido ao credor e o valor da dívida, conforme já tratado supra.
- c) quanto ao momento de sua celebração: *in continenti*, *ex intervallo*, posterior ao vencimento. O primeiro é aquele celebrado quando da constituição da garantia, simultaneamente a ela, ainda que seja em documento separado. O segundo é o celebrado entre o momento da constituição da garantia e o momento do vencimento da obrigação garantida. O último é o acordado após o vencimento da obrigação.
- d) quanto à eficácia: real ou obrigacional. No primeiro, o credor apropria-se do bem dado em garantia se verificado o inadimplemento por parte do devedor. No

⁸⁴ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 77-94.

segundo, o devedor assume a obrigação de transferir determinado bem para o credor apenas em caso de inadimplemento.

As modalidades acima, trazidas por Matos, são analisadas e debatidas pela autora tendo como base o ordenamento jurídico português e a doutrina desse país e contrapondo seu entendimento a doutrinadores italianos, espanhóis e alemães.

No próximo tópico, trata-se acerca dos fundamentos da proibição do pacto comissório trazendo aqueles citados e debatidos pela doutrina, assim como as críticas a que estão sujeitos.

3.1.3 Fundamentos para a vedação do pacto comissório

Encontram-se, na doutrina, diversos fundamentos para a proibição do pacto comissório. Serão tratados, a seguir, os fundamentos comuns entre os autores estudados, assim como as críticas a que estão sujeitos. Com mudança de nomenclatura entre um ou outro autor, assim como de entendimento quanto à importância ou cabimento, os fundamentos de vedação à cláusula comissória que serão tratados são: (1) a tutela do devedor/vulnerabilidade do devedor; (2) a repressão à usura; (3) a inderrogabilidade do procedimento judicial; (4) a igualdade entre os credores – *par conditio creditorum*; (5) o interesse social na proibição da cláusula comissória; (6) a vedação ao enriquecimento sem causa.

3.1.3.1 Tutela do devedor / vulnerabilidade do devedor

Este argumento refere-se à proteção da parte mais fraca, parte hipossuficiente da relação, a saber, o devedor, que necessitando de crédito fica vulnerável a possíveis abusos do credor. A proibição da cláusula comissória teria razão, então, para defender o devedor e coibir o abuso por parte do credor.

Matos⁸⁵ afirma que este fundamento tem um grande peso histórico, sendo a explicação tradicionalmente dada para a proibição do pacto comissório considerando que em suas origens, a proibição do pacto foi justificada pela necessidade de tutelar o devedor perante os abusos dos credores. Aduz a autora que “através do pacto comissório, a lei visa a corrigir eventuais desequilíbrios de forças normalmente existentes entre as partes que celebram contratos de

⁸⁵ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 58.

garantia”.⁸⁶ A autora admite que esse fundamento concorre para explicar a proibição do pacto comissório mas assevera que não se pode aceitar que dita proibição decorra unicamente dele.

Monteiro Filho⁸⁷ trata a vulnerabilidade do devedor juntamente com o argumento da vedação ao enriquecimento sem causa e o argumento do interesse social na proibição do pacto comissório, afirmando que os três constituem parcela de um mesmo núcleo que é o desvirtuamento da função da garantia, tese que o autor sustenta como o verdadeiro fundamento da vedação à cláusula comissória no direito atual. O autor conclui, em síntese, que “diante do desequilíbrio contratual entre garantidor e garantido, o pacto comissório desnatura a função da garantia prestada, importando na possibilidade de enriquecimento sem causa do credor”.⁸⁸

A opinião de Haddad⁸⁹ é de que a proteção do devedor foi apenas justificativa histórica e este fundamento não se coaduna com a possibilidade de as partes poderem firmar uma dação em pagamento com o próprio bem objeto da garantia pois, a seu ver, a debilidade do devedor não é menor após o vencimento.

Terra e Guedes⁹⁰ discordam da opinião de Haddad. As autoras entendem que, apesar de a proteção do devedor não ser único fundamento, ainda assim é um fundamento legítimo e, segundo elas, talvez o mais importante.

Também Arnaldo Rizzardo⁹¹ ao tratar sobre a *Lex comissoria*, afirma que a proibição da mesma visa à proteção do devedor, que se encontra em uma posição de inferioridade frente ao credor e agrega, ainda, que de sua utilização “adviria uma injustiça ao obrigado, pois a transferência do bem se operaria ao arrepio de uma correta apreciação econômica do bem, com evidente viabilidade de injustiça contra o devedor”.

⁸⁶ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 59.

⁸⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 32.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 67.

⁸⁹ HADDAD, Luís Gustavo (2013, p. 122 *apud* TERRA; GUEDES, 2016, p. 14). TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Pacto Comissório versus Pacto Marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. (Orgs.) **Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2016. Observação: Haddad é citado em *apud* pois não se conseguiu acesso à tese do autor, embora se tenha tentado contactando a Universidade de São Paulo que informou que a tese estará disponível para consulta online, na íntegra, apenas a partir de 25/11/2018, data que é posterior à finalização deste trabalho.

⁹⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Pacto Comissório versus Pacto Marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Orgs.). **Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2016, p. 15.

⁹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 7. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1045.

Conforme a doutrina estudada, percebe-se que o fundamento da vulnerabilidade do devedor é argumento acolhido majoritariamente, considerando a necessidade de proteção do devedor contra os abusos do credor.

3.1.3.2 Repressão à usura

Outro fundamento trazido pela doutrina para a proibição do pacto comissório é a repressão à usura. Esse fundamento, assim como o anterior, também tem como principal finalidade evitar a exploração do devedor pelo credor.

Em sua análise, Matos⁹² não acolhe esse fundamento e coloca como um dos motivos, que se prende a razões históricas, o fato de que se a usura estivesse na base da proibição da cláusula comissória, ela deveria ter tido destino semelhante a esta última, o que não ocorreu. Enquanto a usura evoluiu de uma proibição absoluta do pagamento de juros para uma possibilidade de cobrança desses mesmos juros, desde que não sejam usurários, o pacto comissório continuou proibido, o que indica que estes dois institutos não tinham o mesmo fundamento e que a usura não pode ser considerada causa de vedação do pacto comissório.

Monteiro Filho⁹³ traz que, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro apresentar arcabouço legal e jurisprudencial destinado a coibir práticas usurárias, a repressão à usura, por si só, não é fundamento apto a justificar a proibição do pacto comissório, sendo justificativa secundária, não inerente à sua estrutura.

3.1.3.3 Inderrogabilidade do procedimento judicial

Este fundamento tem relação com o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil⁹⁴. O acesso dos jurisdicionados ao Poder Judiciário apresenta-se como garantia de justiça e aplicação do Direito. Porém, diversas são as possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro de execução extrajudicial como por exemplo, no Direito dos Contratos com a cláusula resolutiva expressa e na execução de hipoteca com a venda em leilão, para citar alguns exemplos. Entretanto, essa execução fora de um processo judicial não impossibilita que as partes recorram ao Poder Judiciário caso seja necessário.

⁹² MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 63.

⁹³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 48.

⁹⁴ CF/88. Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Quanto a esse fundamento, Matos⁹⁵ afirma que “mais recentemente quis-se fundar a proibição do pacto comissório no princípio da inderrogabilidade do procedimento judicial e na inadmissibilidade da convenção que atribui ao credor um poder de autotutela e autossatisfação de seu crédito”. A proibição se justificaria pelo princípio que atribui ao Estado a exclusividade do exercício da função executiva, e a proibição da autodefesa sendo ela uma conquista histórica, está na origem da garantia do acesso ao Direito e aos Tribunais, complementa a autora. Porém, ela refuta esses argumentos citando doutrinadores que defendem que o princípio da função executiva pelo Estado não é absoluto, comportando exceções e que a celebração de um pacto comissório não impede que as partes recorram a um Tribunal, ou seja, que devido a este fundamento não se sustentaria a proibição, pois o acesso ao Direito e aos Tribunais estaria sempre resguardado.

Monteiro Filho⁹⁶ chama a atenção para que, no Direito brasileiro, há diversas situações de execução fora do processo, mas isso não viola a garantia do devido processo legal e tampouco prejudica a jurisdição dos Tribunais brasileiros, pois a aposição de cláusula comissória não impede que as partes recorram ao Poder Judiciário se houver litígio. O autor conclui que a inderrogabilidade do procedimento judicial, por si só, é insuficiente como fundamento de proibição do pacto comissório.

No que se refere ao tema, Terra e Guedes⁹⁷ lembram que o desenvolvimento da mediação e da arbitragem como alternativas para solução de conflitos evidencia que o caráter inderrogável da via judicial não é absoluto e que o fundamento para a proibição do pacto comissório não é de natureza processual, mas material.

3.1.3.4 Violação à igualdade entre os credores – *par conditio creditorum*

Há quem defenda que se o pacto comissório fosse permitido, restaria prejudicado o princípio da igualdade entre os credores, o chamado *par conditio creditorum*. Conforme Matos,⁹⁸ para alguns, a proibição da cláusula comissória tutela a exigência específica de que o patrimônio do devedor não seja subtraído da garantia geral de todos os credores. A autora dirige

⁹⁵ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 64.

⁹⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 39-44.

⁹⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação al pacto comissório à licitude do pacto marciano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 51-77, jan./jun.2017, p. 57-58.

⁹⁸ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 70-71.

críticas a esta tese, dentre as quais a de que quem aceita esta explicação esquece que a lei faculta aos credores diversos meios para resguardar seus direitos como, por exemplo, a impugnação pauliana.⁹⁹

Monteiro Filho¹⁰⁰ expõe que o ordenamento jurídico brasileiro traz diversas hipóteses de tratamento desigual entre credores como são os casos, por exemplo, dos artigos 964 e 965 do Código Civil de 2002¹⁰¹ e do artigo 83 da Lei de Falências (Lei 11.101/2005)¹⁰². O autor destaca, ainda, que a vedação à cláusula comissória não depende da situação econômica do devedor, e que ela será nula mesmo que o devedor tenha outros bens suficientes para cumprir suas obrigações. Conclui o autor que, devido às diversas inconsistências de argumento, o princípio do *par conditio creditorum* não é fundamento suficiente para a proibição do pacto comissório.

3.1.3.5 Interesse social em não difundir o pacto comissório

Há autores que entendem que o interesse em vedar a utilização do pacto comissório é um interesse geral em evitar que o mesmo se difunda e prevaleça no ordenamento jurídico esta forma de garantia que permite abusos por parte do mais forte (credor) sobre o mais fraco (devedor).¹⁰³

Monteiro Filho trata deste fundamento do interesse social em não difundir o pacto comissório junto com o fundamento do desequilíbrio econômico e do enriquecimento sem causa do credor. O autor demonstra entender que estes três fundamentos seriam componentes de um mesmo matiz que busca evitar a desvirtuação da função de garantia.

Em conta da tutela funcional sobre o acautelamento concedido, impõe-se reconhecer que, diante da sensível situação jurídica do devedor (*rectius* garantidor), a possibilidade de enriquecimento do credor via pacto comissório desnatura o escopo de segurança materializado na garantia ofertada, o que importa no interesse social sobre a proibição da cláusula comissória.¹⁰⁴

⁹⁹ No direito brasileiro encontra previsão no artigo 161 do CC/2002.

¹⁰⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 53-57.

¹⁰¹ Os artigos 964 e 965 encontram-se no título X do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002 que trata das preferências e dos privilégios creditórios.

¹⁰² O art. 83 da Lei 11.101/2005 traz a ordem de classificação dos créditos na falência.

¹⁰³ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 71-72.

¹⁰⁴ MONTEIRO FILHO, *op. cit.*, p. 57-58.

Este argumento do interesse social, ainda segundo o autor, está associado à proteção contra os efeitos prejudiciais que poderiam ser ocasionados ao sistema de garantias caso fosse difundido o pacto comissório na prática negocial. Acaso permitido, o pacto tornar-se-ia usual e subverteria os valores e princípios do sistema de garantias, e este seria o dano social evidenciado, o da violação à função da garantia.¹⁰⁵

3.1.3.6 Vedação ao enriquecimento sem causa

Este fundamento é tratado por Monteiro Filho, como acima referido, de forma conjunta com o fundamento do desequilíbrio econômico e do interesse social em não difundir o pacto comissório. O autor argumenta que o mecanismo do pacto comissório gera enriquecimento para o credor porque ele se apropria de um bem superior ao valor da dívida, obtendo lucro às custas do devedor, que fica sem a restituição do *superfluum*. Acrescenta que não existe título jurídico apto a dar causa ao enriquecimento, pois a garantia prestada deveria cumprir a função de segurança contra o risco de inadimplemento.¹⁰⁶ Conclui o autor, em síntese, ao analisar os fundamentos acima tratados, que “diante do desequilíbrio contratual entre garantidor e garantido, o pacto comissório desnatura a função da garantia prestada, importando na possibilidade de enriquecimento sem causa do credor”.¹⁰⁷

Terra e Guedes¹⁰⁸ associam este fundamento aos da proteção do devedor e do *par conditio creditorum* também esclarecendo que este fundamento normalmente não é invocado de forma autônoma.

3.1.3.7 Posição doutrinária quanto aos fundamentos de vedação do pacto comissório

Conforme visto supra, a doutrina aponta diversos fundamentos para a vedação ao pacto comissório. A seguir, sintetiza-se a conclusão de alguns doutrinadores ao analisarem os possíveis fundamentos.

¹⁰⁵ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 66-67.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 67.

¹⁰⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Pacto Comissório versus Pacto Marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. (Orgs.) **Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo: 2016, p. 17.

Para Matos “a proibição do pacto comissório emerge primacialmente da necessidade de acautelar o devedor perante os abusos do credor, mas resulta também do interesse social em evitar a disseminação do pacto comissório”.¹⁰⁹

Monteiro Filho, conclui que a nulidade do pacto comissório decorre de múltiplos embasamentos em torno do desvio funcional da garantia prestada. Sustenta o autor que

[...] a proibição da cláusula denota fundamento complexo, resultado da combinação das virtudes de cada uma das três últimas justificativas apresentadas: tutela da vulnerabilidade, vedação ao enriquecimento sem causa e interesse social na não difusão do pacto comissório.¹¹⁰

Terra e Guedes¹¹¹ também afirmam que o fundamento da proibição é plúrimo e ressalvam que, salvo melhor juízo, não se finca na repressão à usura, tampouco na inderrogabilidade do procedimento judicial e nem no interesse social geral em coibir o pacto comissório. Afirmam que os fundamentos da proteção do devedor e da preservação da aplicação do princípio *par conditio creditorum* são igualmente importantes e dignos de tutela, assim como o fundamento da coibição do enriquecimento injustificado do credor, o qual para as autoras, vem associado aos outros dois.

Flávio Tartuce usa a expressão “pacto comissório real” a fim de diferenciá-lo do que ele chama de “pacto comissório contratual” (art. 1.163 do CC/1916) que se refere a exemplo de cláusula resolutiva expressa. O autor não trata especificamente dos fundamentos para a proibição do pacto comissório real, do qual trata esse estudo, em separado, mas faz referência a doutrinadores que cuidaram do assunto citando a presença de razões morais, a vedação da usura e do enriquecimento sem causa, a proteção da parte mais fraca e a exigência do devido processo legal como argumentos para a proibição, os quais contam com seu apoio por estarem em sintonia com o Direito Privado Contemporâneo.¹¹²

Expostos os fundamentos para a vedação do pacto comissório, o próximo tópico cuida da positivação da proibição no Direito brasileiro e, no que se refere ao âmbito de incidência, apresenta alguns entendimentos contrários à sua proscrição na alienação fiduciária em garantia.

¹⁰⁹ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 73.

¹¹⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 68.

¹¹¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Pacto Comissório versus Pacto Marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. (Orgs.) **Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo: 2016, p. 13-17.

¹¹² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v.4: Direito das Coisas**. 10. ed. [2. Reimp.] Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 578-579.

3.1.4 Vedação ao Pacto Comissório no Direito Civil Brasileiro: artigos. 1.365 e 1.428 do CC de 2002

A vedação ao pacto comissório vem expressamente prevista nos artigos 1.365 e 1.428 do Código Civil de 2002, conforme visto supra, os quais fulminam a cláusula de nulidade. Importa salientar que a nulidade atinge tão somente a cláusula, e não o contrato como um todo.

Dos pactos ilícitos, alguns – por inerentes à essência da propriedade fiduciária ou da própria alienação fiduciária em garantia – acarretam a nulidade do contrato de alienação fiduciária em garantia; outros, como o pacto comissório, são apenas considerados não escritos, ou seja, sua nulidade não implica a nulidade do contrato a que eles se opõem.¹¹³

Os parágrafos únicos dos referidos artigos admitem, entretanto, a figura da dação em pagamento, sobre a qual serão feitas algumas considerações na sequência deste mesmo capítulo.

3.1.4.1 Incidência da vedação na alienação fiduciária em garantia

Como o escopo deste estudo direciona-se à alienação fiduciária em garantia e à propriedade fiduciária, busca-se identificar se a doutrina é unânime quanto à vedação do pacto comissório nos referidos institutos ou se encontram-se entendimentos divergentes. Por isso, neste tópico se direcionará o olhar mais especificamente para a doutrina quando trata da cláusula comissória no âmbito da alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária.

Eminentes juristas entendiam não ser possível a estipulação do pacto comissório na alienação fiduciária em garantia: “do mesmo modo que nos direitos pignoratícios, o proprietário fiduciário não pode estipular pacto comissório para ficar com a coisa adquirida. Tem de vendê-la para se satisfazer no produto da venda”.¹¹⁴

Do mesmo entendimento compartilhava Moreira Alves ao assegurar que é “ilícito o pacto comissório quando aposto à alienação fiduciária em garantia, da mesma forma por que o é quando aposto aos contratos de penhor, anticrese ou hipoteca”.¹¹⁵ Também afirmava essa ilicitude independente da modalidade da cláusula, fosse *ab initio* ou *ex intervallo*.

¹¹³ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 148.

¹¹⁴ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 358.

¹¹⁵ ALVES, *op. cit.*, p. 146.

Em sentido contrário, outros doutrinadores criticaram a vedação à cláusula comissória na alienação fiduciária em garantia, a se ver:

A nós nos parece que o legislador deixou-se por demais influenciar pela dogmática do penhor e da hipoteca. E da mesma influência penetrou-se o Código Civil de 2002 (arts. 1364 e 1.365). No plano ontológico não tem cabimento a atração do princípio. Ao contrário do que ocorre na situação pignoratícia ou hipotecária, com a alienação fiduciária a coisa já está na propriedade e na posse (indireta embora) do credor. Desta sorte, não haveria proibir aquilo que é o efeito natural do negócio fiduciário (aquisição da coisa pelo credor). No penhor, como na hipoteca, a coisa é do devedor e do devedor continua sendo, gravada embora de ônus real; na alienação fiduciária a coisa já passa à titularidade do credor, descabendo a proibição de vir ele a ser seu dono.¹¹⁶

Defende Caio Mário da Silva Pereira¹¹⁷ que o critério adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é ilógico, por proibir uma aquisição que já está inserida na constituição do direito, e é também gerador de dificuldades, pois pode o credor, ao vender a coisa extrajudicialmente, ser acionado pelo devedor por ter disposto da coisa a baixo preço. Assim, o credor poderia ser condenado a indenizar o devedor pela *minus valia* com prejuízo ao credor e desprestígio da alienação fiduciária e de seus objetivos como instituto a garantir o crédito.

Ao tratar da proibição da “Lex Comissoria”, Pontes de Miranda coloca a questão de saber se o art. 765 do Código Civil de 1916 (atual artigo 1.428 do CC/2002) incidiria, por analogia, em se tratando da transmissão da propriedade em segurança. Para o doutrinador:

Mas o outorgado em pacto de transmissão de segurança já é proprietário: não se poderia negar tornar-se aquilo que êle [sic] já é. Pode-se vedar o vir a ser, não o ser. Ao titular de direito real de garantia não se permite que se torne mais do que é. Aplicar-se o art. 765 ao outorgado em pacto de transmissão em segurança seria negar-se a alguém poder continuar de ser o que já é.¹¹⁸

Seguindo a linha dos doutrinadores citados, Chalhub¹¹⁹ também critica a vedação ao pacto comissório na propriedade fiduciária. Quando trata da propriedade fiduciária de bens móveis, considera que a legislação sobre a propriedade fiduciária, ao conter regra análoga à da proibição prevista para o penhor, a hipoteca e a anticrese, é incompatível com a própria natureza da propriedade fiduciária.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. IV – Direitos Reais. Atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 437-438.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 438.

¹¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Tomo XXI. 3. ed., reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 333.

¹¹⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Curso de direito civil**: direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 231-232.

Ao tratar da propriedade fiduciária de bens imóveis, Chalhub¹²⁰ considera que a legislação é compatível com a natureza da propriedade resolúvel, na medida em que prevê, no artigo 27 da Lei 9.514/97, que a consolidação da propriedade no credor se faz automaticamente quando falha a condição resolutiva.

Sobre esse mesmo tema, ao tratar da alienação fiduciária em garantia de coisas imóveis no Direito Brasileiro, Isabel Andrade de Mattos¹²¹, após o comentário de que não há previsão expressa de proibição do pacto comissório no que tange à alienação fiduciária em garantia de imóveis no Direito brasileiro, a autora chama a atenção para a previsão da hipótese de o credor ficar com o imóvel no segundo leilão e, por isso, levanta-se a questão de saber se neste caso se verifica a admissibilidade do pacto comissório, ao contrário do que está consagrado para a alienação fiduciária em garantia de coisas móveis.

Ao tratar da alienação fiduciária de coisa imóvel, analisando a lei 9.514/97, José Eduardo Loureiro afirma que ali ocorre, sim, o pacto comissório, sendo da essência da nova garantia.

Não purgada a mora pelo devedor, certificado o fato pelo oficial do registro imobiliário e recolhido o imposto de transmissão pelo credor, tornar-se-á ele proprietário pleno do imóvel mediante o registro na matrícula correspondente. É nesse momento que incidiu o pacto comissório. Os leilões previstos na lei não apagam o pacto comissório já verificado.¹²²

Discordam deste entendimento Guedes e Terra, para quem o procedimento, conforme descrito pela Lei 9.514/97, não configura pacto comissório, visto que decorre da lei, e não de cláusula contratual. O que se proíbe é que a propriedade seja transferida diretamente sem que haja pelo menos a tentativa de venda do bem dado em garantia. Para as autoras

Não se trata, portanto, de proibir que a propriedade, originalmente fiduciária e resolúvel, se consolide na esfera jurídica do credor, o que decorre diretamente do inadimplemento da dívida por determinação expressa da lei, mas de coibir que se exima o credor de alienar o bem após a consolidação da propriedade em sua esfera jurídica, convertendo-a em definitiva.¹²³

¹²⁰ CHALHUB, Melhim Namem. **Curso de direito civil**: direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 231-232.

¹²¹ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 186.

¹²² LOUREIRO, José Eduardo. Alienação fiduciária de coisa imóvel. In: **Revista do Advogado**, nº 63. São Paulo: AASP, 2001, p. 93.

¹²³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis**: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. *Civilística.com*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2015, p. 8.

Neste ponto, importante a observação que faz Borsoi que vem ao encontro do tema escopo deste estudo, a vedação ao pacto comissório e a aplicabilidade do pacto marciano no ordenamento jurídico brasileiro. Observa a autora:

Tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro veda o pacto comissório, ressalta-se que a consolidação da propriedade plena na pessoa do fiduciário (quando frustrado o segundo leilão) não terá validade se for desproporcional entre o valor do bem dado em garantia e o montante devido, já que acarretaria enriquecimento ilícito do credor. Assim, em observância as normas de ordem pública, para a consolidação da propriedade nestas hipóteses, o credor é compelido a restituir a diferença do valor do bem dado em garantia e o montante efetivamente devido (seria assim a aplicação do chamado pacto marciano. Neste sentido, é esclarecedora a decisão proferida pelo TJSP, Apelação nº 992.06.078122-9/São Paulo, rel. Des. Francisco Casconi, de 08/01/2010, in www.tj.sp.gov.br.¹²⁴

A decisão acima citada pela autora refere-se à apelação envolvendo alienação fiduciária em garantia de bem imóvel firmada com empresa de *factoring* para garantia de dívida. Na análise da decisão verifica-se que, apesar de não citar diretamente o pacto marciano, os desembargadores decidem pela avaliação do bem por terceiro e pela devolução do saldo ao devedor após a apreciação do valor do bem e do valor da dívida, requisitos que estão presentes no mecanismo do referido pacto. Como razão de decidir, os magistrados invocam o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e o princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa. Citam, ainda, a função social do contrato e a boa-fé objetiva, chamando a atenção para o fato de que o juiz, hoje, ao aplicar o direito ao caso concreto deve atentar para a finalidade teleológica da lei e para o sistema jurídico como um todo, afastando a visão estritamente legalista que predominava até metade do século passado e que prevalecia quando da elaboração do Código Civil de 1916.¹²⁵

Ainda no que se refere ao âmbito de proibição da cláusula comissória, quando comenta o art. 1.365 do CC/2002, Tartuce¹²⁶ entende que as normas ali contidas se aplicam a qualquer modalidade de alienação fiduciária, seja em relação a móveis ou imóveis.

Ao tratar da alienação fiduciária em garantia no Direito Brasileiro, Matos¹²⁷ entende que, devido à configuração do instituto, que serve à função de garantia, tem pleno cabimento a proibição do pacto comissório. Para a autora, a manutenção da proibição do pacto comissório

¹²⁴ BORSOI, Marta. **A alienação fiduciária em garantia no Direito Português e no Direito Brasileiro**. Repositório aberto da Universidade do Porto: 2013, p. 50. Disponível em: <repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/84723>. Acesso em: 07 set. 2018.

¹²⁵ Apelação com revisão nº 992 06 078122-9 – voto nº 16.411, TJ/SP. págs. 23 a 29 da decisão.

¹²⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 766.

¹²⁷ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 186-187.

no âmbito da alienação fiduciária em garantia é um dos traços que a caracterizam e que, dentre outros, possibilita a distinção deste instituto e do negócio fiduciário propriamente dito.

No próximo tópico trata-se da autorização da dação em pagamento em contraposição à proibição da cláusula comissória. São trazidos argumentos favoráveis e contrários à referida figura.

3.1.4.2 A proibição do pacto comissório e a autorização da dação em pagamento

A figura da dação em pagamento está prevista no artigo 356 do CC/2002¹²⁸ e é uma forma de extinção da obrigação em que o credor aceita receber do devedor prestação diversa da que lhe é devida e pode ser realizada antes ou depois do vencimento da obrigação, pois não depende de inadimplemento.

Cumprе alertar para que não se confunda essa figura com a figura do pacto marciano, que será tratado na sequência. Enquanto a dação em pagamento, que é uma faculdade permitida ao devedor, com a devida concordância do credor, independe do inadimplemento e é celebrada em momento posterior ao vencimento da dívida, o pacto marciano é acordado previamente ao vencimento e tem como requisito o inadimplemento do devedor.¹²⁹

Há divergência na doutrina quanto à aceitação da figura da dação em pagamento no seu cotejamento com as causas da proibição da cláusula comissória, conforme segue exposto.

Favoráveis à possibilidade da dação, Terra e Guedes¹³⁰ evidenciam as distinções entre o pacto comissório e a dação em pagamento. Enquanto o primeiro pressupõe inadimplemento absoluto da obrigação principal e está vinculado a uma relação jurídica de garantia, a segunda não tem nenhuma vinculação anterior com o inadimplemento. Ainda, no pacto comissório, a transferência do bem é convencionada antes do vencimento da dívida e vincula aquele bem objeto da garantia, enquanto na dação em pagamento o devedor pode, depois de vencida a dívida, escolher qualquer bem com valor semelhante à dívida para dar em pagamento.

¹²⁸ Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

¹²⁹ CASTRO, Diana Paiva de; FREITAS, Rodrigo. Pacto comissório e pacto marciano na retrovenda com escopo de garantia: proposta de delimitação das fronteiras à luz da metodologia civil-constitucional. **Revista OAB/RJ**, Rio de Janeiro. Edição Especial – Direito Civil, p. 8. Disponível em: <<http://revistaelectronica.oabRJ.org.br/?artigo=pacto-comissorio-e-pacto-marciano-na-retrovenda-com-escopo-de-garantia-proposta-de-delimitacao-das-fronteiras-a-luz-da-metodologia-civil-constitucional>>. Acesso em: 20 set. 2018.

¹³⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação al pacto comissório à licitude do pacto marciano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 51-77, jan./jun. 2017, p. 64.

Já para Haddad¹³¹ a dação em pagamento não se justificaria nem mesmo depois do vencimento da dívida pois feriria o direito dos demais credores. De acordo com o autor, no caso de insolvência do devedor a dação em pagamento deveria ser considerada ineficaz com base no art. 129 incisos II e IV da Lei de Falências (Lei 11.101/2005). Segundo o autor, deveria estar explícito na lei que a possibilidade de dação em pagamento deveria ser aplicada apenas para devedores solventes.

Também na defesa do interesse dos outros credores do devedor e do sistema de garantias, Lima¹³² assevera que a dação em pagamento deve ser analisada de maneira conjunta com os artigos referentes à fraude à execução e à fraude contra credores. Isso se justifica na hipótese em que o bem possui valor superior ao da dívida, só sendo admitida a dação caso o devedor não tenha outros credores, os quais poderiam sair prejudicados, colocando em risco assim o sistema de garantia, argumentos esses, como já vistos, que em conjunto com outros, fundamentam a proibição do pacto comissório.

3.2 O PACTO MARCIANO

Neste tópico, passa-se ao estudo do chamado pacto marciano, trazendo primeiramente seu conceito e origens, seguindo com suas características, estrutura e efeitos, para chegar finalmente aos argumentos favoráveis à aplicabilidade do mesmo em detrimento da proibição da cláusula comissória. Será abordada, também, a recente aprovação do enunciado 626 da VIII Jornada de Direito Civil, o que deve reacender a discussão acerca desse instituto que tem sido relegado ao esquecimento por grande parte da doutrina.

3.2.1 Conceito, Origens

Trata-se, neste tópico, do conceito e origens do pacto marciano.

¹³¹ Haddad (2013, p. 127 *apud* TERRA; GUEDES, 2017, p. 64-65). TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação al pacto comissório à licitude do pacto marciano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 51-77, jan./jun. 2017, p. 64-65

¹³² LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Estudos sobre a Alienação Fiduciária em garantia - Vedação ao Pacto Comissório e Licitude do Pacto Marciano. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, jul./dez. 2015. v. 422, n. 111, p. 245-246.

Isabel Andrade Mattos o conceitua como “convenção pela qual, no caso de o devedor não cumprir a sua obrigação na data do respectivo vencimento, a propriedade do bem dado em garantia se transfere para o credor mediante preço justo”.¹³³

Guedes e Terra também definem o pacto marciano

Consiste o Pacto Marciano no ajuste pelo qual as partes acordam, já no contrato que serve de título à constituição da garantia, a apropriação do seu objeto pelo credor diante do inadimplemento da dívida por valor arbitrado por terceiro, o que garante que se atribua à coisa preço justo e condizente com as práticas de mercado, a afastar o risco de qualquer prejuízo ao devedor.¹³⁴

Das definições dadas à cláusula marciana pela doutrina, verifica-se como características essenciais a justa avaliação realizada com imparcialidade e a restituição ao devedor do valor que sobrar considerando a diferença entre a avaliação do bem e o valor da dívida. Estas características serão melhor abordadas, ainda neste capítulo, no próximo tópico. Por ora, passe-se às origens e ao desenvolvimento histórico do instituto.

Assim como faz no que se refere à cláusula comissória, Monteiro Filho¹³⁵ traça a trajetória histórica do Pacto Marciano, a qual se sintetiza a seguir.

A origem da admissibilidade da cláusula marciana, que se deu posteriormente à proibição da cláusula comissória, veio de uma consulta formulada ao Jurisconsulto Marciano, na qual se firmou entendimento sobre a referida cláusula. Com o fim do Império Romano e início da Idade Média e com a influência do Direito Canônico durante o reinado de Afonso X (1252-1284) foram editadas as *Siete Partidas*, um corpo normativo onde constava a proibição do pacto comissório e a admissão do pacto marciano. As Ordenações Portuguesas também previram a licitude do pacto marciano enquanto declararam a ilicitude do pacto comissório.¹³⁶

No Direito brasileiro, a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas tratou da cláusula marciana contemplando sua validade. O Código Civil de 1916 manteve a vedação ao pacto comissório em seu artigo 765, prescrevendo a sanção de nulidade, mas silenciou acerca

¹³³ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 82.

¹³⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis**: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. Civilística.com, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2015, p. 9.

¹³⁵ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 72-78.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 72-75.

do pacto marciano, apesar de haver sido proposta uma emenda parlamentar para inclusão da admissibilidade do pacto marciano, a qual foi rejeitada.¹³⁷

Da mesma forma, o CC/2002 também silenciou sobre a cláusula marciana. Monteiro Filho informa que desta vez também foi proposta emenda para que a redação do atual artigo 1.365 do CC/2002 permitisse a constituição do pacto marciano na alienação fiduciária em garantia, a qual foi rejeitada, apesar de o parecer da rejeição citar expressamente a licitude do pacto marciano. Os argumentos do parecer foram os de que não se poderia aceitar a emenda posto que a proposta era de substituir a regra proibitiva do pacto comissório pela regra permissiva do pacto marciano (embora não houvesse dúvidas sobre a licitude deste último) porque não se poderia substituir o texto sobre o pacto comissório posto que era indispensável à proteção do devedor.¹³⁸

3.2.2 Modalidades, características, estrutura e efeitos

Com relação às modalidades de Pacto Marciano, Monteiro Filho¹³⁹ usa os critérios de: a) vinculação a determinada garantia e b) momento da celebração para elencar as modalidades de pacto marciano, assim como para as de pacto comissório. Quanto ao primeiro critério, assim como a cláusula comissória, a marciana poderá ser constituída de forma vinculada ou autônoma. No que diz respeito ao segundo critério, o pacto marciano poderá se constituir *in continenti*, *ex intervallo* ou *a posteriori*.

Apesar de o pacto marciano guardar semelhança com o pacto comissório no que se refere ao fato de o credor apropriar-se do bem objeto da garantia, as características que o diferenciam são essenciais para a defesa da licitude do primeiro em contraposição à vedação do segundo. Diversos doutrinadores já defenderam que é lícito o pacto marciano enquanto condenam como ilícito o pacto comissório.

Nessa esteira, Moreira Alves assevera ser ilícito o pacto comissório quando aposto à alienação fiduciária em garantia, assim como o é nos contratos de penhor, hipoteca e anticrese. Em contrapartida, assegura ser lícito o pacto marciano.¹⁴⁰ Também Gomes¹⁴¹ posicionou-se

¹³⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 76-77.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 77-78.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 101.

¹⁴⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 146-147.

¹⁴¹ GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 120.

pela licitude do pacto marciano pelo qual, não pago o débito, a coisa passa para a plena propriedade do credor fiduciário tendo sido seu valor estimado por terceiro.

Para além da característica citada, que aproxima o pacto marciano do comissório, estão duas ideias que os diferenciam estruturalmente, como se pode observar quando da conceituação do instituto feita no início do tópico anterior: a aferição do justo valor da coisa e a devolução ao devedor do valor que sobejar, caso houver. Quanto à avaliação, envolve dois aspectos: o procedimental e o temporal. No que se refere à devolução ao devedor da diferença entre o valor de avaliação e o valor da dívida, é um dos efeitos decorrentes da avaliação do bem no pacto marciano, dentre outros três que podem ocorrer e que serão tratados na sequência.

No tocante à avaliação, quanto ao aspecto procedimental, diz respeito a como se dará a avaliação, a qual pode ocorrer por diversos caminhos. O que é crucial é que seja rodeada de cautela para garantir o atendimento de critérios objetivos, mediante recurso às regras de mercado ou mediante intervenção de terceiro imparcial escolhido pelas partes.¹⁴²

No que se refere ao aspecto temporal, que diz respeito ao momento em que deverá ser realizada a aferição do valor da coisa dada em garantia, encontra-se, na doutrina, entendimentos diversos. Discute-se na doutrina se para se preservar o pacto marciano a avaliação do bem deveria ser feita depois do vencimento da obrigação ou se poderia ser realizada antes disso, quando da constituição da garantia ou então entre a constituição e o vencimento da obrigação. Terra e Guedes¹⁴³ informam que a doutrina, de um modo geral, tem se posicionado pela primeira solução, ou seja, quando já configurado o inadimplemento, pois do contrário a validade do pacto restaria contaminada.

Com relação à divergência doutrinária no que se refere ao exato momento em que se deve proceder à avaliação da coisa dada em garantia, Monteiro Filho¹⁴⁴ identifica quatro momentos: antes do vencimento da dívida; no seu vencimento; no inadimplemento; na efetiva aquisição da propriedade.

¹⁴² MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 83.

¹⁴³ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Pacto Comissório versus Pacto Marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Orgs.). **Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo: 2016, p. 27.

¹⁴⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 94.

Para Moreira Alves¹⁴⁵ o justo valor poderia ser estimado antes ou depois do vencimento da dívida. Matos¹⁴⁶ sustenta que a avaliação deve ser efetuada apenas quando do vencimento da obrigação, pois neste momento o devedor não estaria mais em uma posição de inferioridade negocial frente ao credor. Luís Gustavo Haddad¹⁴⁷ sustenta que a avaliação deve se dar no momento do inadimplemento. Por fim, há a tese que sustenta a avaliação na efetiva aquisição da propriedade, a qual foi adotada pelo Código Civil Francês. Monteiro Filho¹⁴⁸ ressalta que em alguns ordenamentos há coincidência entre o momento do inadimplemento e o da aquisição da propriedade, que decorre diretamente da cláusula marcial e por isso é que alguns autores estrangeiros tratam de maneira indiscriminada estes dois momentos. Isso não é o que ocorre no Brasil, em que pode haver intervalo de tempo entre um e outro e, por isso, afirma o autor considerar mais apropriada a avaliação do bem no efetivo momento da aquisição da propriedade.

Como se verifica dos conceitos trazidos pela doutrina, outra característica importante do pacto marcial, e que o diferencia do comissório, é que será devolvido ao devedor o saldo que sobrar caso haja diferença entre o valor de avaliação e o valor da dívida. Isso ocorre quando o valor de avaliação da coisa dada em garantia supera o valor da dívida e, então, o credor deverá restituir o *superfluum* ao devedor. Conforme Monteiro Filho¹⁴⁹, além dessa citada, outras três hipóteses podem decorrer da justa avaliação. Se o valor de avaliação do bem for igual ao valor da dívida, ocorre a sua extinção, liberando as partes sem que nada mais seja devido por elas. Caso o valor do bem seja inferior ao da dívida, continua o devedor obrigado pelo restante. Há, ainda, como traz o autor, os casos de perdão legal, casos em que a lei expressamente perdoa o devedor ou o credor do excedente, ficando liberado da obrigação.¹⁵⁰

Expostas as características principais do pacto marcial, passa-se ao estudo de alguns argumentos favoráveis à sua licitude assim como argumentos contrários trazidos pela doutrina.

¹⁴⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 148.

¹⁴⁶ MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório**: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 83.

¹⁴⁷ HADDAD (2013, p. 110 *apud* MONTEIRO FILHO, 2017, p. 96). MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marcial no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 94.

¹⁴⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marcial no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 96-97.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 98-101.

¹⁵⁰ Exemplos de perdão legal: Art. 7º da Lei 5.741/71 e parágrafos 5º e 6º do art. 27 da Lei 9.514/97.

3.2.3 Argumentos referentes à licitude do pacto marciano

Como se verifica do cotejamento entre a cláusula comissória e a cláusula marciana, argumenta-se pela licitude desta última em detrimento da proibição da primeira. Essa licitude se dá visto que o pacto marciano não viola os fundamentos da vedação ao pacto comissório ao passo que devolve ao devedor a quantia excedente entre o valor do bem e o da dívida, não lesando, assim, o devedor e, ao permitir que ele receba o justo preço também não irá lesar eventuais outros credores, mantendo em equilíbrio o sistema de garantias e permitindo maior segurança para todos os envolvidos.¹⁵¹

Quando do estudo das cláusulas comissória e marciana, Terra e Guedes além de defenderem a licitude dessa última, advogam pelo estímulo à sua utilização

No direito das garantias, a vedação ao pacto comissório é, portanto, o ponto de partida sobre o qual deve ser construída a disciplina do pacto marciano, que não só deve ser considerado válido e eficaz, como deve mesmo ter seu uso estimulado. Afinal, se, de um lado, constitui uma maneira eficiente e justa de resguardar os interesses do credor sem prejudicar o devedor, tampouco os credores quirografários, do outro, facilita a obtenção do crédito, trazendo, assim, benefícios inegáveis também para o devedor, sem colidir com a essência da garantia, nem com a sua função. É um mecanismo de inegável utilidade social, que se adéqua às necessidades do mercado e, sobretudo, à realidade brasileira.¹⁵²

As autoras citam os benefícios trazidos pelo pacto marciano tanto para credores como para devedores, considerando-o como mecanismo eficiente e justo para resguardar os interesses do credor sem prejudicar o devedor e, ainda, adequado às necessidades do mercado e facilitador para a obtenção de crédito.

Também Moreira Alves¹⁵³ como supra citado, mostrou-se favorável à cláusula marciana: “Não é ilícito, porém, o denominado pacto marciano (por ser defendido pelo jurisconsulto Marciano e confirmado em rescrito dos imperadores Severo e Antonino)”. O entendimento do ilustre doutrinador serviu de fundamento para duas decisões do TJ/SP, dos anos de 2008 e 2009, nas quais o pacto marciano e sua licitude foram citados expressamente.

¹⁵¹ LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Estudos sobre a Alienação Fiduciária em garantia - Vedação ao Pacto Comissório e Licitude do Pacto Marciano. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, jul./dez. 2015. v. 422, n. 111, p. 233-235, p. 241.

¹⁵² TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Pacto Comissório versus Pacto Marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Orgs.). **Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo: 2016, p. 28.

¹⁵³ ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 147.

O TJ/SP citou, em sede de julgamento de Apelação Cível¹⁵⁴, a utilização do pacto marciano em contrato de alienação fiduciária em garantia, transcrevendo trecho de Moreira Alves como parte da decisão:

[...] Se, porém, no contrato de alienação fiduciária em garantia, as partes tiverem estipulado um pacto Marciano — que, como acentuado na Primeira Parte, Cap. 3, n.º 1, é lícito —, não solvida a dívida em seu vencimento, pode o credor tornar-se proprietário pleno dela, pagando ao alienante o seu justo valor, que, ou já foi estimado por terceiro antes de vencido o débito, ou o será posteriormente ao não-pagamento. Outorgando o pacto Marciano ao credor uma faculdade, não está este adstrito a tornar-se proprietário pleno da coisa pelo valor estimado. Se quiser, poderá renunciá-la, não perdendo, por isso, a faculdade de vender a coisa, judicial ou extrajudicialmente, a terceiro, como lhe permite a qualidade de proprietário fiduciário. Poderá ocorrer, entretanto, que o credor, no contrato de alienação fiduciária em garantia, ao invés de se haver reservado a faculdade de se tornar proprietário pleno da coisa pelo justo valor, a isso se tenha obrigado (estipulação que igualmente é lícita). Nessa hipótese, se ele não cumprir a obrigação e vender a coisa a terceiro, valendo-se da faculdade que tem como proprietário fiduciário, não poderá o alienante impedir essa venda. Mas, se o preço nela alcançado for inferior ao estimado pelo terceiro, responderá o credor, em face do alienante, pela diferença, a título de perdas e danos pelo não cumprimento da obrigação decorrente do pacto estipulado entre eles. Também poderá o proprietário fiduciário, antes ou depois de vencido o débito, receber a coisa a título de dação em pagamento, o que é lícito, porquanto não se apresentam, aí, as razões que determinam a ilicitude do pacto comissório (autor e obra citados, n.º 2, p. 184-187).¹⁵⁵

A decisão supra referida trata de alienação fiduciária de imóvel em ação de rescisão contratual intentada por compradores confessadamente inadimplentes e resultou em apelação não provida. Verificou-se aplicação, ao caso concreto, de fontes normativas e conceitos estudados no decorrer deste trabalho.

Além de retomar características da alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária, como o desdobramento da posse e questões referentes ao inadimplemento e à consolidação da propriedade, a decisão analisou a questão das prestações já pagas consoante as disposições do CDC e da legislação específica sobre alienação fiduciária e concluiu que “não há perda ‘total’, mas aproveitamento ‘total’ das prestações pagas no saldo (devedor ou credor) que resultar e for apurado após a venda do bem retomado”.¹⁵⁶

No que se refere especificamente ao pacto marciano, verifica-se o acolhimento de sua licitude pelo Tribunal, no trecho da obra de Moreira Alves citado acima. Importa observar a condição da aferição do justo valor e também a referência à figura da dação em pagamento, igualmente lícita e já tratada neste estudo. Quanto ao momento da avaliação do bem, embora o

¹⁵⁴ TJSP, AC com Revisão 001.12.075800-2, 36ª CDP, Rel. Des. Romeu Ricupero, j. 31.01.2008

¹⁵⁵ O trecho citado foi retirado das páginas 22 e 23 do referido acórdão e corresponde, na 3ª edição da obra “Da Alienação Fiduciária em Garantia”, de Moreira Alves, à página 213.

¹⁵⁶ TJSP, AC com Revisão 001.12.075800-2, p. 25.

doutrinador estabeleça que pode ser anterior ou posterior ao vencimento do débito, verificou-se que, contemporaneamente, a doutrina majoritária defende que o melhor momento é após o inadimplemento, quando da efetiva aquisição da propriedade, assunto também já referido neste trabalho.

Em outra decisão¹⁵⁷, de 2009, o TJ/SP ratificou o entendimento sobre a legalidade do pacto marciano, novamente citando Moreira Alves, como se verifica de trecho da decisão:

O pacto comissório vedado pela ordem jurídica incide para coibir o abuso que se comete contra o devedor fragilizado pela dominação de seu credor e que, por essa superioridade, se apropria dos bens oferecidos em garantia do mútuo, caracterizando uma usurpação e que ganha status de ilegalidade pela completa ausência de correspondência entre o valor do bem e o valor da dívida. É importante que se conste não ser ilegal o que se chama de pacto Marciano, valendo esclarecer o seu conteúdo nas palavras do Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (Da alienação fiduciária em garantia, Saraiva, 1973, p. 127):
"Não é ilícito, porém, o denominado pacto Marciano (por ser defendido pelo jurista romano Marciano e confirmado em rescrito dos imperadores Severo e Antonino). Por esse pacto, se o débito não for pago, a coisa poderá passar à propriedade plena do credor pelo seu justo valor, a ser estimado, antes ou depois de vencida a dívida, por terceiros".¹⁵⁸

Constata-se, no trecho da decisão, a vulnerabilidade do devedor como fundamento da proibição do pacto comissório. Na transcrição de trecho de autoria de Moreira Alves encontramos, novamente, sua opinião pela licitude do pacto marciano, assim como explicação acerca do instituto. Cumpre ressaltar, novamente, entendimento já expressado quanto ao melhor momento para aferição do justo valor, qual seria após o vencimento da dívida, quando da efetiva transferência da propriedade, apesar de entender diferente o citado doutrinador.

Monteiro Filho¹⁵⁹ considera que a aposição do pacto marciano no contrato de alienação fiduciária em garantia simplifica o momento patológico da obrigação e possibilita maior celeridade ao procedimento em detrimento do rito da Lei 9514/97 o que também se pode justificar quanto aos procedimentos previstos para os bens móveis.

A licitude do pacto marciano “está justamente na desconstituição da situação de desequilíbrio entre os contratantes pela obrigação de pagamento da diferença entre o valor do bem e a dívida, baseada em avaliação realizada por terceiro”.¹⁶⁰

¹⁵⁷ TJSP, AC 9103689-29.2008.8.26.0000, 4ª CDP, Rel. Des. Ênio Zuliani, j. 27.08.2009

¹⁵⁸ Páginas 2 e 3 do acórdão.

¹⁵⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 151.

¹⁶⁰ GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. Comentário ao Recurso Especial número 1.424.930/MT. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Ed. RT, v. 980, n. 106, p. 560-597, jun. 2017, p. 565.

Ocorre que muitos operadores do Direito, assim como as partes contratantes, ou desconhecem o instituto da cláusula marciana ou o confundem com o pacto comissório, o que prejudica a sua utilização. Nesse sentido,

O problema do pacto marciano é precisamente o desconhecimento da existência – e da validade, ao menos teórica – do instituto. Com isso, na prática contratual, as partes não se utilizam de uma importante ferramenta para promover a igualdade e o equilíbrio no contrato de mútuo com garantia real. É claro que se a cláusula que institui o pacto marciano for questionada judicialmente, existe o risco de o juiz – também sem conhecimento da sua validade – equipará-la ao pacto comissório e declarar sua nulidade.¹⁶¹

Assim, reafirma-se a importância da doutrina no estudo da matéria e esclarecimento de pontos que possam causar dúvida ou má interpretação por parte dos operadores do direito. Também é importante que os juízes estejam sempre atentos às discussões e elucidação dos conceitos relacionados ao assunto, buscando sempre a melhor decisão quando da análise do caso concreto.

Expostos posicionamentos favoráveis ao pacto marciano encontram-se, entretanto, entendimentos contrários à sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro.

Cristina Gomes Campos De Seta e Cláudia Franco Correa¹⁶² expõem que a justificativa fático-teórica para o resgate e utilização do pacto marciano gira em torno da demora da via judicial, ou mesmo da extrajudicial da Lei 9514/97, incompatível com a necessária celeridade que as relações jurídicas contemporâneas impendem para que o credor recupere seu crédito e para que o devedor de liberte da situação e possa voltar ao mercado. Apesar de admitirem como sedutoras e hodiernas as justificativas empregadas, as autoras consideram inviável o reconhecimento de validade ao pacto marciano, o qual se apresentaria como retrocesso à liberdade contratual estrita, afastando-se do primado fundamental da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a posição de inferioridade e indignidade a que ficaria colocado o devedor em relação ao credor.

Também contrário à licitude do pacto marciano posicionou-se Flávio Tartuce

Com o devido respeito, não concordamos que haja licitude em tal previsão, pois o *pacto marciano* esbarra nas outras razões para vedação do pacto comissório real, quais

¹⁶¹ GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. Comentário ao Recurso Especial número 1.424.930/MT. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Ed. RT, v. 980, n. 106, p. 560-597, jun. 2017, p. 565.

¹⁶² DE SETA, Cristina Gomes Campos; CORRÊA, Cláudia Franco. A aplicabilidade do Pacto Marciano na Alienação Fiduciária: implicações e harmonização com o sistema jurídico brasileiro. In: **Direito civil contemporâneo I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFBA. Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Yuri Nathan da Costa Lannes; Carlos Eduardo do Nascimento – Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 301.

sejam a proteção da parte mais fraca da relação jurídica e a exigência do devido processo legal para a execução da garantia.¹⁶³

Quanto ao argumento da exigência do devido processo legal exposto na citação acima, o ordenamento jurídico possibilita situações de execução extrajudicial, conforme já verificado quando do estudo dos fundamentos de vedação ao pacto comissório, o que não impede que as partes recorram ao judiciário caso necessário, não sendo acolhido pela maior parte da doutrina o fundamento da inderrogabilidade do procedimento judicial. Quanto à proteção da parte mais fraca da relação jurídica, essa sim merece acolhimento, porém como se verifica, a doutrina explica o porquê de o pacto marciano não violar a referida proteção, à medida que o bem é avaliado por terceiro e o devedor recebe o *superfluum*.

Na análise da viabilidade de aplicação do pacto marciano, importante atentar, novamente, para a reconstrução dos conceitos clássicos do Direito Civil sob a ótica dos valores e princípios constitucionais trazidos pela CF/88.

Gustavo Tepedino¹⁶⁴ ao tratar sobre a influência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no Direito Civil, chama a atenção para a mudança de paradigma quanto aos princípios fundamentais do Direito Contratual brasileiro. Sabe-se que os princípios fundamentais do Direito contratual brasileiro são a autonomia privada, a relatividade dos pactos e a obrigatoriedade dos pactos. Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, esses princípios recebem novos contornos, sendo mitigados pelos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio das prestações. Ou seja, as relações privadas devem ser desenvolvidas de maneira consentânea com os ditames constitucionais e a proteção à dignidade da pessoa humana.

Quanto ao pacto marciano, o desafio está em estabelecer se sua utilização é consentânea com esses ditames, de forma a tutelar os princípios e valores ali trazidos.

Além da doutrina e jurisprudência já citadas, percebe-se também a inclinação recente de juristas e doutrinadores para a aceitação da aplicabilidade do pacto marciano, o que se expressa na aprovação recente do enunciado 626 na VIII Jornada de Direito Civil. O próximo tópico cuida de contextualizar e trazer informações sobre as Jornadas de Direito Civil, em especial à VIII Jornada, e empreende um esforço na tentativa de análise do enunciado e da justificativa de sua aprovação.

¹⁶³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v.4:** Direito das Coisas. 10. ed. [2. Reimp.] Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. **A influência dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no Direito Civil Brasileiro.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cacb05141a62321>>. Acesso em: 23 out. 2018.

3.2.4 O Enunciado 626 da VIII Jornada de Direito Civil e a aplicabilidade do pacto marciano

As Jornadas de Direito Civil são eventos promovidos pelo Conselho da Justiça Federal (CFJ) das quais participam Ministros do STJ, Desembargadores e Juízes, Procuradores, Professores de Direito e Advogados de todo o país. Nelas são discutidos temas de direito civil e são aprovados enunciados considerados como referências doutrinárias e que servem de interpretação do CC/2002 para estudos, decisões e publicações sobre os temas dos quais tratam.¹⁶⁵

A VIII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ), aconteceu nos dias 26 e 27 de abril de 2018, na sede do Conselho da Justiça Federal (CFJ) em Brasília. No evento, foram aprovados 32 novos enunciados e 1 proposta de reforma legislativa. As propostas de enunciados foram encaminhadas por comissão, sendo elas: Parte Geral; Responsabilidade Civil; Obrigações; Contratos; Direito das Coisas; Família e Sucessões.¹⁶⁶ O evento teve como coordenador geral o Ministro Raul Araújo e fizeram parte da Coordenação Científica os Ministros Ruy Rosado de Aguiar Júnior (aposentado) e Paulo de Tarso Sanseverino e o Professor Roberto Rosas. Da Comissão de Direito das Coisas participaram o Ministro Luis Felipe Salomão como Presidente, o Professor Gustavo Tepedino como Coordenador Científico e o Professor Rodrigo Xavier Leonardo como secretário executivo.¹⁶⁷

Na comissão de Direito das Coisas foram aprovados 6 enunciados, dentre os quais o de número 626, com a seguinte redação

ENUNCIADO 626 – Art. 1.428: Não afronta o art. 1.428 do Código Civil, em relações paritárias, o pacto marciano, cláusula contratual que autoriza que o credor se torne proprietário da coisa objeto da garantia mediante aferição de seu justo valor e restituição do supérfluo (valor do bem em garantia que excede o da dívida).¹⁶⁸

Abaixo, a justificativa do enunciado:

¹⁶⁵ Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820021/a-voltadas-jornadas-de-direito-civil>>. Acesso em: 13 out. 2018.

¹⁶⁶ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/abril/viii-jornada-de-direito-civil-e-finalizada-no-cjf-com-aprovacao-de-33-enunciados>>. Acesso em: 13 out. 2018.

¹⁶⁷ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

¹⁶⁸ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

Justificativa: Ao contrário do comissório, o pacto marciano, ao assegurar a aferição do justo valor do bem dado em garantia e a restituição do supérfluo, age como barreira de contenção aos abusos do credor, tutelando a vulnerabilidade do devedor. Impede-se que o credor fixe unilateralmente o valor da coisa dada em garantia, bem como que se aproprie de valor superior ao da obrigação principal, de sorte a afastar a possibilidade de enriquecimento sem causa do credor, que não lucrará com o ajuste. Desse modo, enquanto o pacto comissório gera o risco de desvirtuamento do sistema de garantias, que passaria a apresentar intuito especulativo, a cláusula marciana assegura a manutenção do sistema por meio da proteção da comutatividade da equação prestacional. A garantia mantém-se como acessória do débito, sem que o credor se aproprie de valor superior ao da dívida. Como resultado, o sistema de garantias é preservado. Contribui ainda o pacto marciano para a função preventiva do sistema ao conceder maior eficácia à garantia, permitindo a aquisição da coisa pelo credor. De outro giro, colabora para a função promocional, ao proporcionar, a um só tempo, ao credor modo mais célere e menos dispendioso de satisfação do crédito, e ao devedor o alcance do valor de mercado do bem, dificilmente obtido no procedimento de leilão, e o recebimento do eventual supérfluo. Outro efeito socialmente desejável da cláusula marciana consiste no aumento da previsibilidade das relações contratuais e, por via de consequência, de segurança jurídica. Favorece, assim, o bom funcionamento do mercado e do sistema econômico.¹⁶⁹

Quanto ao enunciado, cuida-se de refletir sobre duas questões. A primeira delas, saber se o enunciado, proposto com referência ao artigo 1.428 do CC/2002, que trata da nulidade da cláusula comissória no penhor, na hipoteca e na anticrese, poderia ter o seu entendimento estendido ao artigo 1.365 do CC/2002, que trata da mesma nulidade no âmbito da propriedade fiduciária, à qual se direcionou esse estudo. A segunda questão refere-se ao termo relações paritárias, para entender e analisar quanto à restrição ou extensão da validade da cláusula marciana em determinadas relações jurídicas como, por exemplo, as relações de consumo.

No que diz respeito à justificativa da aprovação do enunciado, cumpre analisar os argumentos ali expostos e confrontá-los com os temas estudados no decorrer deste trabalho, para verificar se o pacto marciano realmente não fere os fundamentos de vedação ao pacto comissório e se seu uso é consentâneo com o ordenamento jurídico brasileiro sendo, portanto, merecedor de tutela.

Para tal desiderato, é mister que se recuperem alguns conceitos e temas já tratados no presente estudo e, ainda, que se tratem de outros relacionados ao deslinde da matéria, a serem aqui abordados.

Inicia-se a análise do enunciado no que se refere à extensão da validade do pacto marciano ao âmbito da alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária. Conforme verificado na doutrina, apesar de algumas divergências, é predominante o entendimento pela validade da cláusula marciana na alienação fiduciária em garantia, acentuando-se suas

¹⁶⁹ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

diferenças estruturais com relação à cláusula comissória, a saber a aferição do justo valor e a devolução do *superfluum*. Argumentos relativos à validade foram expostos, anteriormente, em tópico específico.

Quanto ao termo relações paritárias, deve-se refletir se a cláusula marcialiana poderia ser admitida apenas em relações paritárias ou se poderia estar presente também em relações de consumo. Enquanto as normas do código civil são destinadas a regular relações jurídicas estabelecidas entre contratantes paritários, as normas do Código de Defesa do Consumidor são voltadas a regular as relações de consumo e as práticas comerciais estabelecidas entre partes desigualmente situadas.¹⁷⁰ Sabe-se que a alienação fiduciária em garantia, em regra, constitui um negócio jurídico de consumo¹⁷¹ e, sendo muito utilizado por instituições financeiras, cabe ressaltar que está pacificado o entendimento do cabimento da aplicação das normas do CDC às instituições financeiras, conforme a súmula 297 do STJ.¹⁷²

No que se refere ao tema, há quem argumente pela impossibilidade de admitir a validade do pacto marcialiano no bojo das relações de consumo, considerando o caráter consumerista das relações jurídicas de empréstimos ou financiamentos garantidos pela alienação fiduciária e os princípios da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor.¹⁷³

De outro lado, há quem defenda a validade do pacto marcialiano nas relações de consumo em uma ponderação entre a proteção da vulnerabilidade e as vantagens do pacto para o devedor. A solução trazida por Monteiro Filho¹⁷⁴ é a apreciação da cláusula marcialiana no caso concreto ponderando, de um lado, a normativa de proteção do consumidor por exemplo aquela expressa no artigo 51, I, do CDC, que considera abusiva e fulmina de nulidade de pleno direito a cláusula que implique renúncia ou disposição de direitos, já que o consumidor estaria renunciando ao procedimento judicial de execução e de outro lado os benefícios que a cláusula marcialiana traria ao devedor, como exemplo a aferição do valor de mercado do bem, o que seria mais difícil de conseguir em um leilão.

¹⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil** – Tomo II – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 408.

¹⁷¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 450.

¹⁷² STJ. Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

¹⁷³ DE SETA, Cristina Gomes Campos; CORRÊA, Cláudia Franco. A aplicabilidade do Pacto Marcialiano na Alienação Fiduciária: implicações e harmonização com o sistema jurídico brasileiro. In: **Direito civil contemporâneo I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFBA. Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Yuri Nathan da Costa Lannes; Carlos Eduardo do Nascimento – Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 300.

¹⁷⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marcialiano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 257.

Necessário atentar, na análise do caso, se o contrato era de adesão, sendo observadas as regras dos parágrafos 3º e 4º do artigo 54 do CDC¹⁷⁵, se o consumidor foi informado sobre o pacto e seus efeitos, concordando expressamente e se a cláusula prevê a participação do devedor na escolha do perito para avaliação do bem.¹⁷⁶ O autor chama a atenção para a cautela com que deve ser visto o pacto marciano nessas relações e para o perigo de que ele pudesse se tornar cláusula padrão prevendo a nomeação do perito de forma unilateral pelo credor, parte mais forte da relação, o que o transfiguraria em pacto comissório, desnaturando o instituto ao arbítrio do fornecedor.¹⁷⁷

Feitas algumas considerações sobre o teor do enunciado, passa-se à análise da justificativa de sua aprovação.

Verifica-se, na análise da justificativa, que estão presentes argumentos quanto a alguns dos fundamentos de proscrição do pacto comissório, os quais, pela estrutura e funcionalidade do pacto marciano, segundo a justificativa, não estariam presentes em sua configuração. São eles: tutela da vulnerabilidade do devedor; vedação ao enriquecimento sem causa; interesse social em não difundir o pacto comissório.

Quando da análise dos fundamentos de vedação do pacto comissório, no item 3.1.3 desse estudo, foram expostos seis fundamentos trazidos pela doutrina: tutela do devedor/vulnerabilidade do devedor; repressão à usura; inderrogabilidade do procedimento judicial; violação à igualdade entre credores; interesse social na proibição do pacto comissório; vedação ao enriquecimento sem causa. Desses seis, verificou-se que, em maior ou menor medida, cada autor considera um ou alguns deles como mais importantes ou centrais para a referida vedação.

Da análise da justificativa, verifica-se convergência com os argumentos apresentados por Monteiro Filho, sintetizados no item 3.1.3.7 do trabalho, referentes à proscrição do pacto comissório. Conforme exposto, para o autor são múltiplos os embasamentos para a nulidade do pacto comissório, sendo como principais fundamentos a tutela da vulnerabilidade do devedor, a vedação ao enriquecimento sem causa e o interesse social em não difundir o pacto comissório, fundamentos que, se violados, acarretariam o desvio funcional da garantia fazendo com que o

¹⁷⁵ CDC. Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. [...] §3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. §4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

¹⁷⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 257.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 260-261.

sistema de garantias passasse a ter um intuito especulativo e fosse desejo do credor o inadimplemento com vistas a apropriar-se do bem dado em garantia.

A justificativa traz também referência às funções preventiva e promocional do direito.

Norberto Bobbio ensina que ao lado da imagem tradicional do Direito como ordenamento protetor-repressivo surge o ordenamento jurídico com função promocional.¹⁷⁸

Sobre essa função, explica

Entendo por “função promocional” a ação que o direito desenvolve pelo instrumento das “sanções positivas”, isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de “incentivos”, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, fim precípua das penas, multas, indenizações, reparações, restituições, ressarcimentos, etc., mas, sim, a “promover” a realização de atos socialmente desejáveis.¹⁷⁹

O autor esclarece que a função promocional não é nova, mas sim em contínua ampliação e que é inadequada uma teoria do direito que considere o ordenamento jurídico somente do ponto de vista da sua função tradicional de proteção e repressão.

A função promocional, no caso do pacto marciano, conforme o enunciado, é verificada à medida em que o instituto proporciona vantagens tanto para o credor como para o devedor, o que incentivaria sua utilização.

Quanto ao favorecimento do bom funcionamento do mercado e do sistema econômico, convém lembrar a necessária observância dos princípios gerais da atividade econômica, insculpidos no art. 170 da CF/88¹⁸⁰, e a interpretação do ordenamento sempre de maneira consentânea com os princípios fundamentais constitucionais.

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**; tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 13.

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**; tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p. XII (prefácio).

¹⁸⁰ CF/88. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor.

4 CONCLUSÃO

No decorrer deste estudo, avaliou-se a proibição do pacto comissório e a aplicabilidade do pacto marciano no âmbito da alienação fiduciária em garantia no Direito brasileiro.

Primeiramente, foram apresentados os institutos da alienação fiduciária em garantia e da propriedade fiduciária. Quanto ao primeiro instituto, foi trazido seu conceito, configurando-se a alienação fiduciária em garantia como contrato pelo qual o devedor fiduciante, com escopo de garantia, transfere ao credor fiduciário, a propriedade resolúvel de coisa móvel ou imóvel, recuperando a propriedade após o pagamento da dívida.

Estudou-se a evolução histórica do instituto, retomando aspectos da fidúcia do tipo romano e da fidúcia do tipo germânico para, no cotejamento entre as figuras, concluir que, embora apresente pontos de contato com as figuras citadas, a alienação fiduciária em garantia não se enquadra, especificamente, em nenhuma delas.

Estudou-se, quanto à origem da fidúcia no direito romano, a fidúcia *cum amico* e a fidúcia *cum creditore*, sendo que a última serviu de inspiração para estudos de doutrinadores e juristas europeus, o que culminou na criação da figura denominada negócio fiduciário.

Verificou-se que a doutrina classifica os negócios fiduciários em próprios (ou propriamente ditos) e impróprios. Para a primeira classificação, é necessária a presença do elemento confiança e há a caracterização de uma situação de perigo que é própria a essa modalidade de negócio. Já para a segunda classificação, não está presente a *fides* peculiar do negócio fiduciário propriamente dito, apenas a *fides* comum a qualquer negócio jurídico e a essa classificação alguns autores denominam fidúcia legal. Na fidúcia legal verificaram-se como traços característicos e importantes a criação do patrimônio de afetação e a constituição da propriedade fiduciária.

Na busca por um enquadramento e seguindo os autores estudados entendeu-se, no que se refere à natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia, que ela se caracteriza como negócio jurídico típico do Direito brasileiro, ao qual se amolda visando a suprir as necessidades e facilitar as relações jurídicas negociais que envolvam crédito e garantia.

Ponto importante foi elucidar a distinção entre a alienação fiduciária em garantia e a propriedade fiduciária. A primeira é o contrato que serve de título à constituição da segunda, a qual, por sua vez, enquadra-se no ordenamento jurídico brasileiro como garantia real em favor do credor. Quanto ao termo contrato, é utilizado tanto na acepção de negócio jurídico situado dentro do Direito das Coisas, como também para denominar o instrumento negocial que formaliza a alienação fiduciária em garantia.

A despeito das divergências doutrinárias quanto à nomenclatura utilizada para referir-se às formas de propriedade limitada no tempo (a que se pode denominar propriedade temporária ou propriedade de eficácia pendente), certo é que a propriedade fiduciária é um direito real de garantia em favor do credor e pode ser enquadrada como tipo ou modalidade de propriedade resolúvel. Mais importante do que a nomenclatura utilizada é entender as características e a sistemática da propriedade fiduciária, temas tratados no presente estudo.

Percebe-se que a fragmentação legislativa das normas que regulamentam a alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro dificulta a interpretação e aplicação do Direito com vistas a beneficiar tanto devedores quanto credores. Por isso, é fundamental o papel da doutrina e da jurisprudência no tratamento da matéria.

De suma importância o papel dos juristas na harmonização das fontes normativas aplicando-as de maneira consentânea com a unidade axiológica resultante das normas constitucionais.

Ao adentrar no escopo do trabalho, cuidou-se do conceito, origens, função e evolução histórica do pacto comissório e de sua proibição. Verificou-se que a origem do pacto comissório remonta ao Direito romano, tendo sido utilizado com duas funções distintas. Na primeira delas, assumia o significado de cláusula resolutiva por meio da qual uma das partes poderia resolver o contrato mediante incumprimento da outra parte. Essa acepção foi substituída pela cláusula resolutiva expressa na vigência do Código Civil de 2002, constante dos artigos 474 e 475 do referido diploma. Em sua segunda acepção, da qual cuidou este trabalho, constitui cláusula que autoriza o credor a ficar com o bem alienado em garantia no caso de inadimplemento.

Constatou-se que a doutrina estudada é uníssona em proibir o pacto comissório nos direitos reais em garantia sobre coisa alheia, a saber: a hipoteca, o penhor e a anticrese. Porém, encontraram-se alguns entendimentos contrários quanto à sua proibição no âmbito da alienação fiduciária em garantia, os quais foram expostos como contraponto à proibição, mas não mereceram, entende-se, guarida.

Foram apresentados seis fundamentos recorrentes na doutrina para a proibição do pacto comissório, a saber: tutela do devedor/vulnerabilidade do devedor; repressão à usura; inderrogabilidade do procedimento judicial; violação à igualdade entre os credores – *par conditio creditorum*; interesse social em não difundir o pacto comissório; vedação ao enriquecimento sem causa. Diante dos fundamentos apresentados, reputou-se como mais importante o da tutela do devedor/vulnerabilidade do devedor, que se coaduna com a ordem constitucional vigente e a proteção à dignidade da pessoa humana. Ainda, dos cinco que restam, embora cada um deles tenha sua maior ou menor importância atribuída por diferentes autores,

considera-se que merecem maior atenção o interesse social em não difundir o pacto comissório associado ao à vedação ao enriquecimento sem causa. Esses últimos dois argumentos, conforme vistos, associados ao da tutela à vulnerabilidade do devedor, funcionam para coibir o desvirtuamento do sistema de garantias e impedir que ele seja utilizado de modo que o credor tire proveito da situação gerada devido ao inadimplemento do devedor.

Adentrou-se no estudo do pacto marciano que, assim como o comissório, tem sua origem no Direito Romano. Apesar de os dois pactos guardarem semelhança no que se refere ao fato de o credor poder apropriar-se do bem objeto da garantia, ressaltou-se a distinção do pacto marciano em relação ao pacto comissório, tendo o primeiro, como características essenciais inerentes à sua estrutura a aferição do bem por valor justo a ser efetuada por terceiro e a devolução do *superfluum* ao devedor.

No que se refere à avaliação, verificou-se que envolve dois aspectos, o procedimental e o temporal. Quanto ao primeiro, o que é crucial é que o procedimento de avaliação seja rodeado de cuidados para garantir uma avaliação objetiva e imparcial. Quanto ao segundo, diz respeito ao momento em que deve realizar-se a avaliação do bem, defendendo o entendimento de que a aferição do justo valor deve ocorrer após o inadimplemento e no momento da efetiva aquisição da propriedade para garantir uma correta apreciação do valor do bem objeto da garantia.

Quanto à devolução do *superfluum*, ocorre quando o valor de avaliação do bem supera o valor da dívida. Caso o valor do bem seja igual ao valor da dívida, ela extingue-se liberando ambas as partes, mas essa hipótese de valores equivalentes não parece ser muito comum de ocorrer. Caso o valor do bem seja inferior ao valor da dívida, o devedor fica obrigado pelo restante, exceto nos casos de perdão legal como é, por exemplo, o trazido na Lei 9.514/97.

Foram expostos argumentos referentes à licitude do pacto marciano, verificando-se na doutrina estudada entendimento majoritário pela defesa de sua licitude em detrimento da proibição do pacto comissório. Encontraram-se decisões nas quais o pacto marciano é considerado lícito, inclusive com trechos das decisões que citam autores estudados para este trabalho. Em contrapartida, ainda que minoritariamente, encontraram-se entendimentos divergentes, ou seja, contrários à licitude do pacto marciano, os quais foram expostos e refutados.

Foi tratada a mudança de paradigma quanto aos princípios fundamentais do Direito Contratual brasileiro, a saber a autonomia privada, a relatividade dos pactos e a obrigatoriedade dos pactos (*pacta sun servanda*). Referidos princípios receberam novos contornos com o advento da CF/88, sendo mitigados pelos princípios da boa-fé objetiva, da função social do

contrato e do equilíbrio das prestações, na busca pela proteção à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

No que se refere ao pacto marciano, o desafio foi estabelecer se sua utilização estava de acordo com os ditames constitucionais de forma a tutelar os princípios e valores ali constantes.

A aprovação do Enunciado 626 na VIII Jornada de Direito Civil expressa a aceitação dos juristas quanto à aplicabilidade do pacto marciano no ordenamento jurídico brasileiro. Após a contextualização sobre as Jornadas e transcrição do enunciado e da justificativa de sua aprovação, empreendeu-se um esforço para analisá-los.

Quanto ao enunciado em si, cuidou-se de refletir sobre duas questões. A primeira delas, saber se o enunciado, aprovado com referência ao Art. 1.428 do CC (penhor, hipoteca e anticrese), poderia ter seu entendimento estendido para o Art. 1.365 do CC (alienação fiduciária em garantia). Conforme verificado na doutrina, apesar de algumas divergências, é predominante o entendimento pela validade do pacto marciano na alienação fiduciária em garantia. A segunda questão referia-se ao termo relações paritárias, para saber se a cláusula marciana poderia estar presente em relações de consumo, considerando que a alienação fiduciária em garantia constitui, em regra, um contrato de consumo muito usado por instituições financeiras, as quais estão sujeitas às regras do CDC. Enfrentados argumentos favoráveis e contrários, entendeu-se pela possibilidade de utilização, embora com cautela, pelo perigo que poderia advir da má utilização do instituto que, desvirtuado, poderia transfigurar-se em pacto comissório.

No que se refere à análise da justificativa da aprovação do Enunciado, verificou-se que estavam presentes argumentos quanto a fundamentos de vedação ao pacto comissório os quais, pela estrutura e funcionalidade do pacto marciano, nele não estão presentes. Os fundamentos citados foram: a tutela da vulnerabilidade do devedor, a vedação ao enriquecimento sem causa e o interesse social em não difundir o pacto comissório. A justificativa trouxe, ainda, referência às funções preventiva e promocional do direito. A função promocional relacionada ao pacto marciano se faz presente na medida em que o instituto tem sua utilização estimulada pois proporciona vantagens tanto aos credores quanto aos devedores.

Como resposta ao objetivo proposto, de avaliar a proibição do pacto comissório e a aplicabilidade do pacto marciano no âmbito da alienação fiduciária em garantia no Direito brasileiro, entendeu-se ser correta a necessidade de proibição do pacto comissório, considerando os fundamentos analisados no decorrer do presente estudo, considerando como principais a proteção do devedor, a vedação ao enriquecimento sem causa e o interesse social em não difundir o pacto comissório.

Concluiu-se, também, ante todo o exposto ao longo do trabalho em apreço, e com as ressalvas e cuidados pertinentes ao assunto, pela possibilidade de aplicação do pacto marciano, desde que tutelada a vulnerabilidade do devedor, quando presente, e sempre à luz da ótica civil-constitucional e da observância e obediência aos valores e princípios constantes em nossa Magna Carta.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**; tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.
- BORSOI, Marta. **A alienação fiduciária em garantia no Direito Português e no Direito Brasileiro**. Repositório aberto da Universidade do Porto: 2013. Disponível em: <repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/84723>. Acesso em: 07 set. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 set. 2018.
- _____. Decreto-Lei n. 911/69, de 01 de outubro de 1969. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.
- _____. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.
- _____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 out. 2018.
- _____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de defesa do Consumidor*. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.
- _____. Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.
- _____. Lei n. 4728, de 14 de julho de 1965. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.
- CASTRO, Diana Paiva de; FREITAS, Rodrigo. Pacto comissório e pacto marciano na retrovenda com escopo de garantia: proposta de delimitação das fronteiras à luz da metodologia civil-constitucional. **Revista OAB/RJ**, Rio de Janeiro. Edição Especial – Direito Civil. Disponível em: <<http://revistaeletronica.oabRJ.org.br/?artigo=pacto-comissorio-e-pacto-marciano-na-retrovenda-com-escopo-de-garantia-proposta-de-delimitacao-das-fronteiras-a-luz-da-metodologia-civil-constitucional>>. Acesso em: 20 set. 2018.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CHALHUB, Melhim Namem. **Curso de direito civil: direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DE SETA, Cristina Gomes Campos; CORRÊA, Cláudia Franco. A aplicabilidade do Pacto Marciano na Alienação Fiduciária: implicações e harmonização com o sistema jurídico brasileiro. In: **Direito civil contemporâneo I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFBA. Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Yuri Nathan da Costa Lannes; Carlos Eduardo do Nascimento. Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/30tts3v5/LeCI0Wzd5LCSzka7.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil: parte especial - direito das coisas**. v. 15 (arts. 1.277 a 1.368). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

GARCIA, Rodrigo Saraiva Porto. Comentário ao Recurso Especial número 1.424.930/MT. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. RT, v. 980, n. 106, jun. 2017, p. 560-597.

GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em garantia**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal**. Civilística.com, Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Guedes-e-Terra-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018.

LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Estudos sobre a Alienação Fiduciária em garantia - Vedação ao Pacto Comissório e Licitude do Pacto Marciano. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, jul./dez. 2015. v. 422, n. 111, p. 219-247.

LOUREIRO, José Eduardo. Alienação fiduciária de coisa imóvel. In: **Revista do Advogado**, n. 63. São Paulo: AASP, 2001, p. 86-95.

MATOS, Isabel Andrade de. **O Pacto Comissório: contributo para o estudo no âmbito da sua proibição**. Coimbra: Almedina, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – parte especial. Tomo XXI. §§ 2.668 e 2.669. 3. ed., reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Pacto Comissório e Pacto Marciano no sistema brasileiro de garantias**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Posse e Propriedade**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. IV – Direitos Reais. Atualizado por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 7. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível com Revisão. Apelante: Mauro Rante; Marisa Nicoló Rante. Apelado: Rossi Residencial S/A; FERCOI S/A. Relator: Des. Romeu Ricupero. São Paulo, 31/01/2008. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=2460065&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_c8615243575c4719b97e4757fac1b684&v1Captcha=Ebmn&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 08 out. 2018.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Apelante: Joara Letícia Bueno. Apelado: César Antônio Alves; Marisa Rosa da Silva Alves. Relator: Des. Ênio Zuliani. São Paulo, 27/08/2009. Disponível em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4036813&cdForo=0>> Acesso em 08 out. 2018.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível com Revisão. Apelante: Baruch Rotch. Apelado: Difactoring Fomento Comercial LTDA. Relator: Des. Francisco Casconi. São Paulo, 20/10/2009. Disponível em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4164193&cdForo=0>>. Acesso em: 08 out. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v.4**: Direito das Coisas. 10. ed. [2. Reimp.] Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Os 15 anos da Constituição e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil** – Tomo II – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **A função social nas relações patrimoniais**. Disponível em:
<https://www.academia.edu/30890621/A_fun%C3%A7%C3%A3o_social_nas_rela%C3%A7%C3%B5es_patrimoniais>. Acesso em: 23 out. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **A influência dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no Direito Civil Brasileiro**. Disponível em:
<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cacb05141a62321>>. Acesso em: 23 out. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil** – Tomo II – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação al pacto comissório à licitude do pacto marciano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 51-77, jan./jun. 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Pacto Comissório versus Pacto Marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Orgs.). **Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional**. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo: 2016.

VIANA, Marco Aurelio da Silva. **Comentários ao novo Código Civil**: dos direitos reais - arts. 1.225 a 1.510 - volume XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 717.