

RESENHA À OBRA *PACTO COMISSÓRIO E PACTO MARCIANO NO SISTEMA BRASILEIRO DE GARANTIAS*, DE CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO

Diana Paiva de Castro

Professora Integrante do Corpo Docente do Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor do Ceped/UERJ. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

O pacto comissório consiste na cláusula que permite a transferência ou a consolidação da propriedade da coisa dada em garantia na esfera do credor na hipótese de inadimplemento da dívida, sem que se proceda à fixação do justo valor desse bem. Difere essa convenção do denominado pacto marciano, ajuste que também assegura a apropriação do bem dado em garantia pelo credor, mas exige para tanto a avaliação do justo preço e a devolução de eventual excedente (valor do bem que excede o da dívida) ao devedor.

O tema do pacto marciano permaneceu por décadas relegado a segundo plano no estudo do direito civil brasileiro. Com efeito, os legisladores de 1916 e de 2002 se omitiram quanto à cláusula marciana, prevendo apenas a proibição do pacto comissório nos arts. 765 do Código Civil de 1916¹ e 1.365 e 1.428 do Código Civil de 2002.² Os tribunais, por sua vez, não assumiram papel ativo na construção da disciplina incidente. Desse modo, a doutrina assume importante atribuição de elucidar os elementos constitutivos, os fundamentos valorativos e os parâmetros de interpretação-aplicação do pacto marciano no direito pátrio. Nesse contexto se destaca a belíssima obra do Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, fruto de tese de titularidade aprovada em concurso público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado

¹ CC, art. 765: “É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrédito ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”.

² CC, art. 1.365: “É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta”; CC, art. 1.428: “É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrédito ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Parágrafo único. Após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida”.

do Rio de Janeiro (UERJ), por banca examinadora composta pelos professores Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Paulo Luiz Netto Lôbo, Luiz Edson Fachin e Paulo da Mota Pinto.³

A obra se desenvolve a partir de rica pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, em fontes nacionais e estrangeiras, e impecável rigor metodológico, traços característicos da produção do autor ao longo de sua trajetória acadêmica. Em sintonia fina entre a teoria e a prática, o trabalho se divide em quatro eixos centrais. O primeiro capítulo se dedica ao estudo do pacto comissório, analisando suas origens históricas, seu posicionamento no bojo do sistema de garantias, seu conceito, desenvolvimento e projeção no direito contemporâneo, bem como os fundamentos da vedação prevista nos referidos arts. 1.365 e 1.428 do Código Civil. Examina o autor detidamente as razões enunciadas em doutrina e jurisprudência para justificar a proibição do pacto comissório, quais sejam, (i) inderrogabilidade do procedimento judicial; (ii) repressão à usura; (iii) igualdade entre os credores; (iv) vulnerabilidade do devedor; (v) vedação ao enriquecimento sem causa e (vi) interesse social na proibição da cláusula comissória. A partir de estudo crítico, conclui que o fundamento da proscrição reside no desvio funcional da garantia prestada, em síntese entre as justificativas de tutela das vulnerabilidades, vedação ao enriquecimento sem causa e interesse social na não difusão do pacto comissório. Isso porque a previsão de cláusula que autoriza a apropriação do bem dado em garantia pelo credor, sem que se proceda à fixação do justo valor da coisa e à devolução de eventual excedente, acaba por desnaturar a garantia prestada ao eliminar seu caráter acessório. Desse modo, passa o credor a desejar o inadimplemento, o que gera, nas palavras do autor, indesejada “função de aquisição especulativa” do bem objeto da garantia.⁴

O segundo capítulo, a seu turno, se debruça sobre a estrutura e a função do pacto marciano. Identificam-se como elementos constitutivos da cláusula marciana a aquisição da propriedade plena da coisa objeto da garantia pelo credor e a aferição do justo valor do bem. Neste segundo elemento, com efeito, reside o traço distintivo essencial entre os pactos comissório e marciano. A avaliação do justo preço, no aspecto procedimental, pode ser realizada por terceiro ou por comum acordo entre as partes, desde que neste último caso seja fundamentada em parâmetros objetivos e se insira em relações paritárias. No aspecto temporâneo, o momento de tal aferição é delimitado quando da efetiva aquisição do domínio, de sorte a evitar variações no valor do bem, a favor do credor ou do

³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 64.

devedor. Destacam-se, ainda, os efeitos do ajuste marciano. Caso o valor do bem supere o da dívida, haverá a restituição do excedente ao devedor. Por outro lado, se o valor do bem for inferior ao da dívida, permanecerá o devedor obrigado pelo remanescente. Há, contudo, hipóteses de perdão legal previstas no art. 7º da Lei nº 5.741/1971⁵ e no art. 27, §§5º e 6º da Lei nº 9.514/1997,⁶ que, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), liberam o devedor do pagamento do restante da dívida ou o credor da devolução do supérfluo. Por fim, caso o valor do bem e o da dívida se equiparem, ocorrerá a extinção da obrigação.

Ainda no segundo capítulo, analisam-se as modalidades de pacto marciano, que poderá se revelar vinculado ou autônomo (vinculação a determinada garantia) e *in continenti*, *ex intervallo* e *a posteriori* (momento da celebração), ponto em que o autor destaca que as conclusões de ilicitude do pacto comissório e de licitude do pacto marciano independem do momento em que celebrada a cláusula ou da autonomia em face da garantia. Em derradeiro, cuida-se da função da convenção marciana, a qual, diversamente da comissória, assegura a fixação do justo preço e, assim, não incorre em desvio funcional da garantia prestada. Ao revés, o pacto marciano contribui para as funções preventiva e promocional do sistema de garantias, proporcionando ao credor a satisfação imediata do crédito e ao devedor a dispensa das despesas do procedimento de leilão, no qual dificilmente se obtém o valor de mercado do bem, e a restituição de eventual excedente no cotejo entre o valor da coisa e o valor da dívida. Favorece a cláusula, dessa feita, a previsibilidade das relações contratuais e a denominada “desjudicialização” das demandas. Não obstante tais vantagens, identifica-se, na obra, que o pacto marciano não encontrou, historicamente, maior desenvolvimento no ordenamento pátrio, a exigir o resgate dos elos perdidos entre o doutrinador, o legislador e o magistrado no tratamento do tema.

Passo adiante, o terceiro capítulo trata da aplicabilidade prática das cláusulas comissória e marciana no sistema de garantias. Apreciam-se o merecimento de tutela do pacto marciano e a proscrição do comissório no penhor, na hipoteca e na propriedade fiduciária. Em seguida, examinam-se os negócios jurídicos com escopo de garantia, com destaque para a compra e venda com pacto de retrovenda,

⁵ Lei nº 5.741/1971, art. 7º: “Não havendo licitante na praça pública, o Juiz adjudicará, dentro de quarenta e oito horas, ao exequente o imóvel hipotecado, ficando exonerado o executado da obrigação de pagar o restante da dívida”.

⁶ Lei nº 9.514/1997, art. 27: “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. [...] §5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no §2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o §4º. §6º. Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio”.

para o *sale and lease back* e para a procuração em causa própria. O tema não se revela pacífico na doutrina brasileira e estrangeira. Em primeiro lugar, controverte-se a respeito da admissibilidade da utilização de tais contratos típicos para a função de garantia, questionando-se se não haveria em todo caso verdadeira simulação de contrato de mútuo com garantia real. Em segundo lugar, debate-se a respeito da proscricção da apropriação do bem pelo credor em tais negócios com função de garantia, uma vez que a vedação ao pacto comissório, no ordenamento pátrio, se encontra expressa apenas para as garantias típicas. A partir de extensa pesquisa jurisprudencial, o autor analisa a trajetória trifásica da apreciação de tais controvérsias nos tribunais superiores e conclui pela proposição de paradigmas de interpretação-aplicação dos negócios jurídicos com escopo de garantia, de sorte a sustentar que não haverá necessariamente a ocorrência de simulação, podendo o negócio fiduciário constituir o objetivo sério e real das partes, apreciando-se em cada caso a eventualidade de simulação. De mais a mais, a vedação ao pacto comissório deve alcançar tais contratos, sob pena de fraude à lei, eis que a equivalência de função de garantia demanda a identidade de disciplina incidente. Diversamente, se houver, nesses ajustes, a previsão pelas partes da fixação do justo preço e da devolução de eventual excedente, o pacto marciano operará efeito salvífico e o negócio jurídico se afigurará válido.

O quarto capítulo, por sua vez, dedica-se às diretrizes e aos parâmetros para o juízo de merecimento de tutela do pacto marciano. Com relação às diretrizes, destaca-se, à luz da metodologia civil-constitucional, a necessária compreensão de insuficiência da subsunção para a apreciação da situação-problema da obra. Isso porque a ausência de tratamento legislativo a respeito do tema impede o raciocínio silogístico de aplicação automática da lei ao fato e gera o perigo de duas interpretações equivocadas: uma primeira, que concluísse pela proibição do pacto marciano por subsunção dos arts. 1.365 e 1.428 do Código Civil que vedam a cláusula comissória, sem atentar para as diferenças estruturais e funcionais entre os ajustes, e uma segunda, que sustentasse a ilimitada autonomia das partes na previsão do pacto marciano, sem a devida análise do caso concreto. A segunda diretriz, a seu turno, cuida da construção do direito comum das relações patrimoniais, de sorte que os princípios da função social, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico devem encontrar projeção tanto no direito obrigacional quanto nos direitos reais. Com efeito, identifica-se, no direito civil contemporâneo, verdadeira crise nas abstrações conceituais que sustentavam a *summa divisio* entre os direitos reais e os direitos pessoais, fazendo-se mister, na legalidade constitucional, o tratamento axiológico unitário. Assim, consoante a nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição da República de 1988, tal dicotomia clássica deve ser substituída por sistema que diferencie as situações existenciais e as situações patrimoniais e confira às primeiras tutela privilegiada.

No que se refere aos parâmetros propostos, o autor inicia a análise com o denominado parâmetro objetivo do equilíbrio funcional trilateral, de sorte a demonstrar a incidência do princípio do equilíbrio econômico nas relações reais. Com efeito, consiste em elemento constitutivo do ajuste marciano a fixação do justo preço, mediante avaliação, em três vértices, do valor do bem dado em garantia, do valor da dívida garantida e do percentual do débito sobre o valor do bem. Tal apreciação deverá ser realizada à luz de uma concepção funcional do princípio do equilíbrio, que, para além do binômio preço-coisa, analise a relação como processo, em todas as suas especificidades, de sorte a considerar fatores como “valor principal e seus acessórios (juros, multas, atualizações monetárias), benfeitorias eventualmente realizadas na coisa, despesas relativas à guarda e conservação, dentre outros”.⁷ De outro giro, sustenta-se a possibilidade de conservação do negócio jurídico por meio do mecanismo do pacto marciano, à luz do critério hermenêutico da razoabilidade, nas hipóteses de declaração de nulidade por efeito da configuração de pacto comissório. Em outras palavras, nos casos em que o ajuste se revela inválido por restar caracterizada a cláusula comissória, poderá o juiz ou o árbitro, a depender da ponderação dos interesses incidentes no caso concreto, proceder à transformação da convenção em pacto marciano, passando-se à avaliação do justo preço e à restituição de eventual excedente, de sorte a eliminar as já referidas desvantagens do procedimento de leilão.

Por fim, a obra traz como parâmetro subjetivo para o merecimento de tutela do pacto marciano a análise das concretas vulnerabilidades. No tema, o autor enfrenta três problemas práticos na dinâmica da convenção marciana. O primeiro diz com a admissibilidade do ajuste no bojo das relações de consumo, tema em que se sustenta a validade da cláusula em tal seara, conforme exame a ser empreendido em cada caso, apreciando-se fatores como ter sido o consumidor devidamente informado sobre o pacto e seus efeitos e ter consentido expressamente, contemplar o ajuste a participação do consumidor na escolha do perito e restarem observadas as regras do art. 54, §§3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor em contratos de adesão.⁸ A segunda questão, a seu turno, se refere à sistemática do perdão legal prevista nos arts. 7º da Lei nº 5.741/1971 e 27,

⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 243.

⁸ CDC, art. 54: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. [...] §3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. §4º. As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

§§5º e 6º da Lei nº 9.514/1997, segundo a qual, nos casos em que o valor do bem dado em garantia fosse inferior ao da dívida, restaria o devedor desobrigado do pagamento do remanescente. A partir da investigação a respeito da incidência de tal regra na hipótese em que previsto pacto marciano nos contratos de financiamento, conclui o autor pela inadmissibilidade da sistemática do perdão legal nas relações paritárias, caso em que deveriam ser aplicados os arts. 1.366 e 1.430 do Código Civil.⁹ Em derradeiro, aprecia-se a problemática da impenhorabilidade do bem de família dado em garantia se estipulado pacto marciano. Trata-se de saber se o bem de família que garante a dívida poderia ser apropriado pelo credor diante do inadimplemento contratual mediante fixação do justo preço e restituição de eventual supérfluo. A solução dada se orienta no sentido da resposta negativa, argumentando-se pela impenhorabilidade do bem de família na espécie, à luz do direito fundamental de moradia, devendo, contudo, ser apreciada concretamente a ocorrência de postura fraudulenta ou abusiva por parte do devedor.

O mérito da obra, portanto, se revela, a um só tempo, na projeção de tema antes negligenciado para o centro do debate do direito civil contemporâneo, no fornecimento de subsídios teóricos para a aplicabilidade prática do pacto marciano no âmbito das garantias típicas e dos negócios jurídicos com escopo de garantia e na proposição de diretrizes e parâmetros para o juízo de merecimento de tutela do pacto marciano, à luz da tábua axiológica constitucional. Ao alcançar a façanha de abarcar, em trajetória retilínea e encadeada, sob o fio condutor da situação-problema de merecimento de tutela do pacto marciano, as inúmeras possibilidades de configuração da cláusula marciana na prática, nas diversas espécies de garantias, nos variados tipos contratuais e nas diferentes formas de relações subjetivas, o trabalho fornece ao leitor prazeroso percurso pelo direito civil, perpassando o estudo da teoria geral, do direito das obrigações, dos contratos, da responsabilidade civil, dos direitos reais e, ainda, do direito do consumidor.

A obra se torna, assim, referência obrigatória para o estudo do sistema brasileiro de garantias, ao individualar, em perspectiva crítica e propositiva, as potencialidades funcionais do pacto marciano como mecanismo salvífico da efetividade das garantias no direito pátrio, sem descurar da imprescindível tutela das vulnerabilidades. A renovada ótica no estudo do pacto marciano, em superação ao estigma que marca a vedação ao pacto comissório, já encontra frutos no debate do direito civil contemporâneo, restando aprovado, na VIII Jornada de Direito Civil, realizada

⁹ CC, art. 1.366: “Quando, vendida a coisa, o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante”; CC, art. 1.430: “Quando, excutido o penhor, ou executada a hipoteca, o produto não bastar para pagamento da dívida e despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante”.

em 26 e 27.4.2018, no Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), o Enunciado nº 626, consoante o qual:

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

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias. Rio de Janeiro: Processo, 2017. Resenha de: CASTRO, Diana Paiva de. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 241-247, jul./set. 2018. Resenha.
