

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

CARLOS EDUARDO DO NASCIMENTO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

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.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-592-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, apresentou como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Esta questão suscitou intensos debates desde o início, com a abertura do evento no Complexo Pupileira, e no decorrer do evento com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados, fóruns e painéis que na Universidade ocorreram.

Os trabalhos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo”, realizado no dia 15 de junho de 2018, que passaram previamente por dupla avaliação cega por pares. Encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido desenvolvidos em Direito Civil no Brasil.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem pelo Brasil, com temas que reforçam a diversidade cultural brasileira e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes. Dentre as temáticas, questões atinentes: à poliafetividade, às relações familiares, à responsabilidade civil, à personalidade, aos direitos reais e à tutela indígena.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela sua inestimável contribuição e desejamos uma proveitosa leitura!

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - PUC/Minas

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes – Mackenzie

Prof. Dr. Carlos Eduardo do Nascimento - UPM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A APLICABILIDADE DO PACTO MARCIANO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA:
IMPLICAÇÕES E HARMONIZAÇÃO COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.**
**THE APPLICABILITY OF THE MARTIAN PACT IN FIDUCIARY ALIENATION:
IMPLICATIONS AND HARMONIZATION WITH THE BRAZILIAN LEGAL
SYSTEM**

Cláudia Franco Corrêa ¹
Cristina Gomes Campos De Seta ²

Resumo

O presente trabalho tem como objeto a figura do pacto marciano nos contratos de alienação fiduciária com análise de sua possível aplicação no Brasil, problematizando as consequências de sua licitude e a sua harmonização com o direito brasileiro. Será investigada a adoção do pacto marciano com a sistemática estabelecida pela Lei 9.514/97, além de diferenciá-lo com o pacto comissório e sua possível aplicabilidade à luz do Código de Defesa do Consumidor. A Metodologia empregada por tratar-se de um estudo descritivo e exploratório, que será desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, será o método indutivo.

Palavras-chave: Pacto marciano, Pacto comissório, Illicitude

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper intends to analyze the “Martian agreement” in the fiduciary alienation contracts and its applicability in Brazil, problematizing the consequences of its legality and harmonization with the Brazilian law. It will be investigated the adoption of the Martian pact and the Law 9.514 / 97 as well as the differences between this pact and the commission pact and its applicability in line with the Code of Consumer Protection. The methodology used, due to the descriptive and exploratory study, will be developed based on bibliographical and jurisprudential research and will use the inductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Martian agreement, Commission agreement, Illegality

¹ Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida.

² Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Introdução:

A tensão entre os detentores de capital e os carentes de recursos, em outros termos, de credores e devedores, pode ser posicionada desde, pelo menos, a revolução burguesa. No Brasil, desde o Código Civil de 1916, de influência nitidamente burguesa e liberal, o adimplemento das obrigações sempre foi disciplinado na legislação como fato jurídico de interesse social. Isto porque para fins de preservação do instituto do crédito, imperioso se apresenta o adimplemento das obrigações, elemento fundamental para que as demais pessoas possam a ele ter acesso, inserindo-se, cada um por vez, à posição de devedor. Com o advento do incremento tecnológico, da apropriação da noção de mercado e de globalização, assim como com o advento da “necessidade” de consumo, o crédito se tornou peça fundamental para o sustento deste mercado. Não obstante, fatores diversos cujas análises extrapolam os limites deste trabalho, acabaram por propiciar uma ruptura nas bases aceitáveis de inadimplemento, ou seja, a quantidade de devedores que não conseguiram adimplir os financiamentos obtidos para aquisição dos bens de consumo aumentou significativamente colocando em perigo a própria estabilidade do crédito.

Dentre os financiamentos mais inadimplidos se encontra o financiamento imobiliário, panorama notório e que se pode visualizar em países como Estados Unidos, Portugal, Espanha entre outros, conforme amplamente noticiado. No Brasil, o sonho da casa própria, bem elevado pela Constituição Federal de 1988 como direito socialmente reconhecido pelo artigo 6º (na redação dada pela Emenda Constitucional 90/2015), somado aos incentivos governamentais para a sua concretização, fez aumentar a oferta de imóveis e de financiamentos para a sua aquisição.

Com o intuito de fomentar o mercado imobiliário e o seu financiamento, a figura da alienação fiduciária em garantia veio a ser introduzida em substituição ao tradicional sistema de hipotecas. No entanto, apesar de diversas alterações legislativas para fomentar o crédito imobiliário, certo é que a demora na recuperação dos ativos nas hipóteses cada vez mais frequentes de inadimplemento por parte do mutuário, se torna um empecilho para o mercado financeiro. Com efeito, diversos fatores socioeconômicos conduziram a um volume considerável de inadimplentes também aqui na sociedade brasileira. Como dito, não se trata de um problema exclusivamente brasileiro, mas mundial para o qual se busca uma solução, principalmente se considerarmos a falta de liquidez do mercado global. Diante do impasse, para fins de preservação do sistema financeiro, eis que diversos países sofreram com a crise

mundial, a solução encontrada por alguns foi o de revisitar um antigo pacto desde muito abandonado: o pacto marciano.

No Brasil, a questão vem recebendo adeptos e já se antecipam vozes no sentido de distingui-lo do rejeitado pacto comissório, este objeto de repugnância por ser entendido como passível de enriquecimento indevido pelo credor em detrimento do devedor.

Diante deste cenário, o presente artigo buscará comparar os dois institutos – pacto comissório e pacto marciano, passando-se, em seguida, à análise, com as limitações que o estudo impõe, da viabilidade da concessão de legalidade e eficácia jurídica ao (re)novado pacto marciano cotejando-o com outros sistemas normativos igualmente em vigor, tais como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. O enfoque metodológico principal traduz-se em um estudo descritivo e exploratório, será desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, e utilizará o método indutivo. Não sendo pretensão do presente trabalho expor uma teoria conclusiva nem esgotar o assunto, mas contribuir com reflexões quanto à efetividade do tema proposto.

1. Pacto Marciano: conceito e entendimentos.

Na VII jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2015, foi proposta a redação de um enunciado - considerado como um parâmetro doutrinário para a interpretação do Código Civil - dispondo que a vedação ao pacto comissório não impede a estipulação do Pacto Marciano. Tal proposição representa simbolicamente a expressão que o assunto tem gerado em torno do referido pacto. Apesar de sua longa existência, mais recentemente no Brasil, sua aplicação tem sido debatida. As discussões estão voltadas no sentido de se estabelecer até que ponto há licitude em sua previsão, primordialmente se sua aceitação em nosso ordenamento jurídico não seria uma forma oblíqua de aceitação do pacto comissório, este sim proibido textualmente em lei pátria.

Neste aspecto, Flávio Tartuce expressa sua discordância quanto a uma possível aplicação da cláusula marciana em solo brasileiro por considerar “que o pacto marciano esbarra nas outras razões para vedação do pacto comissório real, quais sejam a parte mais fraca da relação jurídica e a exigência do devido processo legal para execução da garantia” (2017, p. 852). Contudo, a posição do referido autor não é majoritária, posto que se posicionam favoráveis a licitude estão, no direito brasileiro; José Carlos Moreira Alves, Carlos Alberto Dabus Maluf, Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima, Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Aline de Miranda Valverde Terra.

Conceitualmente podemos dizer que o pacto marciano ou cláusula marciana permite ao credor tornar-se proprietário pleno da coisa dada em garantia em razão do não pagamento pelo devedor, assim como o pacto comissório. Entretanto, o credor obriga-se a entregar ao devedor a diferença entre o valor da dívida e o justo valor da coisa, aferido por uma terceira pessoa, estranha à relação contratual. Portanto, há uma figura impessoal, um insuspeito avaliador, de fora da relação contratual, que avaliará o bem dado em garantia em termos mercadológicos. Precedida a aquisição por parte do credor, obriga-se este a entregar ao devedor o que sobra do cálculo entre o valor da dívida e o valor de mercado da coisa, buscando promover a igualdade e o equilíbrio no contrato de mútuo com garantia real. Em síntese apertada seria uma modalidade de excussão direta.

A sua possível aceitação fundamenta-se na celeridade de cobrança por parte dos credores dos seus créditos em caso de inadimplemento por parte dos devedores. Seria através do recurso a esta figura jurídica que o credor, no momento em que celebra o contrato, pactuaria com o devedor que o crédito concedido é garantido por determinados bens, ficando ainda acordado que, em caso de descumprimento, tais bens se transferem automaticamente para o patrimônio do credor, sem que este tenha de esperar pela sua execução e venda em hasta pública, ficando apenas obrigado a restituir, se for o caso, o montante da diferença da dívida e o valor efetivo do bem dado em garantia, como já explicado. O assunto não é novo, sua origem remonta o direito romano defendido pelo jurisconsulto romano Marciano e confirmado em rescrito dos imperadores Severo e Antonino, apesar de sua distante origem, sua aplicação tem suscitado consistentes debates em terras brasileiras, de maneira especial, nos tempos atuais, quando o mercado de sistema creditórios, implementados pela alienação fiduciária, tem atravessado forte onda de inadimplemento. O Pacto Marciano tem instigado o interesse da doutrina e da jurisprudência estrangeira: Itália, Espanha, Portugal e Argentina são bons exemplos. Tal importância advém na compreensão de que se trata de um mecanismo adequado a reintroduzir o equilíbrio das relações negociais, prevenindo as situações de aproveitamento injustificado pelo credor da debilidade financeira do devedor, como será devidamente explanado em momento próprio.

A jurisprudência brasileira ainda não teve a oportunidade de examinar essa questão com a devida atenção. O que se tem é um entendimento firmado no Tribunal de Justiça de São Paulo que reconheceu a validade e licitude do pacto marciano com fundamento na ideia de José Carlos Moreira Alves. Aliás, o eminente jurista, já na década de 70, ao tratar da alienação fiduciária de bens móveis, sustentava a possibilidade de figurar no contrato o pacto Marciano:

“Não é ilícito, porém, o denominado pacto Marciano (por ser defendido pelo jurisconsulto 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” (MOREIRA ALVES, 1987, p.107).

Na realidade, o Tribunal de justiça de São Paulo, por duas vezes tratou sobre o tema, em 2008 e 2009 respectivamente. Em 2008, o Tribunal de Justiça paulista admitiu expressamente a inserção de pacto marciano em contrato de alienação fiduciária em garantia, como se compreende na leitura de parte da decisão:

[...] “Se, porém, no contrato de alienação fiduciária em garantia, as partes tiverem **estipulado um pacto Marciano** (grifo próprio) – 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) (grifo próprio).** 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”¹

Em 2009, o Tribunal de São Paulo manteve o entendimento sobre a cláusula marciana, ratificando a compreensão quanto à legalidade de sua inserção nos contratos. Assim, veja-se:

[...] 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

¹(TJSP, AC com Revisão 001.12.075800-2, 36ª CDP, Rel. Des. Romeu Ricupero, j. 31.1.2008).

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"².

Em Portugal, o referido pacto vinha sendo proibido, mas, em junho de 2017, foi aprovado o decreto-lei 75/2017³ que recepcionou textualmente o pacto marciano em terras lusitanas denominando-o: "Apropriação do bem empenhado no penhor mercantil", através do pacote de medidas (Programa Capitalizar) destinada a fomentar a capitalização e a recuperação de empresas em dificuldades, sob a justificativa de relançamento da economia portuguesa, visando a criação de emprego, a redução do elevado nível de endividamento das empresas e a melhoria de condições para o investimento, nomeadamente através da eliminação ou mitigação dos constrangimentos com que as empresas atualmente se deparam no acesso ao financiamento por capitais próprios ou alheios.

Cabe ressaltar que a recepção da inclusão do pacto marciano em Portugal não foi sem críticas. Em editorial de um importante jornal de negócios, logo após a aprovação do decreto-lei, vinha a seguinte pergunta: O que é o Pacto Marciano, que vai dificultar a vida aos devedores?⁴

Na Espanha, o pacto comissório vinha sendo igualmente proibido, entretanto, diante de última intensa crise econômica mundial, o governo espanhol propôs reforma na legislação no Real Decreto-Lei 05/2005, de 11 de março, no sentido de impulsionar a produtividade viabilizando a licitude do pacto marciano.

Como visto, há uma tendência robusta de aplicabilidade do pacto marciano no Brasil por ventos estrangeiros, inclusive. Ou seja, consideráveis opiniões favoráveis a sua validade e

² Apelação nº 992.06.0781229, 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator Desembargador FRANCISCO CASCONI, j. 20/10/2009, acórdão publicado no Diário de Justiça eletrônico de 8/1/2010.

³ Artigo 2.º **Apropriação do bem empenhado no penhor mercantil 1** — É lícito às partes convencionar, no contrato de penhor para garantia de obrigação comercial em que o prestador da garantia seja comerciante, que o credor pignoratício, em caso de incumprimento, se aproprie da coisa ou do direito empenhado, pelo valor que resulte de avaliação realizada após o vencimento da obrigação, devendo o modo e os critérios de avaliação ser estabelecidos no contrato.

⁴ <https://www.jornaldenegocios.pt/negocios-iniciativas/negocios-num-minuto/detalhe/o-que-e-o-pacto-marciano-que-vai-dificultar-a-vida-aos-devedores>

licitude. Resume bem tal entendimento os pensamentos de Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, que ora se reproduz:

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 (2107, p. 74) .

2. O pacto comissório no ordemaneto jurídico brasileiro e sua eventual proximidade com pacto marciano.

O pacto marciano possui certa proximidade com pacto comissório, o que pode trazer certa complexidade interpretativa. Neste caminhar, é importante esclarecer, ainda que contextualmente, o significado dos referidos pactos no ordemaneto jurídico brasileiro para, a posteriori, proceder a exegese comparativa entre os dois institutos, possibilitando explicitar melhor as implicações do pacto marciano no ordenamento pátrio, expurgando ineficientes comparações que contaminam a efetividade de uma possível aplicação.

O Código Civil, Lei 10.406/2002, através do artigo 1.428, veda a estipulação do instituto jurídico denominado pacto comissório⁵ aos contratos de penhor, hipoteca e anticrese, ao dizer no artigo 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”. Constitui, dessa maneira, uma nulidade textual prevista expressamente em lei, retirando a eficácia da cláusula comissória, seja ela estabelecida no próprio pacto ou em documento apartado, sem, contudo, eivar o contrato todo de nulidade, preservando-o (MELO, 2015, p. 445).

Entendendo-se, desta maneira, como a vedação da realização de negócio jurídico que autorize o credor a apropriar-se da coisa dada em garantia, em caso de inadimplência do devedor, sem antes proceder à execução judicial do débito garantido.

⁵ Flavio Tartuce prefere utilizar o termo pacto comissório real com a finalidade de diferenciar do pacto comissório contratual que se consolida como uma cláusula resolutive expressa se efetivando como um pacto adjeto (2017, p.578).

As ideias que justificam a proibição da inserção da cláusula comissória são várias, contudo, podemos afirmar que, no geral, a ideia predominante é de que a proibição se baseia na proteção ao devedor em face de eventuais extorsões por parte do credor, o que Orlando Gomes (2007, p.92) considera ao dizer que:

A ideia dominante entre nós é a de que a proibição do pacto comissório é justificada pela necessidade de proteger o devedor face a eventuais extorsões por parte do credor, identificando-se com a ratio do art. 1146 do CC português que une a usura, bem como com o pensamento subjacente à condenação dos negócios usuários (art. 282).

Clóvis Beviláqua afirma que a proibição está baseada em condutos morais, uma vez que “a proteção do fraco em face da exploração gananciosa do argentário, que usa desse meio para extorquir do devedor por preço irrisório, o bem que este lhe dá em garantia do pagamento” (1956, p. 36).

Para Melo (2018, p. 446), a proibição se justifica tendo em vista que, caso a cláusula produzisse efeito, estaria o ordenamento jurídico ratificando possíveis situações concretas de enriquecimento sem causa, colocando o devedor à mercê de exploração usuária, como afirma Pontes de Miranda (1971, vol. 20, p.30). Tais concepções estão associadas à lógica do valor do bem superar o valor da dívida, assumindo, portanto, o credor, valor muito maior do que a dívida, locupletando-se, por assim dizer às expensas do devedor.

Por outro lado, devemos destacar que o credor também é tutelado com a proibição do pacto comissório. Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirmam que a proibição da cláusula comissória aduz, sobremaneira, a proteção dos credores no concurso creditório:

Registrada a crítica, a vedação ao pacto comissório tem ainda outra importante função:

assegurar, como já se adiantou, a proteção da par conditio creditorum, isto é, preservar o princípio segundo o qual, no rateio entre credores, todos eles devem ser tratados de maneira igual, não podendo o devedor privilegiar qualquer um deles em detrimento dos demais. A vedação ao pacto comissório tutela tal princípio porque circunscreve o montante do patrimônio do devedor sujeito ao privilégio creditório, em razão da garantia real, ao efetivo quantum da dívida, permitindo, pois, que qualquer excedente apurado após a alienação em juízo (ou fora dele) retorne ao patrimônio do devedor, em benefício dos demais credores (2016, p.15),

Nesta ordem, admitem as autoras que a preservação da *par conditio creditorum*⁶ constitui 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 desigual entre os credores (2016, p. 15); seria, por conseguinte, uma fundamentação subsidiária àquela que se revela essencial que é a proteção ao devedor por sua posição na relação jurídica, na qualidade de sujeito passivo e, portanto, exposto a uma possível coação por parte do sujeito ativo.

Percebe-se, assim, que, em todo esse contexto proibitivo, há uma razão ética que proíbe o pacto comissório desde sua origem⁷, pois, em virtude de sua posição fragilizada na relação jurídica em detrimento do credor, aceitando a inserção da cláusula em virtude da qual se permite ao credor apropriar-se diretamente da coisa dada em garantia, perante o descumprimento da obrigação assumida, sem qualquer processamento judicial ou extrajudicial.

Luis Gustavo Haddad (2013) pondera, em sua tese de doutoramento, ao explicitar em detalhes a proibição do pacto comissório no Brasil, que exploração ou opressão do economicamente fraco (em momento propício, como o em que se acha necessitado de contratar), proíbe a cláusula que autoriza o credor pignoratício, hipotecário ou anticrético a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Por fim, ressaltamos que o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal ao assegurar que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal embasa substancialmente a vedação de tal pacto no contexto jurídico brasileiro, uma vez que, para que o credor tenha sua pretensão satisfeita deverá, portanto, executar a dívida e, após os trâmites legais adjetivos, receber o que lhe cabe em relação ao seu crédito, devolvendo ao devedor, caso ocorra, o que sobejar.

Seria oportuno indagar se tal proibição também recairia sobre a alienação fiduciária. Caio Mário da Silva Pereira, define alienação fiduciária como sendo:

“contrato bilateral, oneroso, acessório e formal. Bilateral, porque cria obrigações tanto para o alienante quanto para o adquirente; oneroso, porque beneficia a ambos,

⁶ Significa o tratamento igualitário em relação a todos os credores de mesma categoria.

⁷ A lex comissoria foi proibida pelo Imperador Constantino, mediante um édito datado do ano 320 d.C. Tal édito baseava-se, fundamentalmente, no fato de que através do pacto comissório ocultavam-se negócios usurários, uma vez que o valor da coisa era, em regra, muito superior ao valor do crédito garantido. Na realidade, já naquele tempo, a utilização da cláusula comissória era uma cláusula de opressão, uma vez que os credores serviam-se do pacto comissório para se apropriarem dos bens dados em garantia a um preço bem inferior ao preço efetivo, consolidando a figura do enriquecimento indevido, às custas da fragilidade do devedor.

proporcionando instrumento de crédito para o alienante e instrumento assecuratório ao adquirente; acessório, porque sua existência depende de uma obrigação principal que visa a garantir; é formal, pois exige instrumento público” (2017, p.305).

A exegese para que se compreenda que a proibição do pacto comissório se estende à alienação fiduciária, a despeito da propriedade da coisa pertencer ao credor, advém da interpretação sistemática da legislação pertinente. O artigo 22 da Lei 9.514/97 dispõe que: “ 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”. O artigo 1.361 do Código Civil, por sua vez, considera fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

Somado a estes dispositivos, tem-se o disposto pelo artigo 27 da Lei 9.514/97 que estabelece “uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel”.

A hermenêutica sistêmica de todos os dispositivos conduz à conclusão que o artigo 27 da Lei 9.514/97 estabelece que, inadimplido o pagamento do contrato de financiamento imobiliário garantido pela alienação fiduciária, impõe-se a realização de leilão público para a alienação do imóvel dado em garantia, o que ocorrerá após a consolidação da propriedade plena do bem na esfera patrimonial do credor através de procedimento a ser efetuado pelo Registro Imobiliário.

Cabe lembrar que a propriedade fiduciária é espécie da propriedade resolúvel conforme se destaca da leitura dos artigos 22 da lei 9514/97 e do artigo 1361 do Código civil, assim sendo, sua natureza é transitória quanto à titulação, ou seja, sua essência é originalmente provisória, haja vista que a propriedade resolúvel é aquela que no próprio título de sua constituição, encerra o princípio que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou advindo o termo (GOMES, 2007, p. 237) ou como afirma Marco Aurélio Bezerra da Melo ao dizer que a propriedade resolúvel é um espécie de propriedade atípica, justamente por ser temporária pois a previsão do seu desaparecimento é condição inafastável de sua constituição (MELO, 2018).

Por tais razões que o artigo 27 da Lei 9.514/97 obriga o credor fiduciário a promover o público leilão em 30 dias após o registro da consolidação da propriedade em seu nome,⁸ pagando imposto de transmissão (ITBI) ou laudêmio, se for o caso. Ou seja, a promoção do leilão é justamente um indicativo de que a coisa, dada em garantia, possa ter liquidez e assim, transformada em dinheiro pela arrematação seja ele – o dinheiro – o responsável pelo cumprimento da obrigação se o preço arrecadado for o suficiente para fazê-lo. Como se observa, a propriedade do credor fiduciário, neste caso, estará condicionada ao tempo necessário para a arrematação; portanto, a titulação estará sempre subordinada à quitação do devedor pelo cumprimento direto da obrigação ou pela sua venda em leilão.

Logo, somos discordantes do raciocínio que afugenta a aplicação da vedação do pacto comissório no caso da alienação fiduciária em garantia, por ser o credor fiduciário o proprietário, pelas razões já expostas.

A despeito de semelhanças entre tais pactos- comissório e marciano-, a distinção entre eles é clara. Enquanto no pacto marciano, o credor pode ficar com o bem, submetendo à avaliação de um terceiro independente e imparcial, sendo viável superar o obstáculo de cotejo ético; na incidência do pacto comissório, a postura do credor em ficar com a coisa pulverizando a comutatividade existente entre as prestações originárias, em desfavor não só do devedor, mas também dos demais credores, no pacto comissório, como já visto, temos a clara concepção de locupletamento, pois o credor assume a propriedade do bem, havendo, desse modo, abuso 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 dívida⁹.

3. Pacto Marciano no Direito brasileiro: da sedução à legalidade

Como já explicitado acima, o pacto marciano vem sendo introduzido ao sistema normativo de diversos países, tais como Portugal e Espanha, sob o argumento de que tal legalização permitiria uma maior celeridade ao credor para a recuperação do seu crédito.

A justificativa fático-teórica para o resgate de tal modalidade pactual, praticamente olvidada por décadas nos ordenamentos jurídicos da modernidade, repousa na demora que a via

⁸ Ver § 7º do artigo 26 da Lei 9.514/97.

⁹ TJSP – AC nº 581.973.4/2. Relator Des. Ênio Santarelli Zuliani. J. em 27/08/2009.

judicial enseja para que ao credor se permita recuperar o crédito objeto do mútuo garantido por alienação fiduciária.

Impedindo-se, como tradição no direito brasileiro e em diversos países, que através do pacto comissório o mutuante transfira para si a propriedade plena sem qualquer limitação, restaria ao mesmo apenas a sua aquisição através da via judicial com infundáveis execuções, alienações judiciais ou adjudicações. Em que pese a permissibilidade dada pela Lei 9.514/97 de um procedimento extrajudicial, aparentemente mais célere, exige-se que em 30 dias a contar do cancelamento da negociação creditícia em sede registral o imóvel seja apresentado à leilão, o que permite, sabe-se, inúmeros questionamentos judiciais dele decorrente, sem mencionar o cerceamento de atuação do mutuante que por diversas questões jurídicas ou de liquidez talvez não deseje novamente direcionar o imóvel ao mercado.

No mesmo caminhar, justifica-se que a demora causada por processos longos e incompatíveis com a celeridade necessária nas relações jurídicas contemporâneas igualmente insere o mutuário numa espécie de "dívida eterna", de "situação insolúvel", o que muito lhe prejudicaria, já que estaria impedido de obter novos créditos no mercado. Isto porque, enquanto não verificada a existência de saldo a pagar ao credor e o quantum devido, o devedor permaneceria obstado de se inserir novamente no mercado de consumo, sendo o crédito ferramenta essencial para tal finalidade. O inadimplemento contratual permite a inserção do nome do consumidor em cadastros restritivos de crédito, ensejando, ainda, a realização de protestos que somente podem ser levantados com a anuência do credor. Tal anuência somente ocorrerá de forma espontânea, por óbvio, quando o débito for totalmente quitado. Aparentemente, a inserção do pacto marciano no ordenamento jurídico permitiria, portanto, minimizar os efeitos nocivos do inadimplemento tanto para o credor, cioso pelo recebimento do seu crédito, quanto para o devedor, ansioso para se inserir novamente no mercado de consumo.

Percebe-se, pois, que as justificativas empregadas são sedutoras e hodiernas, na medida em que o credor recuperaria o seu crédito com celeridade e o devedor estaria apto a novamente retornar para o mercado de consumo, o que "aqueceria" novamente o mercado, extraindo os fornecedores do ostracismo em que a recessão mundial os inseriu. A ausência de crédito é a justificativa para a desaceleração da produção, do consumo e também do mercado de trabalho, seja ele formal ou informal, contratual ou por meio das parcerias e terceirizações. Sem mercado de trabalho, por sua vez, inexistem consumo e fornecimento, enfraquecendo-se a economia nacional.

A incompatibilidade entre a perenidade e os anseios da sociedade, habituada com a velocidade das relações sociais e ansiosa para que tal velocidade se perceba igualmente nas soluções jurídicas, fomentou a redução dos prazos prescricionais e decadenciais, sejam relacionados à pretensão indenizatória, sejam de aquisição da propriedade nas diversas formas de usucapião. Também na mesma onda de celeridade e informalidade, a Lei 13.465/17 alterou dispositivos na Lei 9.514/97 para fins de incluir maior rapidez no processo de apuração do crédito e resolução da propriedade fiduciária na via extrajudicial.

Contudo, o atrativo das soluções rápidas traz em seu bojo o retorno a um modelo contratual liberal de quase primazia do princípio *pacta sunt servanda*, mitigando-se princípios inerentes às relações jurídicas consumeristas, objeto de conquista essencial para o fomento de um mercado de consumo com a segurança que dele se espera, tendo como referencial a dignidade da pessoa humana. Com efeito, a introdução no direito brasileiro do pacto marciano apresenta ares de incompatibilidade com toda a sistemática defensiva estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor como se observará abaixo.

Primeiramente, não se pode negar a aplicação dos contratos de financiamento de imóveis, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça através do verbete sumular 297, já estabeleceu: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Diante desta inafastabilidade de incidência à legislação consumerista, imperiosa algumas considerações acerca da referida legislação.

Entre os princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor, encontra-se o da vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, inciso I da Lei 8.078/90). No dizer de Tartuce “De acordo com a realidade da sociedade de consumo, não há como afastar tal posição desfavorável, principalmente se forem levadas em conta as revoluções pelas quais passaram as relações jurídicas e comerciais nas últimas décadas” (TARTUCE, 2018, p.35). Impossível imaginar a possibilidade de o consumidor “barganhar” com o fornecedor do produto e do serviço que busca consumir tais bens sobre as cláusulas contratuais desta negociação, nem muito menos de posição de equidade entre estes elementos subjetivos da cadeia de consumo. Justamente a percepção de que essa desigualdade não possuía resposta no âmbito do liberalismo contratual foi o que levou à criação de leis protetivas a este vulnerável, dentre as quais se insere o Código de Defesa do Consumidor que fez nascer um arcabouço legislativo protetivo do consumidor por reconhecimento desta vulnerabilidade e da necessidade de se fomentar um mercado de consumo seguro.

A permissibilidade de se ajustar no direito brasileiro o pacto marciano seria desprezar a vulnerabilidade do consumidor, retornando-se a uma estrutura legislativa que se edificaria partindo da premissa da paridade em abstrato destes sujeitos posicionados em campos opostos da relação. O pacto se daria, não se pode esquecer, através de um contrato nitidamente de adesão, sem a possibilidade de que o consumidor pudesse se opor à colocação do referido pacto no bojo do contrato de mútuo com alienação fiduciária em garantia, sendo obrigado a permitir que, no futuro, caso por qualquer razão venha a inadimplir o financiamento, seja compelido a autorizar o mutuante a adquirir o seu imóvel através de um contrato de compra e venda. O consumidor estaria obrigado a anuir com o contrato de compra e venda futuro, já que não poderia se opor à inserção do pacto pelo caráter de adesão dos contratos de financiamento imobiliário nos quais o imóvel é dado em garantia.

De igual sorte, tem-se a questão do valor. O pacto marciano prevê a possibilidade de que o credor adquira, através de um contrato de compra e venda futuro, o bem dado em garantia pelo “preço de mercado” cuja avaliação não se sabe como se efetivará. Caso se aplique o sistema atualmente vigente para a hipótese de leilão extrajudicial do bem imóvel dado em garantia pela alienação fiduciária, a solução escolhida pelo legislador já não considera a posição de vulnerabilidade do consumidor. Isto porque com a nova redação dada aos artigos 24 a 26 da Lei 9.514/97, o valor mínimo de venda do imóvel será o valor indicado na forma do artigo 24, VI da referida lei. Tal dispositivo prevê que, ao ajustar o contrato de mútuo, haja a “indicação, para efeito de venda em público, em leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão”. Tal cláusula, sabe-se, é inserida pelo agente financiador sem a possibilidade de que o consumidor a ela se oponha.

No mesmo plano, o Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de constatação da hipossuficiência do consumidor, noção que, no dizer de Cláudia Lima Marques, pode ser técnica, jurídica, fática e informacional (MARQUES, 2010, 88). Não se apresenta crível que a grande maioria dos consumidores tenha possibilidade de, no momento da realização do contrato de compra e venda, encontrando-se o mutuário inadimplente e pressionado pelo mutuante, tenha condições técnicas para discutir o valor de mercado do imóvel objeto da garantia. Inerente ou consectário desta hipossuficiência tem-se os princípios da transparência e da informação, tendo sido este último positivado como verdadeiro “direito” do consumidor à informação (artigo 6º, inciso III, “a” da Lei 8.078/90). Na atualidade inexistem tabelas formais a permitir ao consumidor obter informações sobre o real valor do imóvel no mercado

imobiliário. Sabe-se que existem tabelas de jornais, sites, mas nenhuma se encontra sob o crivo do contraditório ou fiscalizado por órgão de defesa do consumidor ou governamental.

A validade do pacto se alicerçaria exclusivamente na anuência do mutuário consumidor com a sua ocorrência através de um contrato de adesão formalizado em momento anterior, qual seja, quando da aquisição do financiamento. O preço do imóvel ficaria a ser estabelecido em momento futuro com critérios vagos e, diante da hipossuficiência do consumidor, praticamente, ao arbítrio do que vier a ser estabelecido pelo próprio mutuante. Mesmo que se aplicando os ditames da legislação ordinária, qual seja, o Código Civil de 2002, tal forma de estabelecimento do preço estaria em confronto ao artigo 489, na medida em que, inexistindo tabela oficial acerca das negociações imobiliárias, o preço seria na prática fixado pelo mutuante, o que entraria em colisão com a vedação do artigo em referência por ficar a sua fixação a cargo exclusivamente de uma das partes conduzindo a negociação ao patamar da nulidade.

Conclusão.

Mesmo que se aplique no Brasil a forma de estipulação de preço por terceira pessoa estranha às partes envolvidas no contrato de mútuo – terceiro imparcial- o que conduziria a questão ao disposto no artigo 485 do Código Civil de 2002, certo é que o critério de escolha deste terceiro seria passível de crítica. Isto porque, sendo o contrato de adesão, seria de validade questionável a estipulação por imposição do mutuante.

Conclui-se, por conseguinte, que a inserção do pacto marciano no sistema brasileiro, aparentemente, não se apresenta compatível com o caráter consumerista das relações jurídicas de mútuo garantidas pela alienação fiduciária, já que, vencida a teoria minimalista nesta seara, tais contratos se submetem à sistemática protetiva do Código de Defesa do Consumidor.

Ao contrário, a inclusão do pacto marciano na forma como vem sendo preconizada em outros sistemas jurídicos se apresenta como um retrocesso aos avanços da legislação consumerista afrontando os princípios e direitos acima mencionados, além de exemplificar o ressurgimento do princípio da *pacta sunt servanda* como o seu único elemento validador. Não se pode negar a infração aos ditames protetivos da Lei 8.078/90, tomando-se por parâmetros os princípios da vulnerabilidade, do reconhecimento da hipossuficiência do consumidor, bem como do direito à informação.

Mesmo para os adeptos da teoria minimalista que pretendem a exclusão das relações jurídicas que envolvam práticas bancárias do sistema de proteção do Código de Defesa do Consumidor a solução não poderia ser diversa.

Todo o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a legislação ordinária, tem como alicerce o princípio da boa-fé objetiva, estabelecendo-se que, desde a fase pré-contratual até a fase de execução dos contratos, devem as partes se conduzir pelos ditames da probidade e da honestidade. Todo arcabouço normativo das negociações privadas não se encontra apartado dos ditames constitucionais; ao contrário, deles recebendo influência direta e a eles se encontrando submetidos. Nesta linha de raciocínio, apresenta-se como conclusão lógica a inviabilidade de reconhecimento de efeitos jurídicos válidos ao pacto marciano pela subsunção indigna do devedor ao credor, posicionando-o num patamar de inferioridade e de indignidade, apresentando-se como retrocesso ao sistema contratual estritamente liberal, o que se afasta do ordenamento jurídico brasileiro cujo primado fundamental é o da dignidade da pessoa humana.

Referências bibliográficas.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. . 17ª edição . Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007.

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: 06 de abril de 2018.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, pp. 51 - 77 jan./jun. 2017. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1840/1743>: Acesso em: 08 de abril de 2018.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório versus pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. *Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional*. Organizadores: Joyceane Bezerra de Menezes e Francisco Luciano Lima Rodrigues – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016. Pacto comissório versus pacto marciano:... (PDF Download Available). Available from:

https://www.researchgate.net/publication/313896282_Pacto_comissorio_versus_pacto_marcia_no_estruturas_semelhantes_com_repercussoes_diversas [accessed Apr 08 2018].

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.

MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 3 edição. São Paulo, RT, 2010.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2018.

MONTEIRO FILHO. Carlos Edison do Rêgo. Pacto Comissório e Pacto Marciano no Sistema Brasileiro de Garantias. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva, “Instituições de Direito Civil, vol.IV, 25 edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

RAMOS, Juciano. A substituição do pacto comissório pela cláusula resolutiva expressa, na vigência do Código Civil de 002. Monografia apresentada na UNIVALI. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Juciano%20Ramos.pdf>. Acesso em: 01 de abril de 2018.

ROSENVOLD, Nelson / Farias, Cristiano Chaves de / Chaves De Farias, Cristiano. Curso de Direito Civil - Reais - Vol. 5 - 11ª Ed. São Paulo: Atlas. 2015.

TARTUCE, Flávio e Neves, Daniel Amorim Assunção. Manual de direito do consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2018;.

TARTUCE, Flávio. Direito das Coisas. 10ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2017.

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