

A APROPRIAÇÃO DO OBJETO DA GARANTIA PELO CREDOR: DA VEDAÇÃO AO PACTO COMISSÓRIO À LICITUDE DO PACTO MARCIANO

APPROPRIATION OF COLLATERAL BY THE CREDITOR: FROM PROHIBITION OF LEX COMMISSORIA TO LEGALITY OF PACTO MARCIANO

ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA*
GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES**

RESUMO: O artigo analisa a possibilidade de apropriação do bem objeto da garantia pelo credor como instrumento de tutela do crédito. Para tanto, demonstra-se que a proibição do pacto comissório não se coloca como barreira intransponível àquela alternativa, uma vez que a reprovabilidade do ordenamento jurídico ao pacto decorre do fato de a incorporação do bem ao patrimônio do credor se dar pelo valor da dívida, em flagrante prejuízo do devedor e dos demais credores. Por essa razão, o pacto marciano, que promove a apropriação do objeto da garantia por montante arbitrado por terceiro, com a consequente restituição, ao devedor, da diferença entre o *quantum* arbitrado e o saldo da dívida, afigura-se lícito e merecedor de tutela.

ABSTRACT: *This article examines whether creditors can appropriate assets given as security as a means of enforcing their claims. The prohibition against lex commissoria (foreclosure) is shown not to be an impassable barrier to appropriation because the law's rejection of lex commissoria results from the fact that the creditor acquires full ownership of the asset for the amount of the debt, to the clear detriment of the debtor and the other creditors. For this reason, the pacto marciano, which allows collateral to be appropriated at a price determined by a third party, with restitution to the debtor of the difference between the arbitrated price and the unpaid balance of the debt, is licit and deserves protection in accordance to Constitutional values.*

* Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora Agregada do Departamento de Direito Civil e da Pós-Graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ). Coordenadora Editorial da Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil. E-mail: ammvalverde@hotmail.com.

** Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora da Pós-Graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ) e da EMERJ. E-mail: gsc@bmalaw.com.br.

PALAVRAS-CHAVE: Garantia. Pacto comissório. Pacto Marciano.

KEYWORDS: *Guarantees. Lex commissoria. Pacto Marciano.*

1 INTRODUÇÃO

A adequada tutela do crédito requer a estruturação de eficiente sistema de garantias. Por essa razão, o pacto comissório, embora proscrito do direito brasileiro,¹ é tema recorrente entre acadêmicos e advogados, tendo em vista que a deflagração de seus efeitos realiza automaticamente a garantia, satisfazendo e extinguindo a relação obrigacional de forma simples, célere e eficaz.

O pacto comissório opera mediante a transferência automática da propriedade do bem para o credor, uma vez configurado o inadimplemento. As vantagens dessa sistemática são inegáveis. Em primeiro lugar, resguarda o credor de interferência de outros credores no objeto da garantia. Ademais, elimina praticamente todos os riscos relacionados à insolvência do devedor e, por consequência, ao concurso de credores, nas figuras da recuperação judicial e extrajudicial, da falência e da insolvência civil. Funciona o pacto comissório, ainda, como espécie de “atalho” para a satisfação da obrigação, tornando desnecessários todos os recursos, judiciais e extrajudiciais, relacionados à execução do crédito, mediante a identificação, penhora, avaliação e expropriação do objeto da garantia, o que dispensa o credor de arcar com os elevados custos da execução. Por fim, configurado o inadimplemento, torna-se o credor titular do domínio com todos os poderes que lhe são inerentes (disposição, gozo e fruição), a legitimá-lo a se valer das ações inerentes à condição de proprietário.

1 A origem do pacto comissório encontra-se atrelada ao Direito Romano, como explica Pontes de Miranda: “A regra jurídica proibitiva prende-se à L. 3, C., de *pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda*, 8, 34 (35), que é de Constantino. Incide em cláusula do contrato de penhor, caução, hipoteca ou anticrese, ou no acordo de constituição, ou em pacto separado” (PONTES DE MIRANDA, 2012, pp. 96-97). Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o pacto comissório “[é] uma técnica opressiva do economicamente mais fraco, que no Direito Romano já encontrou a repulsa do imperador Constantino, no século IV, e que mereceu expressa condenação ao tempo da compilação do século IV, eis que pelo menos quatro passagens do Código Justiniano se lhe referem, para repelir: Código, Liv. VIII, Tít. 28, Leis 4,7 e 14; Liv. VIII, Tít. 35, Lei 3” (PEREIRA, 2009, p. 282). No mesmo sentido, atribuindo a proibição ao imperador Constantino: BEVILAQUA, 1980, p. 1.229.

Diante das inúmeras prerrogativas conferidas ao credor, fosse o pacto comissório admitido no direito brasileiro, cuidar-se-ia de “supergarantia”, muito mais segura e eficaz do que qualquer outra garantia hoje disponível ao credor. Não é por outra razão que a França, após anos de discussão, alterou o Código Civil para admitir o pacto comissório nos contratos celebrados a partir de 25 de março de 2006.²

Fato é, no entanto, que, no Brasil, não há qualquer indicação de que a proibição poderá ser superada.³ Nesse cenário, este artigo pretende, com base no método lógico-indutivo e na metodologia do direito civil-constitucional, identificar no pacto marciano mecanismo de tutela do crédito lícito, legítimo e eficaz, a fim de conferir ao credor a segurança necessária no momento patológico da relação. Para tanto, impõe-se divisar, em primeiro lugar, o fundamento e o alcance da vedação ao pacto comissório, de modo a distinguir o que não está por ela abarcado e, assim, verificar em que situações e de que forma o credor poderia transferir definitivamente o bem objeto da garantia para seu patrimônio. É a que se passa a seguir.

2 FUNDAMENTO DA VEDAÇÃO AO PACTO COMISSÓRIO

Pacto comissório é a cláusula pela qual se permite a transferência definitiva do bem objeto da garantia para o credor, em caso de inadimplemento, pelo saldo devedor.

No centro do debate estão os arts. 1.365 e 1.428 do CC. Segundo o art. 1.365, “[é] nula a cláusula que autoriza o proprietário

2 Na França, a reforma legislativa de 23 de março de 2006 derrubou a proibição do pacto comissório, ao modificar o art. 2.348 do CC, que passou a ter a seguinte redação: “Article 2348. *Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite. Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée*”.

3 Em outros ordenamentos, vige idêntica proibição. Confira-se, a título de exemplo, na Alemanha, os §§ 1.149 e 1.229 do BGB; na Itália, os arts. 1.963 e 2.744 do CC; na Espanha, os arts. 1.859 e 1.884 do CC; e em Portugal, o art. 694 do CC.

fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”. No parágrafo único, lê-se que “[o] devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta”. De acordo com o 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”. Da mesma forma, admite-se, no parágrafo único, que “[a]pós o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida”.

Os artigos são deveras semelhantes, já que ambos vedam a possibilidade de o credor ficar com o bem objeto da garantia, no caso de inadimplemento, e fulminam de nulidade eventual cláusula contratual nesse sentido. Distinguem-se, contudo, pelos respectivos âmbitos de incidência: enquanto o art. 1.365 se aplica à propriedade fiduciária, o art. 1.428 incide no penhor, na hipoteca e na anticrese. De todo modo, cuida-se de normas que incidem diante da presença de três pressupostos: (i) existência de obrigação principal não vencida, isto é, de relação jurídica obrigacional cujo prazo de vencimento ainda não expirou e, portanto, ainda não é exigível; (ii) constituição, em favor do credor dessa obrigação, de garantia correspondente à propriedade fiduciária (art. 1.365), à hipoteca, ao penhor ou à anticrese (art. 1.428), o que pressupõe a formação de relação jurídica de direito das coisas, de caráter acessório; e, finalmente, (iii) estipulação de cláusula que, diante tão só da ausência de pagamento pontual, atribui automaticamente ao credor a prerrogativa de se apropriar, em definitivo, do bem alienado fiduciariamente, ou dado em penhor, hipoteca ou anticrese,⁴ despeito de este ser de titularidade do devedor ou de terceiro que o tenha oferecido em seu favor.

Segundo se afirma em doutrina, a proibição do pacto comissório serve a duas principais funções: (i) proteger o devedor e (ii) preservar o princípio da *par conditio creditorum*.⁵ No que tange à primeira finalidade, é preciso reconhecer que, tal como concebida, a vedação ao pacto comissório é, de fato, instrumento

4 HADDAD, 2013, p. 23.

5 PENTEADO, 2008, p. 196.

voltado à proteção do devedor.⁶ Em verdade, se a cláusula fosse admitida no Direito brasileiro, o credor, de regra, optaria por exercer a prerrogativa de se apropriar do bem objeto da garantia, sempre que seu valor superasse o da dívida por ele garantida. Já nas raras hipóteses em que o montante devido ultrapassasse o valor do bem objeto da garantia, a tendência seria que o credor preferisse perceber o valor obtido pela venda do bem em juízo, mantendo, assim, o seu direito de crédito em relação à parcela descoberta.

É precisamente a assimetria existente entre tais situações que justifica a proibição: fosse válido o pacto comissório, o devedor ficaria à mercê do credor, que agiria sempre em prol de seus próprios interesses, enriquecendo-se, no mais das vezes, às custas do devedor. A própria função desempenhada pelas garantias reais seria posta em xeque, já que passariam a servir a propósitos especulativos. Com a vedação ao pacto comissório, evita-se que o credor obtenha a propriedade de bem cujo valor é notavelmente superior ao valor nominal do crédito, em prejuízo do devedor, que teria o seu patrimônio diminuído, e dos demais credores (titulares de créditos privilegiados e credores quirografários, estes últimos subordinados em relação ao titular de garantia real).⁷

A segunda função da vedação reside em assegurar a proteção da *par conditio creditorum*, vale dizer, preservar o princípio segundo o qual, no rateio entre credores, todos eles devem ser tratados de maneira igual, pelo que não pode o devedor privilegiar qualquer um deles em detrimento dos demais. A proibição ao pacto comissório tutela referido princípio porque circunscreve o montante do patrimônio do devedor sujeito ao privilégio creditório, em razão da garantia real, ao efetivo *quantum* da dívida, impondo que qualquer excedente apurado após a alienação em juízo (ou fora dele) retorne ao patrimônio do devedor, em benefício dos demais credores.⁸

6 Em sentido contrário, Luís Gustavo Haddad afirma que a “proteção do devedor” foi, em realidade, apenas a justificativa histórica para que fosse estatuída a proibição do pacto comissório no período pós-clássico do Direito romano (HADDAD, cit., p. 122).

7 PERERA, 2008, p. 627. No mesmo sentido, confira-se GOMES, 2000, p. 92.

8 Nesse sentido, Luís Gustavo Haddad afirma que “existem, portanto, correlações importantes entre a proibição do pacto comissório e a observância do princípio

Não se nega que a própria prioridade atribuída aos credores titulares de garantia real já representa uma exceção ao princípio da igualdade no concurso de credores, razão pela qual deve ser limitada. A vedação ao pacto comissório evita, justamente, que o credor garantido pelo direito real não se beneficie duplamente – para além do permitido – em prejuízo dos demais credores. Admitindo-se o pacto comissório, o credor agraciado pela garantia real teria não só prioridade para satisfazer o seu crédito com o bem objeto da garantia – o que constitui efeito inerente ao fato de ser titular de garantia real –, como poderia, ainda, dele se apropriar mesmo que seu valor superasse o saldo devedor, sobrepondo-se, assim, a outros credores que, segundo a lei, deveriam ser atendidos com prioridade, a exemplo dos credores cujos créditos têm natureza trabalhista. Nesses termos, o pacto comissório seria prejudicial tanto aos credores que estão em posição de subordinação (quirografários), quanto aos credores a que a lei confere preferência em relação àqueles titulares de garantias reais.

Os princípios reitores do contemporâneo direito contratual não se compadecem com mecanismos que possam legitimar, direta ou indiretamente, a “institucionalização de castas entre credores”,⁹ com exceção, evidentemente, das vias transparentes e objetivas que justificam as exceções ao princípio da *par conditio creditorum*. A preservação do tratamento igualitário entre os credores constitui, por isso mesmo, fundamento legítimo a justificar a proibição, apesar da sua importância relativa em face das diversas hipóteses em que, no Direito brasileiro, se admite o tratamento diferenciado. De fato, é preciso reconhecer que tal princípio “(...) só se manifesta genuinamente, determinando o rateio do ativo proporcional ao valor das dívidas, no que concerne aos credores de uma mesma classe”,¹⁰

da *par conditio creditorum*. O eventual funcionamento lícito do pacto comissório pode prejudicar tantos credores que – por força de lei – têm prioridade em relação aos titulares de garantias reais, como também credores que estão em posição de subordinação a esses mesmos titulares” (HADDAD, cit., p. 107).

9 GOMES, cit., pp. 92-95.

10 RENTERÍA, 2016, pp. 172-173. Segundo Pablo Rentería, o fato de a nulidade do pacto comissório intervir independentemente da situação financeira do devedor, podendo

o que, todavia, não é suficiente para afastá-lo como fundamento da vedação.

Ao lado dos dois fundamentos já aduzidos, aventam-se outros três: (iii) a repressão à usura;¹¹ (iv) o caráter inderrogável da via judicial como meio de realização da garantia; e (v) o interesse social em coibir a difusão do pacto comissório. Nenhum dos argumentos, no entanto, parece efetivamente fundamentar a proibição.

A vedação ao pacto comissório não se qualifica como extensão da proibição à usura porque, embora sua pactuação possa, de fato, acobertar a cobrança de juros superiores aos admitidos por lei – o que ocorre quando o valor do bem objeto da garantia corresponde ao montante da dívida acrescido de juros –, cuida-se de circunstância acidental. Há outras figuras que também podem se prestar à cobrança disfarçada de juros, e que não são consideradas nulas *tout court*, como é o caso da compra e venda com pacto adjeto de retrovenda. Ademais, ainda que o pacto comissório fosse avençado no âmbito de empréstimo cujos juros fossem condizentes com os limites legais, isso não afastaria a sanção de nulidade, prevista nos arts. 1.365 e 1.428 do CC, o que ratifica que o fundamento não se sustenta. Por outro lado, como observa Luís Gustavo Haddad, “(...) se o pacto comissório fosse um componente da repressão à usura, as instituições financeiras deveriam estar imunes a essa proibição”.¹²

Em relação ao quarto fundamento, o desenvolvimento da mediação e arbitragem como formas alternativas de solução dos litígios já evidencia que o caráter inderrogável da via judicial não

ser declarada ainda que ele tenha bens suficientes para pagar todos os credores, “(...) parece confirmar que a tutela dos credores não é o verdadeiro fundamento da referida nulidade” (RENTERÍA, cit., p. 173). E, mais à frente, conclui: “(...) a nulidade do pacto comissório, no ordenamento brasileiro, vincula-se à proteção do devedor” (RENTERÍA, cit., p. 176). Embora, de fato, o fundamento da proibição seja plúrimo, parece não haver dúvidas de que a proteção do devedor é a questão central mais importante.

11 Nesse sentido: “O fundamento do art. 765 está em que o pacto comissório, nas garantias reais, poria o devedor à mercê de explorações usuárias” (PONTES DE MIRANDA, cit., pp. 96-97).

12 HADDAD, cit., p. 123.

é absoluto. Aliás, o ordenamento jurídico brasileiro contempla inúmeras hipóteses em que se prescinde totalmente do processo civil e da via judicial, a exemplo do desforço imediato, do direito de retenção, da compensação, do crédito consignado em folha de pagamento, da resolução extrajudicial promovida pela cláusula resolutiva expressa, dentre outros. O suposto caráter inderrogável da via judicial, como forma de excussão das garantias, também é incompatível com a venda amigável prevista para o penhor (art. 1.433, inciso IV, do CC). O fundamento da proibição do pacto comissório não é, em definitivo, de natureza processual, mas material.

Por fim, indica-se o interesse social como o último fundamento motivador da proibição. Segundo Bianca, haveria um interesse social em se prevenir um dano geral, inerente à liberdade de firmar o pacto comissório.¹³ A principal falha do argumento decorre do fato de Bianca não esclarecer qual seria exatamente esse interesse social, e tampouco o potencial dano a ser produzido.

Seja como for, ainda que se reconheça apenas nos dois primeiros fundamentos as reais justificativas da proibição do pacto comissório, sua relevância é de tal monta que parte da doutrina advoga em favor da extensão da sanção de nulidade, expressamente cominada pelos arts. 1.365 e 1.428 do CC, para além das garantias neles previstas, de modo a proibir que, em qualquer situação, o credor se aproprie definitivamente do bem objeto da garantia em caso de inadimplemento.

Conquanto bem-intencionada, a ampliação da proibição de apropriação do objeto da garantia nos termos propostos é excessiva.¹⁴ Se, por um lado, há outras figuras em que a transferência da propriedade pode revelar função secundária ou indireta de garantia, a exemplo do que se passa na retrovenda e na opção de compra, e que poderiam, portanto, ser utilizadas para fraudar a vedação ao pacto comissório, por outro, a ampliação indevida do alcance da norma proibitiva, para além de desprezeitar as regras elementares de hermenêutica, traz consequências deveras nocivas.

13 BIANCA, 1957b, p. 718.

14 Para crítica mais contundente, cf. GOMES, cit., pp. 94-95.

3 A EXTENSÃO DA VEDAÇÃO AO PACTO COMISSÓRIO

Se a identificação do fundamento da vedação do pacto comissório suscita alguma controvérsia, a extensão dessa proibição encerra questão das mais tormentosas no estudo das garantias reais. A dificuldade consiste em saber se os arts. 1.365 e 1.428 do CC abrangem todas as formas de garantia, incluindo a propriedade plena, nos casos em que esta é transferida para assegurar o pagamento de um débito, ou se estão restritos às garantias reais neles referidas.

A questão é relevante sobretudo porque, a depender da abrangência dessas normas, a proibição do pacto comissório poderia ser estendida para abarcar outros institutos que sequer se qualificam como garantias típicas, não obstante desempenhem função muito próxima, ou mesmo “indireta”, de garantia. É o caso, por exemplo, do contrato de opção que, embora atípico no Direito brasileiro, é utilizado com tamanha frequência que acabou por adquirir certa “tipicidade social”.¹⁵

Com efeito, no meio empresarial, o contrato de opção de compra é usado diuturnamente com função indireta de garantia. No mais das vezes, nesses casos, o que dispara o exercício da opção é o inadimplemento do devedor no âmbito de outra relação jurídica, dita principal. Se o devedor descumpre o contrato principal, o credor exerce a opção de compra de determinado bem pagando o preço previamente determinado (preço de exercício). Assim, no momento patológico da relação, o credor obtém a transferência da propriedade do bem, mediante o simples exercício de seu direito potestativo, assegurado pela opção.

O contrato de opção não se insere no estrito rol das garantias reais; a princípio, não gera para o credor, titular da opção, qualquer

15 Veja-se a esse respeito: “(...) não há como negar que os negócios outorgativos de opção, apesar de não gozarem de regulamentação específica em nossa legislação (atipicidade jurídica), cumprem funções deveras importantes, principalmente no mundo negocial atual, sendo amplamente utilizados pelos agentes de mercado. Mais do que isso, há uma consciência social, ainda que não tão latente quanto àquela dos contratos preliminares, acerca da figura de que se trata, sobretudo no que tange aos seus efeitos almejados pelas partes. Tudo isso leva a crer ser defensável a existência de tipicidade social de referidos negócios que, em um futuro próximo, devem ensejar a regulamentação positiva de nosso ordenamento” (IGLESIAS, 2011, pp. 134-135).

direito real que lhe confira preferência no concurso de credores. Trata-se de direito de crédito, que pode até se revestir de *eficácia real* – pense-se, por exemplo, no contrato de opção de compra de ações, registrado nos livros da companhia,¹⁶ ou no contrato de opção de compra de um imóvel, constante junto à sua matrícula, no RGI competente –, mas isso, por si só, não o caracteriza como direito real de garantia. Nesse cenário, o contrato de opção pode ser considerado uma tentativa engenhosa de burlar a proibição do pacto comissório? A vedação ao pacto comissório contaminaria essa operação? Ou o campo de incidência dos arts. 1.365 e 1.428 se circunscreve às fronteiras bem delimitadas dos direitos reais?¹⁷

Seja como for, não se pode, de antemão, condenar toda e qualquer opção pelo simples fato de ela exercer, na prática, a função indireta de garantia, como se estivesse tentando escamotear um pacto comissório.¹⁸ Não raro, a opção recai sobre o próprio bem que o credor alienou para o devedor, e se reveste do único propósito de assegurar os mesmos efeitos que uma cláusula resolutiva expressa já produziria.¹⁹ Em suma, o que o credor deseja, com a opção, é

16 Embora o contrato de opção não esteja referido expressamente no art. 40 da LSA, grande parte da doutrina entende que a opção está ali implicitamente contemplada. Confira-se, ao propósito, IGLESIAS, cit., pp. 248-255.

17 É cediço que os direitos reais – incluindo-se os direitos reais de garantia – estão taxativamente previstos em lei (em especial, pelo art. 1.225 do Código Civil): “O legislador brasileiro, de maneira inegável, enuncia taxativamente os direitos reais, enumerados, em sua maioria, no art. 1.225 do Código Civil brasileiro” (TEPEDINO, 2011, p. 37).

18 Veja-se, a esse respeito, Camino Sanciñena Asurmendi: “La Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene esta doctrina de modo unánime. Considera que la opción de compra cuando se conecta el precio a las obligaciones garantizadas ejerce una función de garantía atípica, y encubre un pacto comisario prohibido por el ordenamiento jurídico, por lo que impide su inscripción. El Tribunal Supremo en los supuestos enjuiciados no reconoce que la opción de compra asuma una función de garantía atípica encubridora de un pacto comisario. Estima que la opción de compra es válida y plenamente eficaz, aunque el acreedor optante adquiera la cosa objeto de la opción sin desembolsar el precio de la compraventa por estar conectado a alas obligaciones garantizadas por un pacto de descuento o de compensación, o cuando se conviene que el ejercicio de la opción estará sometido a la condición del impago de las deudas garantizadas” (ASURMENDI, 2007, pp. 140-146).

19 Apesar da resistência por vezes encontrada nos Tribunais, o efeito precípua da cláusula resolutiva expressa, que a torna mais eficiente do que a cláusula resolutiva tácita, é a

ter a segurança de que, diante do inadimplemento do devedor, recuperará o bem alienado, sem precisar recorrer ao Judiciário; seu intuito é simplesmente desfazer o negócio de forma simples, célere e menos custosa.

Além disso, pode acontecer de a opção exercer, sim, a função de garantia e, nesse caso, poderá, ou não, gerar a assimetria característica do pacto comissório, a depender da disciplina do concreto programa contratual. Nessa direção, se a determinação do próprio preço de exercício se submeter a juízo de valor levado a cabo por terceiro, para compensar a eventual diferença existente entre o valor do bem e o valor da prestação inadimplida, garantida pela opção, não se configurará a dita assimetria. Por outro lado, se o credor puder exercer a opção adquirindo o bem pelo saldo da dívida, haverá, aí sim, pacto comissório dissimulado. Fato é, portanto, que não se pode, *a priori*, condenar as opções sob o único fundamento de não estarem a exercer a função que lhes é inerente, nem mesmo por estarem a exercer função indireta de garantia. Apenas a análise das circunstâncias e das particularidades do caso concreto e, sobretudo, da função que a opção desempenha em concreto em dado programa contratual,²⁰ poderá indicar se ela camufla, realmente, pacto comissório.

Ao propósito, em defesa da opção, deve-se atentar também para a redação dos arts. 1.365 e 1.428, que já indica o seu suporte fático de incidência, ponto de partida para se determinar o alcance

resolução *extrajudicial* da relação obrigacional. Configurado o inadimplemento absoluto, abre-se para o credor a possibilidade, nos termos do art. 475 do CC, de optar entre executar o contrato pelo equivalente ou resolvê-lo extrajudicialmente, sem, portanto, intervenção do Poder Judiciário. Em sistemas em que a resolução se opera por mera declaração do credor, a secundarização do papel do juiz na apreciação da cláusula pode ser atenuada por iniciativa do devedor. Se inevitável o litígio, a intervenção judicial será meramente fiscalizadora da legitimidade do exercício da autonomia privada na elaboração da cláusula resolutiva e do efetivo preenchimento dos pressupostos autorizadores da resolução. De todo modo, a atuação judicial será *a posteriori* e, verificada a regularidade do exercício da autonomia privada e a presença dos pressupostos resolutivos, a sentença será meramente declaratória, a reconhecer, então, a resolução *ope voluntatis*. Sobre o tema, confira-se TERRA, 2013.

20 Para análise da possibilidade de a mesma função se realizar mediante pluralidade de estruturas, remete-se o leitor para PERLINGIERI, 2008, pp. 642-644.

da proibição: a vedação ao pacto comissório circunscreve-se, em princípio, à cláusula acessória de constituição de direito real de garantia, como o é a propriedade fiduciária, referida no art. 1.365, e o penhor, a hipoteca e a anticrese, nos termos do art. 1.428. Com efeito, se não houver garantia real, não há que se falar, de regra, em pacto comissório.

Convém observar que o Superior Tribunal de Justiça tem coibido a celebração de compra e venda simulada de bem, usualmente relativa a bem imóvel, com o manifesto intuito de burlar a proibição legal e permitir que o credor tenha para si o objeto da garantia em caso de inadimplemento pelo devedor.²¹ Da orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça não se pode extrair, contudo, que a proibição se estenderia, genericamente, às situações em que não há direito real de garantia. Os precedentes apenas aplicam, às avessas, a lógica do brocardo “quem pode o mais, pode o menos” (ou, ao contrário, “quem não pode o menos, não pode o mais”). Vale dizer: sendo vedada a pactuação de cláusula que autorize o credor pignoratício, hipotecário ou anticrético a se apropriar do bem objeto da garantia real em caso de inadimplemento, entende-se que não pode o credor, numa tentativa de se esquivar da proibição legal, obter para si garantia ainda mais pujante, tornando-se, de início, titular não apenas de direito real limitado de garantia, mas do direito real mais amplo e pleno, que é o direito real de propriedade.²²

A reforçar a limitação da vedação ao pacto comissório às garantias reais está a natureza da norma contida nos arts. 1.365 e art. 1.428: cuidando-se de norma proibitiva, impõe-se interpretação

21 Nessa linha: (i) STJ, 3ª T., REsp 2216/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 28.05.1991, DJ 13.10.2003; (ii) STJ, 3ª T., REsp 41.233/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 22.03.1994, DJ 25.04.1994; (iii) STJ, 3ª T., REsp 475.040/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 24.06.2003, DJ 13.10.2003; (iv) STJ, 3ª T., REsp 78.427/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12.12.2006, DJ 26.02.2007; (v) STJ, 4ª T., REsp 187.998/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 13.12.2005, DJ 06.03.2006; e (vi) STJ, 3ª T., REsp 998.460/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.02.2010, DJ 23.03.2010.

22 Também na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português se constata a vinculação do pacto comissório com os direitos reais de garantia: Portugal, STJ, 7ª Secção, 279/2002.E1.S1, Rel. Lopes do Rego, j. 16.03.2011, v.u. A ressaltar a conexão com a hipoteca: Portugal, STJ, SJ200609190020926, Rel. João Camilo, j. 19.09.2006, v.u.; Portugal, STJ, SJ200505190045192, Rel. Bettencourt de Faria, j. 19.05.2005, v.u.

estrita. Outrossim, considerando-se que uma das finalidades da vedação ao pacto comissório é preservar o princípio da *par conditio creditorum*, se não há garantia real, não há, evidentemente, violação à igualdade entre credores. Tome-se, por exemplo, a opção, que apresenta natureza obrigacional. Na hipótese de falência/insolvência do devedor, o credor, titular da opção, será tratado, para todos os fins e efeitos, tal qual qualquer outro credor quirografário. Assim, se ele ainda não tiver exercido a opção, no concurso de credores, entrará no “final da fila”, em posição de subordinação em relação aos titulares de garantias reais. Não há que se falar, portanto, na hipótese, em quebra do princípio da *par conditio creditorum*.

De todo modo, sem embargo das considerações anteriores, não se pode ignorar a possibilidade de a *ratio* inerente à vedação do pacto comissório estar presente em hipóteses nas quais não há constituição de garantia real, como se passa nas situações em que o bem, integrante do patrimônio do devedor, ou de terceiro, é, de antemão, transferido para o credor. Por essa razão, na delimitação do âmbito de incidência da vedação ao pacto comissório, mais importante do que analisar o caráter estrito da interpretação da norma, é valer-se o aplicador do direito de critério funcional, sem perder de vista que a proibição está intrinsecamente vinculada à ordem de prioridades em caso de insolvência ou falência do devedor.

Impõe-se destacar, por fim, que a proibição ao pacto comissório não impede a dação em pagamento, realizada depois do vencimento da obrigação, consoante expressamente disposto não só no parágrafo único do art. 1.365, como também no parágrafo único do art. 1.428 do CC. O que, afinal, distingue essas duas figuras a ponto de o pacto comissório ser vedado e a dação em pagamento, admitida?

No Direito brasileiro, a dação em pagamento está inserida entre as formas de extinção das obrigações e ocorre, nos termos do art. 356, quando o credor consente em receber prestação diversa da que lhe é devida, independentemente de pacto comissório (a dação, no mais das vezes, não está mesmo atrelada ao pacto comissório). É, portanto, forma de extinção das obrigações distinta do pagamento, e pode ser realizada antes ou depois de vencida a obrigação, porque sequer depende do inadimplemento. A dação serve, de regra,

para extinguir relação jurídica; não requer, por conseguinte, o estabelecimento de garantia.²³

O pacto comissório, a seu turno, pressupõe o inadimplemento absoluto da obrigação principal e se vincula, necessariamente, à relação jurídica de garantia (acessória, portanto). Configurado o inadimplemento, deflagra-se a produção dos efeitos do pacto, e o credor passa a ser titular do bem objeto da garantia. Nesse caso, por conseguinte, a transferência da propriedade do objeto da garantia, posto que se verifique sempre depois do vencimento da dívida, é convencionalizada em momento anterior, vinculando um bem específico à satisfação da dívida antes de se saber efetivamente o montante do saldo devedor. No comum dos casos, o bem objeto da garantia é mais valioso do que o montante da dívida, a atrair todas as críticas já apontadas.

O mesmo, todavia, não se verifica na dação em pagamento, já que o bem sobre o qual recai a oferta se encontra livre e desembaraçado, sem qualquer vinculação anterior com o inadimplemento do débito, de modo que o devedor poderá, após o vencimento da dívida, escolher qualquer bem do seu patrimônio, com valor semelhante ao *quantum* devido, para dar em pagamento. Daí porque o Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes do advento do CC, já admitia a dação em pagamento quando realizada após o vencimento da obrigação,²⁴ mas não reconhecia validade à

23 Sobre o tema da dação em pagamento, Judith Martins-Costa assim refere: “Se o credor consente, o devedor pode, em vez da prestação devida, prestar outra coisa. Esta operação econômica recebe, no Direito, a denominação da *datio in solutum* configurando instituto modelado já no Direito Romano e que ainda hoje apresenta imensa utilidade prática. Figuremos hipóteses em que ‘A’ deve a ‘B’ 15 mil reais. Conquanto o princípio da exatidão determine que o cumprimento deva ser feito tal como ajustada a prestação, permite o Ordenamento que ‘A’ reste liberado e a obrigação extinta se der a ‘B’ um automóvel correspondente àquele valor, se ‘B’ concordar. Assim sendo, constitui a dação em pagamento uma causa extintiva das obrigações que consiste em o devedor se exonerar do vínculo a que se acha adstrito, mediante uma prestação diversa da que era devida” (MARTINS-COSTA, 2003, pp. 484-485).

24 Há autores, no entanto, que mesmo diante da dicção dos parágrafos únicos dos art. 1.365 e 1.428, que a dação em pagamento não se justifica nem mesmo depois do vencimento, sob o argumento de não resguardar o direito dos demais credores. De acordo com Luís Gustavo Haddad, sobrevivendo a insolvência do devedor, “(...) o consentimento deste último, ainda que livremente manifestado, não bastará. Para a

promessa de dação realizada quando da celebração do contrato, porque isso, segundo o Egrégio Tribunal, constituiria fraude à lei, consubstanciada na tentativa de burlar a proibição de celebração do pacto comissório.²⁵

4 A LICITUDE DO PACTO MARCIANO

Assenta a proibição do pacto comissório, como já se observou, na proteção ao devedor e na preservação do princípio da *par conditio creditorum*. A preocupação consiste, portanto, em não permitir que o credor incorpore o bem ao seu patrimônio pelo saldo devedor.²⁶ O problema, logo se percebe, não está na possibilidade de o credor se apropriar direta e permanentemente do bem como mecanismo de satisfação da dívida, mas sim na forma pela qual seu valor é fixado para efeito da apropriação. Ora, se não é a apropriação *tout court* que recebe juízo negativo de merecimento de tutela, basta que as partes elejam critério justo e imparcial de aferição do valor do bem para que o credor possa incorporá-lo em definitivo a seu patrimônio.²⁷ Ao propósito, Lafayette Pereira, após discorrer sobre a proibição do pacto comissório nos direitos reais de garantia, já advertia que “é permitido, porém, (...) estipular-se a venda da coisa ao credor pelo preço que for estimado por avaliadores”.²⁸

tutela dos direitos dos demais credores do devedor insolvente, a referida dação em pagamento deverá ser considerada ineficaz, com fundamento no art. 129, incisos II e IV, da Lei de Falências” (HADDAD, cit., p. 127). Segundo defende Haddad, “[a] lei deveria explicitar que as autorizações contidas nos parágrafos únicos dos artigos 1.365 e 1.428 do CC2002 aplicam-se exclusivamente aos devedores solventes” (HADDAD, cit., p. 135).

25 STJ, 3ª T, REsp 10952/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 25.11.1991, p. 17072.

26 “É ilícito o pacto comissório, estipulado *ab initio* ou *ex intervallo*, em qualquer das modalidades em que pode surgir, ou seja, o que, antes do vencimento da dívida, autoriza o credor a tornar-se proprietário pleno da coisa: a) pelo valor do débito; b) por preço ajustado; ou c) pelo valor que o credor estimar” (MOREIRA ALVES, 1987, p. 106, grifos no original).

27 Sobre o tema, confira-se: LIMA, 2014.

28 PEREIRA, 1956, p. 397.

Refere-se Lafayette Pereira ao chamado pacto marciano, assim entendido o acordo acessório por meio do qual as partes conferem ao credor, diante do inadimplemento absoluto do devedor, a faculdade de se apropriar do bem objeto da garantia, desde que (i) o bem seja previamente submetido à avaliação independente, levada a cabo por terceiro, (ii) e que se restitua ao devedor a quantia que, eventualmente, sobejar o valor da dívida.²⁹

Como se percebe, a diferença do pacto marciano para o comissório reside no fato de a apropriação do objeto da garantia pelo credor não se dar pelo valor da dívida, mas com base em valor determinado por avaliação realizada por terceiro independente e imparcial, a afastar o risco de prejuízo para o devedor ou para os demais credores. O pacto marciano não suscita, por conseguinte, a assimetria inerente ao pacto comissório. Com efeito, como explica Luís Gustavo Haddad, “[o] que há de verdadeiramente reprovável no pacto comissório – e que se ilumina pela reconhecida validade do pacto marciano – é justamente a inexistência de escrutínio isento ou imparcial sobre a adequação entre o valor da dívida e o valor de mercado do bem dado em garantia”.³⁰ No pacto marciano, essa aferição é feita por terceiro isento, que terá a tarefa de estimar ou avaliar o bem, após o inadimplemento. Esse procedimento afasta o que há de genuinamente censurável no pacto comissório e confere validade ao pacto marciano,³¹ como, de regra, tem sido reconhecido no âmbito de outros ordenamentos jurídicos.³²

29 Sobre a utilização do pacto marciano no âmbito de alienação fiduciária em garantia, confira-se GUEDES; TERRA, 2015.

30 HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., pp. 109-110.

31 A favor da licitude do pacto marciano no Brasil, cf: FRAGA, 1933, pp. 123-124; PONTES DE MIRANDA, cit., p. 95 (embora sustentando a validade apenas para o penhor); MOREIRA ALVES, cit., p. 127; PENTEADO, cit., pp. 199-200; NASSER; SILVA, 2012, pp. 679-681; HADDAD, cit., pp. 109-110; SALLES, 2011, pp. 223-226. Na jurisprudência, veja-se: TJ/SP, 4^a CDPriv., AC 581.973.4/2, Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, j. 27.08.2009, v.u.; TJ/SP, 36^a CDPriv., AC 1120758-0/2, Rel. Des. Romeu Ricúpero, j. 31.01.2008, v.u.

32 A favor da licitude do pacto marciano em Portugal: GOMES, cit., pp.

O pacto marciano afigura-se, desse modo, plenamente lícito e merecedor de tutela,³³ a despeito de não contar com previsão expressa em lei.³⁴ Trata-se de mais uma forma de satisfação do crédito, e cabe às partes, no exercício de sua autonomia privada, optar por uma ou outra, de acordo com suas conveniências.³⁵

95-97; VASCONCELOS, 2010, p. 448; MATOS, 2006, p. 86. Na Itália: BIANCA, 1957a, pp. 218-221; BIANCA, cit.b, p. 718. Na Espanha: REY, 1995, pp. 88-89; PERERA, LOBATO, LÓPEZ, cit., p. 627. No Chile: STOCKEBRAND, cit., pp. 117-119.

33 Sobre a distinção entre juízo de licitude e juízo de merecimento de tutela, ver, por todos, TEPEDINO, 2009, p.145-155.

34 Na Argentina, o art. 3.223 do Código Civil admite o pacto marciano, mas a avaliação do bem deve ocorrer por ocasião do vencimento da dívida, e não no momento da constituição da garantia. No Código Civil mexicano, os arts. 2.883 e 2.916 reconhecem a licitude do pacto marciano, desde que a avaliação do bem seja feita quando do vencimento da obrigação, e não quando da constituição da garantia (já o art. 3.222 fulmina de nulidade o pacto comissório). Nos Estados Unidos da América, o Uniform Commercial Code – UCC, adotado por quase todos os estados, prevê, no Article (§)9, Section 9-610(c), a possibilidade de o credor comprar o bem objeto da garantia, o que só pode ocorrer em “public disposition” (em que há publicidade efetiva, por ser um procedimento análogo à hasta pública) ou de forma privada, se o bem é costumeiramente negociado em um mercado reconhecido ou organizado, ou naqueles casos em que existe cotação de preço padronizada e amplamente divulgada. De resto, nos Estados Unidos também se proíbe o pacto comissório.

35 Veja decisão do TJSP, que admitiu expressamente a inserção de pacto marciano em contrato de alienação fiduciária em garantia, e em cujo acórdão se lê: “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” (TJSP, AC com Revisão 001.12.075800-2,

O credor não está, todavia, obrigado a se tornar proprietário pleno do bem dado em garantia pelo valor estimado. Cuida-se de mera faculdade.³⁶ Se preferir, poderá não exercê-la, optando por outros instrumentos de tutela conferidos pela ordem jurídica. O credor pode, por exemplo, decidir pela execução específica da obrigação, deixando de lado a própria garantia, ou optar pela alienação judicial do bem, ou mesmo pela extrajudicial, se se tratar de penhor e assim as partes houverem convencionado. Seja como for, o importante aqui é registrar que o pacto marciano “(...) não infringe as razões que determinam a ilicitude do pacto comissório”.³⁷

Com o fito de apurar o que seria o “preço justo” do bem objeto da garantia, é necessário proceder à sua avaliação. Daí já se depreende o papel crucial da avaliação, que deve revestir-se de todas as cautelas necessárias para que desempenhe bem a função a que se destina: proteger o devedor e os credores quirografários, impedindo que o credor titular da garantia real fique com um bem cujo valor ultrapasse o da obrigação principal. Nessa direção, recomenda-se: (i) que a avaliação seja isenta e imparcial – sugere-se que seja levada a cabo por terceiro, indicado de comum acordo pelas partes; e (ii) que a avaliação seja pautada, tanto quanto possível, por critérios objetivos, com recurso aos métodos usuais de mercado.³⁸

Diante de certas circunstâncias, a avaliação efetuada por terceiro pode, excepcionalmente, ser dispensada. Tome-se como exemplo o penhor cujo bem tenha cotação diária no mercado, como é o caso do penhor de ações de companhia listada em bolsa. É evidente que, nesse caso, o bem não precisaria se sujeitar à avaliação de terceiro independente, porque o próprio mercado já apresenta uma avaliação objetiva.³⁹ O importante é não perder de vista, como

36^a CDP, Rel. Des. Romeu Ricupero, j. 31.1.2008).

36 Nas palavras de Mauro Bardawil Penteado: “O Pacto Marciano outorga ao credor uma faculdade. Logo, lembra Moreira Alves, não está ele obrigado a se tornar proprietário pleno do bem dado em garantia pelo valor estimado” (PENTEADO, cit., p. 200).

37 PENTEADO, cit., pp. 199-200.

38 MATOS, cit., p. 83.

39 Nesse sentido, cf. VASCONCELOS, cit., p. 448. Segundo Angel Carrasco Perera,

lembra Manuel Ignacio Feliu Rey, que “(...) *la admisión de este pacto depende de que el precio de la cosa no haya sido fijado por las partes al establecer la garantía*”.⁴⁰

O momento da valoração do bem assume, igualmente, importância capital para a validade do pacto marciano. Apenas a avaliação posterior ao vencimento da obrigação principal confere validade ao pacto.⁴¹ Eventual avaliação anterior, levada a efeito quando da constituição da garantia ou mesmo no interregno de tempo entre sua constituição e o vencimento da obrigação principal, conduz à invalidade do pacto, já que permite ao credor se apropriar do bem por valor incompatível com a realidade contemporânea do mercado. Salvo a excepcional possibilidade de desvalorização do bem, o credor se enriqueceria às custas do devedor.

De todo modo, incorporado o bem livre de restrições pelo valor de mercado definido por terceiro, impõe-se ao credor entregar ao devedor o excesso do preço em comparação à quantia devida; a finalidade da apropriação definitiva é a quitação da dívida, não já o incremento patrimonial do credor. Este saldo, aliás, será consideravelmente maior do que aquele que resultaria da venda em leilão, a uma, porque não incidirão aqui todas as despesas específicas do procedimento de alienação a terceiros, e a duas, porque a incorporação se dará pelo valor de mercado do bem, nem sempre obtido com o leilão.

A apropriação direta e definitiva do bem pelo credor beneficia, pois, ambas as partes: permite que o credor satisfaça de

Encarna Cordero Lobato e Manuel Jesús Marín López: “Si el bien cedido en garantía es un crédito dinerario, nada obsta la validez del pacto por el que el acreedor pueda cobrar el crédito cedido como forma de satisfacerse su crédito subyacente, o por el que se adjudique el crédito en pago de la obligación satisfecha” (PERERA; LOBATO; LÓPEZ, cit., p. 627).

40 REY, cit., pp. 91-92.

41 Nesse sentido, cf. PERERA; LOBATO; LÓPEZ, cit., p. 448. Segundo Isabel Andrade de Matos: “(...) cremos também que a avaliação deve ser efectuada apenas a quando do vencimento da obrigação, pois só nesse momento é que o devedor já não estará numa posição de inferioridade negocial face ao credor. Quer no momento da constituição da garantia, quer após a sua constituição mas antes que se vença a obrigação, o credor poderá levar o dever a aceitar uma avaliação do seu bem que seja muito inferior ao seu valor real” (MATOS, cit., p. 83).

imediatamente seu crédito e, se desejar, venda o bem rapidamente, sem a burocracia imposta pelos procedimentos de alienação; desonera o devedor de todas as despesas decorrentes dos leilões que, muitas vezes, revelam-se ineficazes; e viabiliza o recebimento pelo devedor de importância excedente maior do que receberia com a venda em leilão.

Especificamente em relação à utilização da opção de compra no pacto marciano, Manuel Ignacio Feliu Rey admite a possibilidade, desde que assegurado o princípio da proporcionalidade das prestações.⁴² Atrelada ao pacto marciano, a opção confere ao credor certa praticidade; todavia, para que o mecanismo seja válido, deve revestir-se de todas as cautelas recomendadas para a avaliação do bem no pacto marciano. Assim, se o valor do bem corresponder ao preço da prestação inadimplida, o preço de exercício da opção até poderá ser simbólico; se, ao contrário, for muito além desta, o preço de exercício deverá corresponder a tal diferença – o importante é que essa avaliação seja idônea e condizente com as práticas de mercado.

O pacto marciano também já foi amplamente admitido no âmbito de alienação fiduciária em garantia. Moreira Alves, por exemplo, ao tratar da alienação fiduciária de bens móveis, já sustentava expressamente a possibilidade de figurar o pacto no contrato, o que se aplica, sem ressalvas, à alienação fiduciária de imóveis:

Não é ilícito, porém, o denominado pacto Marciano (por ser defendido pelo jurista romano Marciano e confirmado em rescrito pelos imperadores Severo e Antonio). Por esse pacto, se o débito não for pago, poderá passar à propriedade plena do credor pelo seu justo valor, a ser estimado, antes ou depois de vencida a dívida, por terceiro”.⁴³

42 “Por ello, si bien aparentemente la DGRN en dichas Resoluciones adopta un fundamento esencialmente procesalístico en materia de prohibición de pacto comisório, ello no debe hacernos pensar que no sea posible la opción en garantía cuando se garantice de otra forma el principio de proporcionalidad de las prestaciones (función primera y última de la prohibición de los arts. 1.859 y 1.884 CC, como creo que hemos demostrado en el presente trabajo): el pacto marciano, con todo lo que ello supone para los terceros” (REY, cit., p. 160).

43 MOREIRA ALVES, cit., p. 107.

A rigor, além de lícita e merecedora de tutela, a inclusão de pacto marciano em alienação fiduciária de bens imóveis pode mesmo revelar-se a melhor solução para uma deficiência grave da disciplina legal, que impõe ao devedor inevitáveis prejuízos sempre que o bem não é arrematado em primeiro leilão – e, não raro, também quando o é –, já que lhe permite recuperar o valor das benfeitorias realizadas no imóvel.

Sabe-se que para a realização do primeiro leilão o bem não é avaliado de acordo com seu valor de mercado no momento da realização da praça. O valor e o critério de reajuste já foram previamente fixados pelas partes no contrato de alienação fiduciária, quando, de regra, nenhuma benfeitoria havia sido feita no imóvel pelo devedor. Isso significa, portanto, que o valor constante do contrato não contempla, por impossibilidade lógica e cronológica, a valorização do imóvel promovida por referidos incrementos, razão pela qual eventual arrematação por aquela quantia não promoverá o ressarcimento devido.

A situação do devedor torna-se mais dramática se o imóvel só for arrematado em segundo leilão – o que de ordinário acontece –, hipótese em que é oferecido pelo saldo devedor, com todos os acréscimos pertinentes (art. 27, § 3º, I e II, L. Lei nº. 9.514/97). Nesse caso, o valor obtido certamente não chegará sequer ao *quantum* indicado pelas partes no contrato, e o prejuízo do devedor que realizou as benfeitorias será ainda maior.

Isso porque, consumada a alienação via leilão, o credor entregará ao devedor eventual quantia que sobejar o valor da dívida, na qual a lei já reputa compreendido o ressarcimento por possíveis benfeitorias realizadas, afastando expressamente o direito de retenção sob alegação de insuficiência da indenização (§ 4º do art. 27). Não importa a natureza da benfeitoria, ou o seu valor em relação ao valor do imóvel ou à quantia apurada em leilão: o devedor não fará jus a qualquer compensação complementar ao montante que já lhe foi entregue.⁴⁴ Ademais, na possível hipótese de o imóvel não ser arrematado em segundo leilão, ao credor será

44 FABRÍCIO, 2000, p. 363.

adjudicado sem que lhe seja imputada a obrigação de entregar qualquer quantia ao devedor.⁴⁵

Na grande maioria dos casos, portanto, o devedor restará irressarcido, já que as benfeitorias jamais serão computadas no preço pelo qual o bem é ofertado em leilão, seja porque este valor foi previamente indicado pelas partes à época da celebração do contrato – quando benfeitorias ainda não havia –, seja porque o bem é oferecido, em segundo leilão, pelo valor da dívida, cujo cálculo é indiferente a qualquer condição do imóvel. A única hipótese prevista na lei em que o credor poderá ser cabalmente indenizado consiste na arrematação, em primeiro leilão, com disputa de lances. Nesse caso, embora o valor das benfeitorias não esteja contemplado no preço pelo qual o bem é oferecido, a disputa entre interessados pode culminar com a arrematação pelo preço de mercado do imóvel, este sim condizente com os melhoramentos promovidos pelo devedor.

É manifesta, portanto, a inadequação da disciplina legal, que raramente permitirá ao devedor obter um ressarcimento compatível

45 Embora esta seja a interpretação que tem prevalecido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, há decisões que impõem ao credor a obrigação de entregar ao devedor a importância que sobejar o valor da dívida quando houver adjudicação ao credor do imóvel. Isso porque, segundo referida orientação, o § 5º do art. 27 da Lei nº. 9.514/97 só se aplicaria na hipótese de o imóvel ser arrematado em segundo leilão por valor inferior ao da dívida, não já, repita-se, diante de adjudicação resultante da falta de licitantes. Confira-se, nesse sentido, a seguinte decisão do TJSP: “Alienação fiduciária. Bem imóvel. Contrato firmado com empresa de “factoring” para garantia de dívida reconhecida pelos autores. Ação de indenização, julgada improcedente em Primeiro Grau. Diante do inadimplemento dos devedores fiduciários e da configuração da mora, consolida-se a propriedade do imóvel em nome do agente fiduciário, que passa a ter o direito de levar o bem a leilão visando a sua alienação, nos termos dos artigos 26, §§ 1º, 3º, 7º e art. 27, todos da Lei nº. 9.514/97. Infrutíferos os dois leilões públicos, já que não houve licitantes interessados, legitima-se a adjudicação do bem ao credor fiduciário, que formulou esse pleito. Nesse caso, mostra-se de rigor reconhecer o direito dos réus de fazerem jus à restituição dos valores que sobejarem do valor de sua dívida, com fundamento no artigo 27, § 4º, da Lei nº. 9.514/97. (...)” Lê-se no corpo do acórdão: “É de salientar, desse modo, que resta inaplicável à espécie o disposto no §5º, do artigo 27 da Lei supracitada, que exonera o credor da obrigação contida no §4º do dispositivo supramencionado, considerando-se extinta a dívida, porquanto não se trata de hipótese em que não houve mero lance inferior ao valor do segundo leilão, mas sim, de adjudicação do bem pela apelada, o que obviamente traduz em situação bem distinta da disposta no mencionado dispositivo legal” (TJSP, 25ª CDP, Rel. Des. Vanderci Álvares, AC 0158705-15.2008.8.26.0100, j. 29.8.2013).

com os investimentos feitos no imóvel.⁴⁶ Com efeito, aqui, a apropriação direta e definitiva pelo credor promovida pelo pacto marciano se afigura a solução mais equitativa e adequada: ao fixar o valor pelo qual o bem deve ser incorporado definitivamente ao patrimônio do credor, o terceiro levará em consideração o estado do imóvel – incluindo as benfeitorias nele realizadas –, e o avaliará pelo preço justo e adequado às contemporâneas condições do mercado, impondo-se ao credor entregar ao devedor a quantia que sobejar a satisfação de seu crédito.

5 CONCLUSÃO

No cenário contemporâneo, em que se avolumam transações cada vez mais céleres e complexas, intensifica-se a necessidade de fortalecer o mercado de crédito, desiderato apenas alcançável por meio do desenvolvimento de mecanismos capazes de garantir aos credores a rápida e eficaz recuperação do crédito. E um desses mecanismos reside, justamente, na possibilidade de o credor se apropriar do bem objeto da garantia, que esbarra, todavia, na proibição do pacto comissório.

A vedação ao pacto comissório, contudo, não fulmina de nulidade toda e qualquer forma de apropriação do objeto da garantia pelo credor; impede, apenas, que essa apropriação se dê pelo valor da dívida, a fim de proteger o próprio credor bem como preservar o princípio da *par conditio creditorum*.

Constata-se, assim, que reprovável pelo ordenamento jurídico não é a simples apropriação direta e permanente do bem como mecanismo de satisfação do crédito, mas a forma pela qual seu valor é fixado para efeito da apropriação. Por essa razão, afigura-se lícito e legítimo estipular-se, no título constitutivo da garantia ou mesmo posteriormente, o pacto marciano, pelo qual as partes acordam a apropriação do objeto da garantia pelo credor pelo valor precificado pelo mercado ou arbitrado por terceiro independente ao tempo do vencimento da dívida, o que assegura que se atribua

46 Em crítica contundente à disciplina da Lei n.º. 9.514/97 acerca das benfeitorias, confira-se FABRÍCIO, cit., pp. 372-373.

à coisa preço justo. A validade desse mecanismo de satisfação do crédito depende, ademais, da devolução, ao devedor, da diferença entre o valor efetivo do bem e o saldo devedor, a afastar o risco de prejuízo ao devedor e aos demais credores.

No Direito das Garantias, a vedação ao pacto comissório é, com efeito, 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 o seu uso estimulado. Afinal, se, de um lado, constitui instrumento eficiente e justo de resguardar os interesses do credor sem prejudicar o devedor e 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. Cuida-se, em verdade, de mecanismo de inegável utilidade social, lícito e merecedor de tutela, que se adéqua às necessidades do mercado e, sobretudo, à realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

ASURMENDI, Camino Sanciñena. **La opción de compra**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BIANCA, C. M. **Il divieto del patto commissorio**. Milão: 1957a.

_____. Patto comissório. In: **Novissimo Digesto Italiano** (direto da Antonio Azara e Ernesto Eula). V. 12. 3. ed. Torino: Toriense, 1957b.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A alienação fiduciária de imóveis segundo a Lei n.º 9514/97. **Revista da AJURIS**. a. XXVI, n. 80, dez. 2000, pp. 354-383.

FRAGA, Affonso. **Direito reaes de garantia: penhor, antichrese e hypotecha**. São Paulo: Saraiva, 1933.

GOMES, Manuel Januário da Costa. **Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador**. Coimbra: Almedina, 2000.

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. *Civilistica.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: 11 out. 2016.

HADDAD, Luís Gustavo. **A proibição do pacto comissório no direito brasileiro**. Tese de Doutorado em Direito Civil, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Alcides Tomasetti Júnior, 2013.

IGLESIAS, Felipe Campana Padin. **Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro: natureza jurídica e tutela executiva judicial**. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor José Alexandre Tavares Guerreiro, São Paulo, 2011.

LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Breves considerações sobre a importância da alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em:<<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Lima-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). **Comentários ao novo Código Civil**. V. 5, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MATOS, Isabel Andrade de. **O pacto comissório: contributo para o estudo do âmbito da sua proibição**. Coimbra: Almedina, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. T. XX. Atualizado por NERY JR., Nelson; PENTEADO, Luciano de Camargo. São Paulo: RT, 2012.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da Alienação Fiduciária em Garantia**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NASSER, Paulo Magalhães; SILVA, Candice Buckley Bittencourt. Anotações sobre a propriedade fiduciária e a alienação fiduciária em garantia. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGHLIARDI, Rafael Villar;

NASSER, Paulo Magalhães (coords.). **10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas**. São Paulo: Atlas, 2012.

PENTEADO, Mauro Bardawil. **O penhor de ações no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. 4. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Lafayette R. **Direito das Coisas**. 6. ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956.

PERERA, Angel Carrasco; LOBATO, Encarna Cordero; LÓPEZ, Manuel Jesús Marín. **Tratado de los Derechos de Garantía**. T. II, 2. ed. Navarra: Thompson – Aranzadi, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RENTERIA, Pablo Waldemar. **Penhor e autonomia privada**. São Paulo: Atlas, 2016.

REY, Manuel Ignacio Feliu. **La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía**. Madrid: Civitas, 1995.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob orientação da Professora Doutora Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Direito das coisas. In: Antônio Junqueira de Azevedo (coord.). **Comentários ao Código Civil**. V. 14. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social do contrato. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3, pp.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v.2, n.3, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2016.

Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes

VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010.

Recebido em 14/10/2016.

Aprovado em 29/05/2107.

