

Gisela Sampaio da Cruz Guedes
Maria Celina Bodin de Moraes
Rose Melo Vencelau Meireles
coordenadoras

DIREITO DAS GARANTIAS

2017

saraiva  jur

Pacto Comissório vs. Pacto Marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

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.

Aline de Miranda Valverde Terra

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). Professora do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ).

Se um obstáculo é intransponível, deixa de ser um obstáculo para se tornar um ponto de partida.

– J. Eörvös

1. INTRODUÇÃO

Já se disse que “tudo o que é rigorosamente proibido é ligeiramente permitido”¹, frase que retrata bem os ataques criativos que o pacto comissório tem sofrido ao longo de seu percurso histórico. Acontece que, do ponto de vista jurídico, há um verdadeiro abismo entre o que é proibido – vedado, portanto, pelo ordenamento – e o que é permitido e considerado válido. O problema é que muitas vezes o que determina essa distância é

1 A autoria desta frase é normalmente atribuída a Roberto Campos (1917-2001).

uma característica sutil, uma diferença aparentemente inofensiva na redação de uma cláusula ou no seu modo de operar.

O pacto comissório é um bom exemplo disso (especialmente quando comparado com o chamado pacto marciano) – sem dúvida, um dos temas mais intrigantes dos direitos reais. Já passou da hora de esse assunto ser revisitado; afinal, desde que o pacto comissório fora proibido em Roma, por ordem do Imperador Constantino², os advogados tentam encontrar uma maneira de burlar tal proibição, o que não é difícil de se entender: sob o ponto de vista isolado do credor, a deflagração dos efeitos do pacto comissório realiza a garantia automaticamente, satisfazendo e extinguindo a relação obrigacional de forma simples, prática e eficiente.

Se fosse válido e admitido no direito brasileiro, o pacto comissório traria, pois, inúmeras vantagens para o credor. Funcionaria, a bem da verdade, como uma 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. Além de se proteger dos elevados custos da execução, o credor ainda poderia invocar a cláusula para se valer

2 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” (*Tratado de direito privado*, t. XX, atualizado por Nelson Nery Jr. e Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 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” (*Instituições de direito civil*, v. 4, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 282). No mesmo sentido, atribuindo a proibição ao imperador Constantino: “O imperador Constantino, impressionado pelas manobras capciosas dos pactos comissórios, cuja aspreza crescia assustadoramente, decretou-lhes a nulidade, e as legislações modernas aceitaram essa condenação” (Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 1.229).

das ações que são inerentes à condição de proprietário (desde que configurado o inadimplemento), já que se tornaria titular do domínio com todos os poderes que lhe são inerentes (disposição, gozo e fruição).

De fato, se o pacto comissório fosse mesmo lícito no direito brasileiro, sua presença no contrato de garantia eliminaria 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. Operaria mediante a transferência automática da propriedade do bem para o credor, sem a concorrência ou interferência dos demais credores. Representaria, assim, uma espécie de “super-garantia” (ao menos quando o bem, de fato, superasse o valor da dívida, o que ocorre na grande maioria dos casos)³. Não é à toa que, na França, o assunto voltou à tona e, após anos de discussão, o Código Civil acabou sendo modificado para admitir o pacto comissório nos contratos celebrados a partir de 25 de março de 2006⁴.

Não é difícil, assim, entender a razão pela qual a proibição é tão questionada⁵. Para que se possa compreender o alcance dessa proibição, é preciso, antes de mais nada, investigar como e em que contexto ela surgiu para, num segundo momento, identificar o seu fundamento. Só assim será

3 Com efeito, passando a ser titular do bem dado em garantia, o credor poderia se utilizar, em caso de falência, do chamado pedido de restituição (se já não estivesse com a posse do bem), previsto no art. 85 da Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005). Na qualidade de credor titular de garantia real, apesar da sua preferência, ele tem que se submeter ao processo de realização dos ativos da massa, ficando atrás dos credores com pedidos legítimos de restituição, dos titulares de créditos trabalhistas ou de acidente de trabalho, dos titulares dos chamados créditos extraconcursais etc.

4 O direito francês, nesse ponto, é bem diferente do direito brasileiro: não só passou a admitir o pacto comissório nos contratos de penhor celebrados a partir de 25 de março de 2006 (art. 2.348 do Code Civil), como também aplica outra sanção para aqueles celebrados antes dessa data (na França, a sanção é a anulabilidade, e não a nulidade, como é no Brasil).

5 No Brasil, foi objeto de recente tese de doutorado – cuja leitura aqui se recomenda, por ser um dos trabalhos brasileiros mais aprofundados sobre o tema: cf. Luís Gustavo Haddad, *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.

possível distinguir o que, de fato, o ordenamento veda (pacto comissório puro e simples, promessa de dação em pagamento realizada antes do vencimento ou qualquer outra forma que vise a fraudar a vedação ao pacto comissório) daquilo que seria, por assim dizer, admitido (dação em pagamento realizada depois do vencimento, pacto marciano etc.⁶).

2. A TRADICIONAL VEDAÇÃO AO PACTO COMISSÓRIO

O termo “pacto” não suscita maiores dificuldades: alude a qualquer cláusula ou acordo, acessório a um contrato principal, de conteúdo mais amplo.

Já a expressão “*Lex commissoria*” ou o adjetivo “comissório” tem duplo sentido. Numa primeira acepção, remete à cláusula resolutiva em caso de inadimplemento. Na vigência do CC/1916, este era o sentido empregado pelo art. 1.163, que o atrelava ao contrato de compra e venda, estabelecendo que, por meio do pacto comissório, a parte vendedora ressaltava o direito de resolver o contrato se o comprador deixasse de pagar o preço até certo dia (art. 1.163 do CC/1916⁷). Atualmente, o tema é regido pelo art. 474 do CC/2002.

Num segundo sentido, refere-se à cláusula que permite a transferência definitiva, para o credor, do bem objeto da garantia, em caso de inadimplemento do devedor (cf. arts. 1.365 e 1.428 do CC/2002). Ambas as cláu-

6 Pontes de Miranda formula outros exemplos: “A procuração anterior ao vencimento é nula e nula a que se passa em adimplemento da cláusula proibida (G. PLANCK, *Kommentar*, III, 4. ed., p. 915). Não é nula a opção ou a promessa de venda da coisa hipotecada, anticretizada ou empenhada, feita antes do vencimento, sem ser por motivo de inadimplemento; bem assim o contrato de compra-e-venda da coisa dada em garantia (L. RAPPE, *Die Verfallklausel bei Pfand*, 23). Também vale o pacto de retrovenda feita pelo comprador, devedor hipotecário, e pelo vendedor, credor hipotecário, quanto ao bem vendido e dado em garantia” (*Tratado de direito privado*, t. XX, cit., p. 96).

7 CC/1916: “DO PACTO COMISSÓRIO – Art. 1.163. Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço. Parágrafo único. Se, em 10 (dez) dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda”.

sulas pressupõem o inadimplemento para operar, embora configurem institutos completamente distintos. Este artigo tratará apenas da segunda acepção do termo, atrelada que está às garantias de cumprimento.

No centro do debate estão, portanto, os arts. 1.365 e 1.428 do CC/2002. Segundo o 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”. 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”.

Na essência, como se vê, os dois dispositivos são idênticos, pois ambos vedam a possibilidade de o credor ficar com o bem objeto da garantia, no caso de inadimplemento. A sanção também é a mesma e, aliás, gravíssima: a nulidade da cláusula⁸. A diferença está no campo de incidência: enquanto o art. 1.365 se aplica à propriedade fiduciária, o art. 1.428 incide no penhor, na hipoteca e na anticrese. O *caput* do art. 1.428 do CC/2002 nada mais é do que a repetição fiel do art. 765 do CC/1916⁹, que vedava a es-

8 Do ponto de vista sistemático, a gravidade da sanção parece à primeira vista incoerente, porque, no ordenamento brasileiro, mesmo quem contrata em estado de necessidade ou sob coação não se sujeita a tão grave sanção. A sanção de nulidade acaba despertando não só a curiosidade, mas também a crítica da doutrina. Apesar dessa aparente incongruência, o ordenamento jurídico brasileiro, em diversas outras situações, prevê a sanção da nulidade para proteger a parte mais vulnerável da relação contratual. Basta lembrar das cláusulas abusivas, que se sujeitam à sanção da nulidade, quer nas relações de consumo, quer nas de trabalho. Vale esclarecer, como explica Pontes de Miranda, que “[o] que é nulo é a cláusula, ou pacto em separado, não o negócio jurídico do penhor, caução, anticrese ou hipoteca. A doutrina alemã vê aí regra jurídica interpretativa; porém o art. 153 é que se há de invocar no sistema jurídico brasileiro” (*Tratado de direito privado*, t. XX, cit., p. 95-97).

9 Mesmo no período anterior ao Código Civil de 1916, a proibição do pacto comissório já constava das Ordenações Alfonsinas, do ano de 1446, das Ordenações Manuêlinas, de 1514, e das Ordenações Filipinas, de 1603. A proibição vinha referida também na Consolidação das Leis Civis. Interessante notar que todos esses diplomas

tipulação da chamada cláusula comissória, embora sem permitir expressamente a dação em pagamento, como o faz, no parágrafo único, o seu substituto. O parágrafo único do art. 1.428 do CC/2002 veio, porém, apenas para consolidar o entendimento da doutrina dominante ainda na vigência do CC/1916: após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida. De fato, a cláusula comissória não se confunde com a dação em pagamento, que, quando atrelada à garantia, pode ser estipulada apenas após o vencimento da dívida.

É certo que o direito real de garantia confere ao credor o direito de executar o bem gravado para apurar o valor correspondente ao seu crédito. No entanto, não lhe dá o direito de, simplesmente, apoderar-se da garantia, para com ela pagar-se. E embora a cláusula comissória seja considerada imoral e leonina, a merecer a declaração de invalidade expressamente cominada pelo art. 1.428 do CC, isso “(...) não impede que as partes, *a posteriori*, ajustem a dação em pagamento e utilizem como instrumento de resgate do débito o próprio objeto antes dado em garantia. Uma coisa é o pacto comissório, outra a dação em pagamento”¹⁰.

Nesse sentido, também afirma Caio Mário da Silva Pereira que, não obstante a proibição da cláusula comissória, é lícita a convenção pela qual o devedor, após o vencimento da obrigação, entrega em pagamento da dívida a mesma coisa ao credor, que a aceita, liberando-o. A dação em pagamento, segundo esse autor, não participa da natureza “antissocial” da cláusula comissória¹¹. Não se trata aqui de direito assegurado ao credor, “(...) mas de faculdade reconhecida ao devedor, que resulta da vontade livre daquele que deve”¹².

admitiam a possibilidade de o credor ficar com o bem objeto da garantia, contanto que pelo preço justo, a ser determinado por meio de uma avaliação.

10 Humberto Theodoro Júnior, atualizando Orlando Gomes, *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 344, nota.

11 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. 4, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 282-283.

12 Marco Aurélio S. Viana, In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, v. 16, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 788.

Já o art. 1.365 do CC/2002 reproduz, na disciplina da propriedade fiduciária de bens móveis e infungíveis, a regra que já foi aplicável à alienação fiduciária em garantia, por força do art. 66, § 6º, da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, com redação dada pelo Decreto-lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, revogado pela Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004. Nessa seara, a jurisprudência até hoje discute, como se verá mais à frente, se o pacto comissório é proibido apenas nos casos de hipoteca, penhor e anticrese ou em todos aqueles em que há transferência de titularidade de posições jurídicas, reais ou obrigacionais, com o objetivo de assegurar o pagamento de uma dívida. O art. 1.365 não apaziguou a controvérsia, mas estendeu a proibição para, expressamente, abarcar também a propriedade fiduciária¹³.

Salvo pela espécie de garantia, o suporte fático de incidência dos arts. 1.365 e 1.428 do CC/2002 é, portanto, idêntico¹⁴. Segundo Luís Gustavo

13 A rigor, na alienação fiduciária em garantia, a vedação ao pacto comissório não impede a apropriação do bem pelo credor em caso de inadimplemento (até porque isso seria mesmo incompatível com essa modalidade de garantia, que pressupõe a transmissão do domínio do bem para o credor), mas, sim, a *manutenção* do bem no patrimônio do credor após o vencimento da dívida. Por conta das peculiaridades da alienação fiduciária, alguns autores questionam a proibição do pacto comissório nessa modalidade de garantia. Veja-se, por todos, a opinião de Orlando Gomes (*Alienação fiduciária em garantia*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 87-89).

14 Em outros ordenamentos, vige idêntica proibição (Alemanha, §§ 1.149 e 1.229 do BGB; Itália, arts. 1.963 e 2.744 do CC; Espanha, arts. 1.859 e 1.884 do CC; Portugal, art. 694 do CC). 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*”. Em tradução livre: “É possível convencionar, quando da constituição do penhor ou posteriormente, que, na falta de cumprimento da obrigação garantida, o credor se tornará proprietário do bem empenhado. O valor do bem deverá ser determinado na data da transferência por um especialista designado de comum acordo ou judicialmente, salvo se existir cotação oficial do bem em um mercado

Haddad, são normas que incidem a depender de três pressupostos: (i) existência de uma obrigação principal não vencida, isto é, de uma relação jurídica obrigacional cujo prazo de vencimento ainda não expirou e, portanto, ainda não é exigível; (ii) a 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 uma relação jurídica de direito das coisas, de caráter acessório; e, finalmente, (iii) a estipulação de uma cláusula que, diante tão só da ausência de pagamento pontual, atribui automaticamente ao credor o poder, em sentido amplo, de “ficar com” o bem alienado fiduciariamente, ou dado em penhor, hipoteca ou anticrese¹⁵ (leia-se: o poder de tornar-se proprietário do bem em sentido amplo), independentemente de este ser de titularidade do devedor ou de terceiro que o tenha oferecido em seu favor.

Com efeito, para a caracterização do pacto comissório, o bem não precisa ser, necessariamente, de titularidade do devedor; pode ser de titularidade de terceiro, que o tenha oferecido em garantia em favor do devedor. A despeito disso, o pacto comissório só resta configurado se a sua estipulação for anterior ao vencimento da obrigação. Significa dizer, por outras palavras, que o pacto comissório tanto pode ser constituído concomitantemente à celebração do negócio jurídico principal como também pode ser firmado posteriormente (trata-se – essa segunda espécie – do chamado pacto comissório *ex intervallo*), desde que, em ambos os casos, seja anterior ao vencimento.

organizado conforme definido no Código Monetário e Financeiro. Toda cláusula em sentido contrário é reputada não escrita. Se o valor do bem empenhado exceder o montante da dívida garantida, a soma correspondente a esse excesso deve ser revertida ao devedor ou, caso existam outros credores pignoratícios, consignado”. Segundo Francisco Cláudio de Almeida Santos, o direito inglês não veda o pacto comissório, nem o direito americano: “Demonstra-se na longa nota reproduzida que não é vedada a cláusula comissória no direito inglês. Muito ao contrário, é ela permitida, claramente. O mesmo acontece no direito americano, lembrando-se com respeito a este tratar-se de matéria sujeita à legislação estadual” (In: Miguel Reale e Judith Martins-Costa (coords.), *Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 94).

15 Luís Gustavo Haddad, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 23.

Durante muito tempo a doutrina discutiu a natureza da proibição, procurando identificá-la, como de costume, com alguns institutos previstos no Código, como as obrigações alternativas, a cláusula penal, a retrovenda e a própria alienação fiduciária em garantia. Essa discussão foi muito importante no seu contexto histórico, mas o fato é que o pacto comissório claramente não se confunde com eles, de modo que a comparação, a rigor, já não se justificaria, tanto mais no atual estágio de discussão (a considerar a doutrina estrangeira). Faz-se referência a tais institutos aqui apenas com intuito de esclarecer rapidamente as diferenças, já que no Brasil o tema é pouco difundido.

Com as obrigações alternativas o pacto comissório não se confunde por diversas razões. A uma, porque, no pacto comissório, não há uma “escolha” nem propriamente uma “concentração”, no sentido técnico do termo, como pressupõem as obrigações alternativas – a concentração, por definição, é ato voluntário e lícito e, no pacto comissório, ela nasce em função do inadimplemento, que configura ato ilícito. A duas, porque, nas obrigações alternativas, a concentração é necessariamente posterior ao surgimento da relação obrigacional e, no pacto comissório, surge no mais das vezes concomitantemente à constituição da relação obrigacional. A três, porque “(...) aquilo que, em tese, representaria a segunda prestação, no caso do pacto comissório, na realidade é uma consequência jurídica que se processa *ipso facto*, e não um ato de colaboração espontânea do devedor”¹⁶. Com efeito, o que seria, por assim dizer, o “adimplemento automático”, consequência prática do pacto comissório, não é *escolhido* pelo credor nem pelo devedor, sendo antes fruto do acordo das partes.

O pacto comissório também nada tem a ver com a cláusula penal, salvo pelo fato de essa última reforçar indiretamente o vínculo obrigacional (aqui é importante lembrar que a cláusula penal pode ser constituída em bens – não precisa estar estipulada, necessariamente, em dinheiro –, o que a torna, por vezes, próxima do pacto comissório¹⁷). A

16 Luís Gustavo Haddad, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 27-28.

17 Na lição de Judith Martins-Costa: “3. Bens que podem constituir o conteúdo da

cláusula penal não configura, porém, uma garantia em sentido estrito, e, diferentemente do pacto comissório, seus efeitos restringem-se ao campo do direito das obrigações. Além disso, a cláusula penal também pode dizer respeito à mora, enquanto o pacto comissório não (pressupõe sempre o inadimplemento absoluto).

Em relação à retrovenda, a semelhança é funcional, mas há distinções relevantes: nela a transferência da propriedade normalmente ocorre antes mesmo do pagamento integral do preço e se torna irreversível após o decurso do prazo decadencial, mas o exercício do direito de resgate do vendedor, a rigor, não depende do inadimplemento do comprador. Já o pacto comissório pressupõe o inadimplemento – a transferência da propriedade fica condicionada à sua ocorrência. É corrente a assertiva, contestada com razão por Moreira Alves, de que a compra e venda com pacto de retrovenda representa na maioria das vezes um negócio simulado ou fraudulento, tendente a contornar, precisamente, a vedação ao pacto comissório, mas isso não é verdade¹⁸. Trata-se, a rigor, de uma cláusula especial à compra e venda, perfeitamente lícita e regulada pelo Código.

cláusula penal. Completando a noção de cláusula penal, cabe, por fim, registrar que tipo de bem pode constituir o seu conteúdo. Conquanto, em regra, a pena seja pecuniária, pode ser em outro bem, móvel ou imóvel, podendo também consistir em obrigação de emitir declaração de verdade. Neste caso a sentença do juiz, aplicando a pena, tem eficácia de condenação a declarar. Já quanto aos efeitos, o critério da natureza do bem (em dinheiro, ou não), convive com o critério pelo qual se distingue entre as duas espécies ou modalidades de cláusula penal, a substitutiva (compensatória) ou cumulativa (moratória). Se consistir em bem que não seja dinheiro, móvel ou imóvel, será preciso examinar se a cláusula penal configura uma ou outras das duas modalidades. Se compensatória, a exigência da pena exclui a pretensão à indenização por perdas e danos; se cumulativa, não exclui” (Judith Martins-Costa, In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, v. 5, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 421-422).

18 E a explicação é, de fato, convincente: “3. A retrovenda com escopo de garantia. Com alguma frequência, a compra e venda com pacto de retrovenda é usada para servir, indiretamente, de garantia: ao invés de duas pessoas celebrarem contrato de mútuo com garantia real, efetuam uma compra e venda com pacto de retrovenda, de modo que o vendedor obtém, a título de preço, a quantia de que necessita, e o comprador recebe a coisa que somente retornará à propriedade daquele, se houver a restituição da importância que faz as vezes de preço e o reembolso de certas despesas, dentro

Há, por fim, quem equipare o pacto comissório à alienação fiduciária em garantia, sob condição suspensiva, consistindo esta no inadimplemento. Segundo Luís Gustavo Haddad, a comparação não tem fundamento, porque pressupõe que “(...) a transferência de propriedade (em sentido amplo) que se opera por força da deflagração do pacto comissório seria, ela mesma, uma transferência em garantia; como se o pacto comissório fosse uma espécie de garantia de segundo grau, que se sobreporia ao penhor, à hipoteca e à anticrese”¹⁹. Acontece que, como explica esse autor, não

de determinado prazo. (...) Surge, nesse caso, uma questão bastante controversa: a retrovenda utilizada com escopo de garantia é válida no direito brasileiro? E o problema se agrava se se considerar que, através dela, se atingirá, economicamente, finalidade vedada, com relação ao mútuo pignoratício, anticrético ou hipotecário, pelo artigo 765 do Código Civil (...). Quanto ao primeiro problema, somos de opinião de que, quando a retrovenda com escopo de garantia se apresenta como negócio jurídico indireto, não há fraude ao citado artigo 765, que estabelece: ‘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’. (...) Temos para nós que, em se tratando do art. 765 do Código Civil, não nos encontramos diante de uma daquelas normas às quais RUBINO dá a denominação de normas materiais, mas, sim, das que vedam o resultado quando obtido diretamente através de determinada forma jurídica. Demais, é de considerar-se que, além de as estruturas jurídicas da venda a retro e dos institutos, a que alude o artigo 765 do Código Civil Brasileiro serem evidentemente diversas, não há que se invocar a proteção a que visa esse dispositivo legal, em se tratando de compra e venda com retrovenda. De fato, mesmo que não se admita que – como entende Carnelutti – a proibição do pacto comissório visa a proteger o interesse do devedor e o de seus credores quirografários, mas, ao contrário, que se pretenda que sua finalidade é impedir o abuso de uma das partes (o credor) contra a outra (o devedor) cuja liberdade está cerceada pela precisão de dinheiro, contra isso está protegido o vendedor, na venda a retro, pelas normas que combatem a usura real. Note-se, enfim – o que, em geral, tem escapado aos autores que se ocupam desse problema –, que os juristas do direito intermédio (inclusive os portugueses) tiveram a intuição dessa diversidade de situações, tanto assim que, apesar de o pacto comissório ser proibido desde os tempos de Constantino, não consideravam nula a venda a retro com escopo de garantia. Com efeito, S. COOCEIO entendia que, se a venda a retro com escopo de garantia não fosse simulada nem usurária, não havia motivo para que ela não se considerasse válida” (José Carlos Moreira Alves, *A retrovenda*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 15-29).

19 Luís Gustavo Haddad, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 33-34.

existe nenhuma circunstância que sugira existir, na transferência de propriedade que ocorre quando os efeitos do pacto comissório se operam, um caráter fiduciário, o que seria uma redundância nos seus próprios termos.

O pacto comissório, como se vê, não se confunde com tais institutos: tem vida própria, e, a rigor, a comparação seria mesmo dispensável não fosse o descuido do tema no direito brasileiro. Mais importante do que isso, porém, é examinar os fundamentos da proibição, o que se passará a fazer a seguir.

3. FUNDAMENTOS DA PROIBIÇÃO AO PACTO COMISSÓRIO

Para que se possa compreender a *ratio* contida nas normas que transpõem para o direito brasileiro a vedação do pacto comissório, faz-se necessário investigar a real finalidade perseguida pelos arts. 1.365 e 1.428 do CC/2002. Segundo a doutrina, a proibição do pacto comissório serve a duas grandes funções: (i) proteger o devedor e (ii) preservar a aplicação do princípio da *par conditio creditorum*²⁰ – ambas igualmente importantes e dignas de tutela²¹.

20 Como bem sintetiza Mauro Bardawil Penteado: “Diversos são os fundamentos do preceito que vedam o pacto comissório; o principal deles continua a ser a proteção do devedor. Como na prática o credor exige como garantia um bem de valor substancialmente superior ao da dívida garantida, alega a maioria dos autores que, se fosse permitida a cláusula comissória, o devedor seria expropriado, de forma não comutativa, de um bem cujo valor seria superior ao da dívida não paga. Sustenta-se, ainda, em doutrina, que a *ratio legis* da vedação do pacto comissório encontra amparo também na defesa dos demais credores do devedor pignoratício. Nesse particular, defende-se que, para uma efetividade maior do princípio da *par conditio creditorum*, o devedor não pode ser desapossado de um bem cujo valor é superior ao da dívida; se de fato isso se verificasse, os demais credores do devedor pignoratício seriam lesados, pois o valor do bem que sobejasse a dívida garantida não poderia ser utilizado para o seu pagamento” (*O penhor de ações no direito brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 196).

21 Afinal, não fossem os malefícios que traz para o devedor e para os demais credores, o pacto comissório seria um instrumento efetivamente útil, porque, de um lado, colocaria o credor numa posição bastante confortável, e exatamente por isso, do outro, ajudaria o devedor a obter o crédito.

No que diz respeito à primeira finalidade, é preciso reconhecer que, tal como concebida, a vedação ao pacto comissório é, de fato, um instrumento que visa à proteção do devedor. Admitindo-se o pacto comissório no direito brasileiro, a verdade é que, em condições normais, o credor quase sempre optaria por exercer a sua prerrogativa – ou poder, em sentido amplo – de ficar com o bem objeto da garantia, porque, no mais das vezes, o valor deste supera em muito o da obrigação por ele garantida. Já nas raras hipóteses em que o valor da obrigação principal ultrapassasse o valor do bem objeto da garantia, a tendência natural 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 do pacto comissório: fosse válido o pacto comissório, o devedor ficaria à mercê do credor, que agiria sempre em prol dos seus próprios interesses, enriquecendo-se às custas do devedor. A própria função desempenhada pelas garantias reais seria posta em xeque, porque estas passariam a servir a propósitos especulativos. Com a proibição do pacto comissório, evita-se que o credor obtenha a propriedade de um 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, esses últimos subordinados em relação ao titular de garantia real)²².

Na opinião de Luís Gustavo Haddad, 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 romano²³. Na

22 Angel Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato e Manuel Jesús Marín López, *Tratado de los derechos de garantía*, t. II, 2. ed. Navarra: Thompson – Aranzadi, 2008, p. 627. No mesmo sentido: “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)” (Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Coimbra: Almedina, 2000, p. 92).

23 Luís Gustavo Haddad, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 122.

visão dele, esse fundamento não se coaduna com o fato de que, após o vencimento, as partes podem firmar uma dação em pagamento com o próprio bem objeto da garantia, pois a debilidade do devedor, a seu ver, não é menor após o vencimento. Para Luís Gustavo Haddad, ao contrário do que se poderia supor pela leitura dos parágrafos únicos dos arts. 1.365 e 1.428 do CC/2002, “(...) o vencimento da dívida sem o correspondente pagamento, pesadas as circunstâncias, pode deixar o devedor numa posição mais vulnerável às pressões excessivas do credor, se comparada à situação do devedor no momento em que a dívida ou a garantia são constituídas”.

Além disso, entende Luís Gustavo Haddad que o intuito de proteger o devedor não explica a razão de a sanção estabelecida pelo Código ser tão grave – nulidade, e não anulabilidade. Afinal, em situações mais graves (ex. dolo, coação) ou análogas em termos de gravidade (ex. lesão) – argumenta o autor –, a resposta da ordem jurídica cinge-se ao regime das anulabilidades²⁴. Por esses motivos, talvez não se possa mesmo atribuir, única e exclusivamente à proteção do devedor, a necessidade de se coibir o pacto comissório, embora esse fundamento, salvo melhor juízo, continue sendo legítimo²⁵. O problema é que, se a finalidade é a de proteger o devedor, essa proteção é de certa forma falha – porque, de um lado, é deficiente (não protege o devedor integralmente, especialmente depois do vencimento) e, do outro, inadequada (protege, mas, ao mesmo tempo, dificulta a obtenção do crédito).

24 Já nas hipóteses de fraude contra credores, fraude à execução e àquelas previstas no art. 129 da Lei de Falências, complementa o autor, o regime jurídico é o da ineficácia. A crítica, entretanto, não é tão bem fundamentada. O ordenamento brasileiro prevê a sanção de nulidade em diversas outras hipóteses em que, no âmbito de uma relação contratual, há, de fato, uma parte vulnerável, a exemplo das cláusulas abusivas inseridas em contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, reputadas nulas.

25 Discorda-se da opinião de Luís Gustavo Haddad, para quem a proteção do devedor pode ser invocada na atualidade apenas como razão histórica. Na visão do autor, não se sustenta, à luz do direito vigente, a tentativa de fundamentar a proibição do pacto comissório na necessidade de proteção do devedor (*A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 67). Entende-se, todavia, que a proteção do devedor não é único fundamento, mas ainda é um fundamento legítimo (quicá, o mais importante).

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.

É evidente que a própria prioridade atribuída aos credores que são titulares de garantia real já representa uma exceção ao princípio da igualdade no concurso de credores, devendo, por isso mesmo, 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 que aconteceria, na prática, é que o credor agraciado pela garantia real teria não só prioridade para satisfazer o seu crédito em relação ao bem objeto da garantia – o que constitui efeito inerente ao fato de ele ser titular de uma garantia real –, mas também poderia apropriar-se do referido bem mesmo na hipótese de este valer mais do que a própria dívida, em detrimento dos demais credores.

Os princípios que regem o contemporâneo direito contratual não se compadecem com mecanismos que possam legitimar, direta ou indiretamente, a “institucionalização de castas entre credores” – nas palavras de Manuel Januário da Costa Gomes²⁶ –, fora, evidentemente, das vias transparentes e objetivas que justificam as exceções ao princípio da *par conditio creditorum*. E mais: se fosse lícito o pacto comissório, o credor titular da garantia ainda passaria na frente de outros credores que, segundo a lei, deveriam ser atendidos com prioridade, a exemplo dos credores cujos créditos têm natureza trabalhista. Assim é que o pacto comissório poderia

26 Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, cit., p. 92-95.

prejudicar tanto os credores que estão em posição de subordinação (quirografários) quanto os credores que – por força da lei – têm prioridade em relação àqueles que são titulares de garantias reais.

A preservação da *par conditio creditorum* 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, admite-se o tratamento desigual entre os credores. 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”²⁷. Apesar disso, o princípio ainda é constantemente invocado como fundamento da proibição do pacto comissório, especialmente pela doutrina estrangeira.

Somam-se a essas duas precípuas finalidades, outras quatro, que também são aventadas pela doutrina, embora sem ocupar um lugar central: (iii) a proibição ao pacto comissório seria um componente da repressão à usura²⁸; (iv) a norma proibitiva teria por finalidade coibir o enriquecimento injustificado do credor; (v) o pacto comissório, se praticado, violaria o caráter inderrogável da via judicial como meio de realização da garantia

27 Pablo Waldemar Rentería, *O direito de penhor: realidade, função e autonomia privada*. Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob orientação do Professor Doutor Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, 2014, p. 169. Segundo Pablo Rentería, o fato de a nulidade do pacto comissório intervir independentemente da situação financeira do devedor, podendo 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” (*O direito de penhor: realidade, função e autonomia privada*, cit., p. 170). E, mais à frente, conclui: “(...) a orientação doutrinária dominante permanece sendo a mais acertada à luz do direito vigente, de sorte que a nulidade do pacto comissório, no ordenamento brasileiro, vincula-se à proteção do devedor” (*O direito de penhor: realidade, função e autonomia privada*, cit., p. 173). 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.

28 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, *Tratado de direito privado*, t. XX, cit., p. 96-97).

– ou, em outros termos, a vedação ao pacto comissório nada mais seria do que um afloramento da proibição geral da justiça privada; e (vi) haveria um interesse social em coibir a difusão do pacto comissório²⁹.

Como se vê, à vedação de um único instituto são atribuídas seis diferentes funções, o que, por si só, mostra como o tema merece atenção. Parece-nos que o fundamento da proibição é, de fato, plúrimo³⁰, mas, salvo melhor juízo, não se finca na repressão à usura nem, tampouco, no direito processual, ou, mais especificamente, não tem a ver com “o caráter inderrogável da via judicial como meio de realização da garantia” ou com a proibição geral, no dito popular, de se fazer justiça “com as próprias mãos” (quinto fundamento). Também não parece estar atrelada a um interesse social geral em se coibir esse tipo de prática. E diz-se isso por inúmeras razões.

Quanto ao terceiro fundamento, entende-se que não se pode qualificar a vedação do pacto comissório como uma extensão da proibição à usura, porque, embora o pacto comissório possa, de fato, acobertar a cobrança de juros superiores aos admitidos por lei (quando o bem objeto da garantia

29 Além das duas finalidades mais importantes, Manuel Januário da Costa Gomes elenca outras tantas justificativas que surgiram, paulatinamente, para fundamentar a proibição do pacto comissório: “Assim, BETTI associa a proibição à atribuição exclusiva ao Estado do controlo sobre o não cumprimento das obrigações; LOJACONO explica-se à luz da necessidade de efectivação do princípio *par conditio creditorum*; BIANCA invoca a existência de um interesse geral para evitar um ‘prejuízo social’, ideia *grosso modo* retomada por CARNEVALI, quando se reporta a um interesse geral no regular e correcto desenvolvimento das relações jurídicas; finalmente, *the last but not the least*, COSTANZA considera que muito provavelmente devem ser relevadas todas as razões apresentadas, que não são entre si incompatíveis ou contraditórias, ‘respondendo, antes à lógica unitária da correção negocial’. Aderindo, *grosso modo*, à ideia de COSTANZA, parece-nos que a *ratio* da proibição do pacto comissório é plúrima e complexa, relevando, a um tempo, o propósito de proteger o dever da (possível) extorsão do credor e a necessidade, que corresponde a um interesse geral do tráfego, de não serem falseadas as ‘regras do jogo’, através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, em objectivo (seja ele efectivo ou potencial) prejuízo dos demais” (Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, cit., p. 92-95).

30 Cf. Portugal, STJ, SJ200512210044792, Rel. Pereira da Silva, julg. em 21-12-2005, v.u.

corresponde ao valor do empréstimo acrescido de juros), essa é uma circunstância accidental. Há outras figuras que também podem se prestar a isso e que não são consideradas peremptoriamente nulas, como é o caso da compra e venda com pacto adjecto de retrovenda. Como se isso não bastasse, ainda que o pacto comissório fosse avençado no âmbito de um 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/2002, o que também comprova 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”³¹.

No que diz respeito ao quarto fundamento, afirma-se que uma das finalidades das normas proibitivas é coibir o enriquecimento injustificado ou mesmo ilícito do credor. Os arts. 1.365 e 1.428 do CC/2002 seriam, assim, expressões de um princípio maior, que veda o enriquecimento injustificado no direito brasileiro. De toda forma, esse é um fundamento que normalmente vem associado às duas primeiras funções da proibição (proteção do devedor e *par conditio creditorum*), não sendo, de regra, invocado de forma autónoma (muito provavelmente porque a disciplina do instituto é mesmo subsidiária, como se depreende do art. 886 do CC/2002³²).

Em relação ao quinto fundamento, embora a ninguém seja dado, evidentemente, fazer justiça “com as próprias mãos”, o desenvolvimento da mediação e arbitragem como formas alternativas de solução dos litígios já evidencia que a referida “proibição geral de justiça privada” não é absoluta. Aliás, o ordenamento jurídico brasileiro contempla inúmeras hipóteses em que se prescinde totalmente do processo civil e da via judicial (são exemplos: o desforço imediato, o direito de retenção, a compensação, o crédito consignado em folha de pagamento etc.). Esse suposto carácter inderrogável da

31 Luís Gustavo Haddad, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 123.

32 Do ponto de vista técnico, nem se poderia falar, propriamente, num “enriquecimento sem causa”, porque a causa seria, exatamente, o pacto comissório, mas, sim, num enriquecimento ilícito, porque a causa seria vedada pelo ordenamento.

via judicial, como forma de excussão das garantias, também é incompatível com a venda amigável, prevista para o penhor (art. 1.433, IV, do CC/2002).

Apesar de a “venda amigável” não se confundir com o pacto comissório – em realidade, nada tem a ver com ele –, a sua admissão, no direito brasileiro, evidencia que o fundamento da vedação ao pacto comissório não está no carácter inderrogável da via judicial como meio de realização da garantia, mas, sim, no direito material. Como já observou Adolfo Wegmann Stockebrand, se o fundamento da proibição do pacto comissório fosse de natureza processual, o legislador não teria tratado do tema apenas no âmbito dos direitos reais de garantia³³. Além disso, considerando a realidade brasileira, é de todo recomendável que sejam desenvolvidos mecanismos que restrinjam, tanto quanto possível, a participação do Judiciário na execução da garantia.

33 A esse respeito, veja-se a seguinte passagem: “*Por otra parte, si el fundamento de la prohibición del pacto comisorio fuera estrictamente procesal, no debería considerarse como norma específica de las garantías reales, sino general en sede de responsabilidad patrimonial. Pero es un hecho que dicha prohibición se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento específicamente respecto de la prenda y la hipoteca, e implicando la nulidad absoluta por objeto ilícito de los pactos celebrados en contravención, no es admisible su aplicación extensiva o por analogía a supuestos que no se encuentran sujetos expresamente a ella; como es, por lo demás, la regla en materia de normas de carácter prohibitivo de estos supuestos*” (Adolfo Wegmann Stockebrand, *Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano*. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 13, dec./2009. Disponível em: <file:///C:/Users/Ivone/Downloads/Dialnet-Algunas-ConsideracionesSobreLaProhibicionDelPactoCo-3266150.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2017). Ainda em crítica ao fundamento processual, cf. “*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. Esto viene a probar, de hecho que detrás de la prohibición del pacto comisorio, y en especial del pacto comisorio implícito en una operación de venta fiduciaria, el interés realmente protegido es el de prevenir un enriquecimiento injusto del acreedor, no el de proscribir formas privadas o no oficiales de ejecución de los derechos de garantía o el de salvaguardar la autonomía contractual del deudor frente a presiones de acreedor que deban aceptarse como condición para la obtención de crédito*” (Angel Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato e Manuel Jesús Marín López, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., p. 627).

Por fim, o sexto e último fundamento é o interesse social, invocado por Bianca, como motivador da proibição. Segundo o autor, haveria um interesse social em se prevenir um dano geral, inerente à liberdade de firmar o pacto comissório. O problema é que nem mesmo Bianca esclarece qual seria exatamente esse interesse, tampouco o potencial dano a ser produzido. Como Luís Gustavo Haddad, também não se compreende muito bem “(...) o porquê de a celebração ser tida por socialmente danosa antes do inadimplemento, e socialmente aceitável após o inadimplemento”³⁴.

Seja como for, são tantas e tão importantes as justificativas a fundamentar a proibição do pacto comissório que parte da doutrina sustenta que a sanção de nulidade, expressamente cominada pelos arts. 1.365 e 1.428 do CC/2002, não pode ser acantonada aos estritos quadros do penhor, da hipoteca e da anticrese, devendo estender-se sempre que o credor, valendo-se do recurso a outra figura, pretenda obter o mesmo efeito proibido pelo pacto comissório, isto é, apropriar-se definitivamente da propriedade do bem objeto da garantia em caso de inadimplemento (revelando o instituto, assim, sua função intrínseca de garantia).

É preciso, porém, ter muito cuidado com esse tipo de afirmação, porque, se é verdade que o direito brasileiro não se presta a tutelar a fraude à lei, por outro lado, é igualmente verdade que o nosso ordenamento admite outras figuras em que a questão da transferência da propriedade pode revelar uma função secundária ou indireta de garantia (a exemplo da retrovenda e da opção de compra). Exatamente por isso, a afirmação, sem nenhuma reserva, do ponto de vista sistemático parece demasiadamente rígida³⁵. Assim, se, por um lado, há razões de sobra para se banir o pacto comissório do nosso ordenamento, por outro, como se verá na sequência, a ampliação indevida do alcance das normas proibitivas, para além de desprezar as regras de hermenêutica, pode trazer consequências deveras nocivas.

34 Luís Gustavo Haddad, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 101.

35 Para crítica mais contundente, cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, cit., p. 94-95.

4. O ALCANCE DOS ARTS. 1.365 E 1.428 DO CÓDIGO CIVIL

Questão que aflige não só a doutrina, mas também – e principalmente – os advogados que militam nessa área é a de saber se os arts. 1.365 e 1.428 do CC/2002 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 se restringem às garantias reais ali referidas. Indaga-se, nas palavras de Luís Gustavo Haddad, “(...) se a razão de ser está presente apenas nos direitos reais de garantia ou em todos os casos em que se reconhece a constituição ou transferência de posições jurídicas destinadas a funcionar como garantia”³⁶. Qual é, afinal, o real alcance dessas normas?

O questionamento é relevante sobretudo porque, a depender da abrangência dessas normas, a proibição do pacto comissório poderia ser estendida para abarcar outros institutos que nem garantias típicas são, mas que desempenham uma função, por assim dizer, muito próxima ou mesmo “indireta” de garantia. É o caso, por exemplo, do contrato de opção – embora atípico no direito brasileiro, é utilizado com tanta frequência que adquiriu, como já se observou, certa “tipicidade social”³⁷.

Com efeito, no meio empresarial, o contrato de opção de compra é usado corriqueiramente com função indireta de garantia. No mais das

36 Luís Gustavo Haddad, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 6.

37 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” (Felipe Campana Padin Iglesias, *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, p. 134-135).

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, mediante o pagamento de um preço previamente determinado (preço de exercício). Assim, no momento patológico da relação, quando se configura o inadimplemento, o credor consegue a transferência da propriedade do bem, mediante o simples exercício do seu direito potestativo, assegurado pela opção.

O contrato de opção, a rigor, não se encontra no estreito rol das garantias reais³⁸; a princípio, não gera para o credor, titular da opção, qualquer direito real, que lhe confira preferência no âmbito de um concurso de credores. Trata-se de direito de crédito, que até pode ter *eficácia real* (pense-se, por exemplo, no contrato de opção de compra de ações, registrado nos livros da companhia³⁹, ou no contrato de opção de compra de

38 Diz-se que, ao contrário dos direitos de crédito, submetidos ao princípio da liberdade de autonomia privada para a sua criação, os direitos reais devem ter seus contornos estipulados em lei. Veja-se, a esse respeito, a distinção entre taxatividade e tipicidade: “Tem-se aqui, como princípio de ordem pública, a taxatividade normativa. Neste particular, cabe a observação de que o sistema do *numerus clausus*, em verdade, exprime-se de dois modos. Significa, por um lado, a taxatividade das figuras típicas, quando examinado do ponto de vista da reserva legal, para a criação dos direitos subjetivos; e, por outro lado, traduz-se no princípio da tipicidade propriamente dito, quando analisado sob o ângulo de seu conteúdo, significando que a estrutura do direito subjetivo responde à previsão legislativa típica. A taxatividade refere-se, assim, à sua fonte e a tipicidade às modalidades do exercício dos direitos, uma e outra conforme a dicção legal” (Gustavo Tepedino, *Autonomia privada e obrigações reais*, *Temas de direito civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287-289).

39 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: “Em breve síntese, permite-se a averbação de quaisquer ‘cláusulas ou ônus que gravem a ação’, se ações nominativas, no livro de registro de ações nominativas, ou se escriturais, junto à instituição financeira responsável. Adiante, dispõe [o artigo 40], em seu parágrafo primeiro, que, se averbados, ‘a promessa de venda da ação e o direito de preferência à sua aquisição são oponíveis a terceiros’. Portanto, o centro da discussão encontra-se na interpretação, à luz do direito societário, do conceito de ‘cláusulas que gravem a ação’ e de ‘promessa de venda de ação e direito de preferência’, de forma a perquirir se os contratos de opção estariam nele contemplados. A começar pela expressão ‘cláusulas e ônus que gravem a ação’, deve-se salientar que já

havia previsão expressa no artigo 29 do Decreto 2.627/1940. A doutrina da época salientava que a expressão deveria ser entendida na sua máxima amplitude, a fim de permitir a averbação de todas as circunstâncias que gravassem ou limitassem a livre circulação das ações. O legislador atual manteve a mesma redação anterior, trazendo lista meramente exemplificativa das circunstâncias sujeitas à averbação. Assim, a própria redação do artigo 40 da Lei das Sociedades por Ações revela-se exemplificativa e aberta, contemplando quaisquer situações e hipóteses que impliquem eventual ônus ou restrição à negociabilidade sobre as ações, incluindo, nestes casos, a nosso ver, a existência de acordos preparatórios, visando à formação de negócios translativos da titularidade das ações. (...) O escopo da norma objetiva abranger todas as situações que possam implicar em uma pretensão, mesmo que precária e temporária, à transferência das ações por quaisquer terceiros. A expressão ‘cláusulas e ônus’ deve ser interpretada em sua máxima extensão, não englobando apenas aqueles ônus reais definidos pela doutrina. Como técnica de interpretação legislativa, é necessário compreender que o parágrafo em questão não limita a amplitude do *caput*, mas o complementa. A corroborar tal tese, ainda que os contratos preliminares – chamados na legislação societária de promessas de venda – e os direitos de preferência sejam considerados figuras preparatórias distintas dos contratos de opção, mesmo antes do regime imposto pela nossa legislação atual, já se permitia a sua averbação nos livros sociais. O parágrafo inserido serviu para aclarar as discussões existentes à época quanto às figuras preparatórias previstas. (...) Assim, ao lado dos referidos autores, os contratos de opção de compra ou venda de ações poderiam ser incluídos dentro do conceito amplo de ônus previsto no artigo 40 para fins de averbação nos livros sociais. Igualmente, tendo em vista o conteúdo do direito de preferência e do contrato de opção, não se vislumbra argumentos que justifiquem, como política legislativa, apenas a permissão da oponibilidade frente a terceiros aos últimos. Pelo contrário, se se pudesse associar a possibilidade de averbação à intensidade da vinculação dos negócios preparatórios, certamente as opções deveriam ser preferidas ao direito de prelação. Além disso, tem-se de considerar a interpretação da expressão ‘promessa de venda’ contida no parágrafo primeiro do dispositivo legal em comento, à luz do contexto jurídico-social existente à época de sua edição, pois, como mostra a doutrina, havia alguma confusão entre as figuras de promessa unilateral de venda e do contrato de opção. Escodados nas lições de Pontes de Miranda, torna-se de suma importância a investigação do sentido próprio e almejado pelo legislador ao inserir a expressão ‘promessa de venda’, levando-se em consideração os aspectos sociais, históricos e dogmáticos vigentes à época. A partir dessa investigação, poder-se-á concluir acerca da possibilidade de inclusão dos contratos de opção no escopo da nossa legislação societária. (...) A oponibilidade contra terceiros, nos casos de averbação dos contratos de opção (...) confere ao titular proteção adicional com relação a possíveis atos de alienação das ações pelo outorgante a terceiros. (...) Entendemos que, dentre os negócios puramente obrigacionais, a oponibilidade frente a terceiros propiciada pela averbação não é exclusividade das promessas de venda e do direito

um imóvel, constante junto à sua matrícula, no RGI competente), mas isso, por si só, não o torna direito real de garantia⁴⁰. O contrato de opção pode ser considerado uma tentativa de burlar a proibição do pacto comissório? A vedação ao pacto comissório contaminaria esse tipo de operação? Ou o campo de incidência dos arts. 1.365 e 1.428 do CC/2002 circunscreve-se às fronteiras bem delimitadas dos direitos reais?⁴¹

Seja como for, não se pode, de antemão, condenar toda e qualquer opção pelo simples fato de ela estar a exercer, na prática, a função indireta de garantia (nem por isso ela estará, por assim dizer, “escondendo” um pacto comissório)⁴². Muitas vezes a opção recai sobre o próprio bem que

de preferência. Em nossa opinião, os negócios obrigacionais que impliquem em pretensão à transferência da titularidade das ações, mesmo que dependentes de circunstâncias supervenientes, podem estar sujeitos à averbação ali determinada (incluindo os contratos de opção), gozando de oponibilidade frente a terceiros em razão da publicidade dos livros sociais. (...) Atualmente o contrato de opção pode ser averbado na forma do art. 40 da Lei de Sociedades por Ações, a fim de permitir que, por meio da publicidade – declarativa – proporcionada pelos livros sociais, a pretensão à transferência das ações, mesmo que ainda incerta e precária, seja oponível perante terceiros” (Felipe Campana Padin Iglesias, *Opção de compra ou venda de ações no direito brasileiro*: natureza jurídica e tutela executiva judicial, cit., p. 248-255).

40 O fato de um direito obrigacional vir revestido de eficácia perante terceiros (pela oponibilidade *erga omnes*, advinda do registro) não o torna, obviamente, um direito real.

41 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” (Gustavo Tepedino, *Direito das coisas*. In: Antônio Junqueira de Azevedo (coord.). *Comentários ao Código Civil*, v. 14. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37).

42 Veja-se, a esse respeito, o seguinte comentário: “*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 comisorio 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 comisorio. 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 las obligaciones garantizadas por un pacto de descuento o de compensación, o cuando se conviene que el ejercicio de la*

o credor vendeu para o devedor e tem como único propósito assegurar os mesmos efeitos que uma cláusula resolutiva expressa já geraria (se fosse bem interpretada pela jurisprudência)⁴³. Quer dizer: o que o credor deseja, com a opção, é ter a segurança de que, se o devedor não pagar, ele terá

opción estará sometido a la condición del impago de las deudas garantizadas” (Camiño Sanciñena Asurmendi, *La opción de compra*, 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 140-146). Mais à frente, em outra passagem da mesma obra, o assunto do pacto comissório volta à tona: “*El hecho de que la opción de compra contenga alguna cláusula, que favorezca el automatismo en el ejercicio de la opción de compra, como el otorgamiento de un poder irrevocable por parte del deudor a nombre de una persona de la esfera de confianza del acreedor, no es significativa de que la opción de compra encubra un pacto comisorio. En estos casos, cuando la opción de compra contiene alguna fórmula por la que se evita la necesidad de cualquier intervención posterior del deudor, para elevar a escritura pública la compraventa, se exige la consignación del precio de la compraventa en evitación de que el acreedor se quede con el bien en pago de deudas existentes. Las Resoluciones de 7 de diciembre de 1978 y de 19 de Julio de 1991 permitieron la inscripción en el Registro de la Propiedad de sendas opciones de compra, que contenían un poder irrevocable en beneficio del optante para que otorgara escritura pública de compraventa. La Dirección General acuerda inscribir la opción de compra y exige para evitar el pacto comisorio que en el ejercicio de la opción de compra consigne judicial o notoriamente el precio señalado para la compraventa”* (La opción de compra, cit., p. 140-146).

43 Apesar da resistência por vezes encontrada nos Tribunais, o efeito precípua da cláusula resolutiva expressa, que a torna infinitamente mais atrativa do que a cláusula resolutiva tácita, é a 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 Aline de Miranda Valverde Terra. *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: 17 dez. 2015.

o bem de volta, sem precisar recorrer ao Judiciário – o seu intuito é simplesmente o de desfazer o negócio de forma simples. Nesses casos, a opção faz as vezes da cláusula resolutiva expressa.

Em outros casos, o contrato de opção aproxima-se de outros institutos, a exemplo da cláusula penal, que não se confunde com o pacto comissório. Isso ocorre quando a opção é usada pelas partes como forma de prefixar uma espécie de indenização ou mesmo com função punitiva, o que por vezes acontece. Aqui vale lembrar – para que se possa fazer a associação entre as duas figuras – que a cláusula penal pode ser constituída em dinheiro, mas também em qualquer outro bem, móvel ou imóvel. Assim, o mesmo bem que preenche o conteúdo de uma cláusula penal poderia ser objeto do direito potestativo do credor, titular da opção.

Além disso, pode acontecer também de a opção exercer, sim, a função de garantia, mas simplesmente não gerar a assimetria do pacto comissório. A determinação do próprio preço de exercício pode, por exemplo, submeter-se a um 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. O contrato de opção pode, inclusive, vir atrelado a um pacto marciano, como se verá mais à frente. Por essas e outras razões é que não se pode, *a priori*, condenar as opções pelo simples fato de não estarem a exercer a função que lhes é inerente, nem mesmo por estarem a exercer uma função indireta de garantia. Até porque é exatamente essa flexibilidade da opção – favorecida pela sua atipicidade – que torna a figura tão útil.

Assim, dependendo muito das circunstâncias e das particularidades do caso concreto – que podem variar enormemente – e, sobretudo, da função que a opção desempenha num dado programa contratual (sempre mais importante que sua estrutura⁴⁴), ela pode ou não camuflar um pacto

44 Como explica Pietro Perlingieri, a mesma função pode se realizar mediante uma pluralidade de estruturas: “A função do fato determina a estrutural, a qual segue – não precede – a função. Todo fato juridicamente relevante, e em particular todo fato humano voluntário, tem uma função, a qual ou é predeterminada pelo ordenamento em esquemas típicos ou é moldada pela iniciativa dos sujeitos. Não basta qualificar um fato como produtivo, modificativo ou extintivo de efeitos: é necessário

comissório. E, nessa discussão, em defesa da opção, deve-se atentar também para a redação dos arts. 1.365 e 1.428, que já indica qual é o seu suporte fático de incidência, ponto de partida para se determinar o alcance da proibição: a vedação ao pacto comissório concerne, a princípio, exclusivamente à cláusula acessória à constituição de direito real de garantia, como o é a propriedade fiduciária, referida no art. 1.365 do CC/2002, e o penhor, a hipoteca e a anticrese, nominalmente citados no art. 1.428. Significa dizer que, não existindo garantia real, não há falar, ao menos a princípio, em pacto comissório.

Essa conexão entre o pacto comissório e as garantias reais é há muito evidenciada não só pela legislação brasileira⁴⁵, mas também pela doutrina:

compreender a razão justificadora da constituição, modificação ou extinção. Identificar a função não é o mesmo que descrever os efeitos do fato, interligando-os desordenadamente entre si, mas sim apreender o seu significado normativo. Este significado, reconstruído pela aplicação das regras e princípios, se exprime em situações subjetivas, isto é, em efeitos do fato (o efeito é a constituição, modificação ou extinção das situações subjetivas): a função é justamente a síntese dos efeitos ‘essenciais’ do fato. Determinada a função do fato, pode-se considerar determinada também a sua estrutura. Apreende-se assim o nexo entre estrutura e função. O ato e o negócio jurídico exprimem um programa, um regulamento de interesses a ser traduzido em efeitos, isto é, em situações subjetivas. Identificar a função significa considerar seja a composição inicial dos interesses, seja a composição final. A realidade preexistente ao fato – considerada juridicamente – já é um tecido de situações subjetivas: sobre estas o fato incide com a sua força inovadora, modificando, extinguindo ou criando novas situações. A análise funcional do fato é completa quando, além do ponto de chegada (determinação das situações subjetivas programadas no ato: eficácia), leva-se em consideração também, e preliminarmente, o ponto de partida (o estado inicial dos interesses consolidados nas situações subjetivas preexistentes ao fato). Condições iniciais dos interesses e resultado a atingir (efeitos a produzir) são inseparáveis. A função do fato se realiza de modo diverso conforme a situação preexistente: se ela muda, muda também o percurso (o regulamento de interesses) a ser seguido para alcançar o resultado. Tudo isto explica porque uma função pode se realizar mediante uma pluralidade de estruturas. A variabilidade da estrutura negocial depende da função e das relações sobre as quais o ato incide” (Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642-644).

45 A associação aparece desde as Ordenações Alfonsinas, passando para as Ordenações Manuelinas, para as Filipinas, para a Consolidação das Leis Civil e, finalmente, para o Código Civil de 1916 e para o Código Civil de 2002.

“(…) o fundamento do art. 765 [atual art. 1.428] está em que o pacto comissório, nas garantias reais, poria o devedor à mercê de explorações usurárias. (...) O princípio do art. 765 subsume-se noutra, que pode, a cada passo, ser invocado: o princípio da inampliabilidade dos direitos dos credores com direito real⁴⁶. Aparece, aliás, em todos os Códigos em que o pacto comissório é expressamente vedado⁴⁷.

Se não parece haver dúvidas de que, ao menos pela redação dos artigos, a noção de pacto comissório é indissociável da constituição de direito real de garantia⁴⁸, é nítida a oscilação no entendimento dos tribunais brasileiros ao longo do tempo. Antes da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal interpretava restritivamente o então vigente art. 765 do CC/1916⁴⁹. Nas últimas décadas, contudo, o Superior Tribunal de Justiça

46 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XX, cit., p. 96-97, grifou-se.

47 Vejam-se alguns exemplos: Em Portugal, a proibição vale para hipoteca, penhor, consignação de rendimentos de bens imóveis e simples privilégios creditórios (arts. 665, 678, 694 e 753 do Código Civil português). Na Espanha, para penhor, hipoteca e anticrese (arts. 1.859 e 1.884 do Código Civil espanhol). Na Itália, cuidam dela os arts. 1.963 e 2.744 do Código Civil. Na Alemanha, o BGB proíbe o pacto comissório para a hipoteca (§ 1.149) e para o penhor (§ 1.229). Como no Brasil, o BGB admite a validade da dação em pagamento realizada após o vencimento da obrigação, no que parece ter servido de inspiração para os parágrafos únicos dos arts. 1.365 e 1.428 do Código Civil brasileiro. No Chile, os arts. 2.397 e 2.424 do Código Civil estabelecem a nulidade para penhor e para hipoteca.

48 Nesse sentido, vale conferir trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence em decisão do Supremo Tribunal Federal que apreciava a constitucionalidade da prisão do depositário infiel relativamente à alienação fiduciária em garantia: “(...) Não consigo compatibilizar a ideia de um verdadeiro domínio, que estaria subjacente à pretensão de realidade da situação de depositário atribuída ao devedor, com normas expressas do próprio decreto-lei. Uma delas, a do § 6º, transplanta para o mecanismo da alienação fiduciária a proibição do pacto comissório, que é típica, como resulta do art. 765 do Código Civil, dos direitos reais de garantia que são direitos do credor, porém, sobre coisa alheia” (STF, Tribunal Pleno, HC 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves. Trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence, jul. em 23-11-1995).

49 “Esta norma jurídica [art. 765] figura entre as disposições gerais dos direitos reais de garantia e a sua aplicação se cinge aos casos que especifica. Só é lícito interpretá-la nos casos expressos em que foi enunciada, não comportando ampliações nem analogia. As hipóteses são de hipoteca, anticrese e penhor” (STF, 1ª T., RE 98.947/PR,

passou a se posicionar diversamente, ampliando a vedação ao pacto comissório para abarcar, também, hipóteses 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 devedor⁵⁰.

Essa interpretação, aparentemente extensiva, conferida pelo Superior Tribunal de Justiça à vedação ao pacto comissório, não permite, entretanto, concluir de antemão que a proibição estaria presente mesmo quando não há direito real de garantia (como no caso da opção, em que só há direito de crédito, ainda que se possa ter eficácia real). Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça 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”). Quer dizer: sendo vedada a pactuação de cláusula a autorizar que o credor pignoratício, hipotecário ou anticrético se aproprie 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 um direito real limitado de garantia, mas do direito real mais amplo e pleno, que é o direito real de propriedade⁵¹.

Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 17-8-1984). Em sentido semelhante: STF, 2ª T., RE 82.447/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, jul. em 8-6-1976, DJ de 17-9-1976. Posteriormente, porém, o Supremo Tribunal Federal veio a reconhecer a aplicação do art. 765 a contratos de compra e venda que dissimulam contratos de mútuo com garantia real. Nessa linha, exemplificativamente: STF, 1ª T., RE 105.859/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, jul. em 18-9-1987, DJ de 16-10-1987.

50 Nessa linha: (i) STJ, 3ª T., REsp 2.216/SP, Rel. Min. Nilson Naves, jul. em 28-5-1991, DJ de 13-10-2003; (ii) STJ, 3ª T., REsp 41.233/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, jul. em 22-3-1994, DJ de 25-4-1994; (iii) STJ, 3ª T., REsp 475.040/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, jul. em 24-6-2003, DJ de 13-10-2003; (iv) STJ, 3ª T., REsp 78.427/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, jul. em 12-12-2006, DJ de 26-2-2007; (v) STJ, 4ª T., REsp 187.998/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, jul. em 13-12-2005, DJ de 6-3-2006; e (vi) STJ, 3ª T., REsp 998.460/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, jul. em 23-2-2010, DJ de 23-3-2010.

51 Também na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português se constata a vinculação do pacto comissório com os direitos reais de garantia: “4. A estrutural diversidade jurídica entre as figuras da constituição de direitos reais de garantia

Além disso, como já observou José Carlos Moreira Alves, o antigo art. 765 do CC/1916 contém “norma proibitiva e que, portanto, deve ser interpretada estritamente”⁵². Some-se à natureza proibitiva outra razão pela

(ainda que a oneração do bem seja acompanhada de uma inadmissível estipulação do pacto comissório) e da venda fiduciária em garantia, imediatamente geradora de um efeito transmissivo do direito de propriedade, obsta à directa subsunção desta segunda categoria normativa no âmbito do art. 694º do CC, cujo programa normativo se dirige – e confina – ao plano das garantias reais das obrigações, vedando ao credor a autotutela que resultaria da faculdade de apropriação da ‘coisa onerada’ no caso – e no momento – em que o devedor não cumprir a obrigação garantida. 5. Não é de admitir a ‘extensão teleológica’ da proibição contida no citado art. 694º, determinante do vício de nulidade, à venda fiduciária em garantia de bens imóveis, por tal envolver restrição desproporcionada do princípio fundamental da segurança e confiança no comércio jurídico, ao facultar aos outorgantes a invocação e a consequente oponibilidade da nulidade a terceiros de boa-fé, subadquirentes do imóvel alienado, nos termos do art. 291º do CC, mesmo nos casos em que o pacto fiduciário estivesse oculto e dissimulado, relativamente às cláusulas contratuais integradoras do negócio formal de alienação e do teor do respectivo registo, de modo a afectar a consistência jurídica dos direitos que aqueles fundamentadamente supunham ter adquirido” (Portugal, STJ, 7ª Secção, 279/2002.EI.SI, Rel. Lopes do Rego, julg. em 16-3-2011, v.u.). A ressaltar a conexão com a hipoteca: “Nesta sétima questão pretendem os recorrentes que o acórdão em apreço ao interpretar o referido negócio de compra e venda como venda a retro está a atribuir àquele um pacto comissório proibido pelo art. 694º do Cód. Civil. Também aqui facilmente se vê a ausência de razão dos recorrentes. O art. 694º do Cód. Civil prescreve que é nula, mesmo que anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir. Ora no caso dos autos, não foi considerada ter sido constituída qualquer hipoteca, mas uma venda a retro que é legalmente admitido, como já acima referimos. Daí que não se tendo apurado qualquer hipoteca, não haja lugar a qualquer pacto comissório” (Portugal, STJ, SJ200609190020926, Rel. João Camilo, julg. em 19-9-2006, v.u.). Na mesma linha: “O art. 694º não tem aqui aplicação porque só vale para as garantias resultantes de bens onerados, o penhor, a hipoteca, a consignação de rendimentos, os privilégios creditórios, ou seja, aquelas que têm subjacente ‘uma coisa’ um bem real, integrando direitos reais de garantia. Não para a hipótese em que a garantia é constituída apenas por uma obrigação pecuniária, em que portanto, não subjaz nenhuma coisa de que o credor pudesse eventualmente se apropriar” (Portugal, STJ, SJ200505190045192, Rel. Bettencourt de Faria, julg. em 19-5-2005, v.u.).

52 STF, 2ª T., RE 82.447/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, julg. em 8-6-1976. Na mesma linha: “(...) dicha prohibición se encuentra con-

qual a proibição deve abranger, a princípio, apenas os direitos reais de garantia: é que, como visto, uma das finalidades da vedação ao pacto comissório é preservar o princípio da *par conditio creditorum*. Não existindo garantia real, não há evidentemente violação à igualdade entre credores. A vedação ao pacto comissório tutela o princípio da paridade entre os credores na medida em que circunscreve o montante do patrimônio do devedor sujeito ao privilégio creditório, em consequência da garantia real, ao efetivo *quantum* da dívida, permitindo, assim, que qualquer excesso apurado após a alienação em juízo retorne ao patrimônio do devedor em benefício dos demais credores.

A prioridade atribuída aos credores que detêm garantia real representa, como explicado, uma exceção ao princípio da igualdade no concurso de credores, devendo, assim, ser adequadamente limitada. Vale relembrar, a propósito, a já citada lição de Pontes de Miranda, ao atrelar a vedação ao pacto comissório à “inampliabilidade dos direitos dos credores com direito real”⁵³. A proibição ao pacto comissório evita, justamente, que, numa hipótese de falência/insolvência do devedor, o credor garantido pelo direito real se beneficie indevidamente, em detrimento não só dos credores titulares de créditos privilegiados, mas também dos credores quirografários, conforme já se explicou.

Esse problema não se põe na opção, que apresenta natureza meramente obrigacional. Numa hipótese de falência/insolvência do devedor, o credor, titular da opção, seria tratado, para todos os fins e efeitos, tal qual qualquer outro credor quirografário. Assim, se ele ainda não tivesse exercido a opção, no concurso de credores, entraria no “final da fila”, em posição de subordinação em relação aos titulares de garantias reais. Não há

sagrada en nuestro ordenamiento específicamente respecto de la prenda y la hipoteca, e implicando la nulidad absoluta por objeto ilícito de los pactos celebrados en contravención, no es admisible su aplicación extensiva o por analogía a supuestos que no se encuentran sujetos expresamente a ella; como es, por lo demás, la regla en materia de normas de carácter prohibitivo de estos supuestos” (Adolfo Wegmann Stockebrand, *Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marcial*, cit., p. 117-119).

53 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XX, cit., p. 96.

falar, portanto, em quebra do princípio da *par conditio creditorum*, que estaria respeitado nesse caso.

Assim é que, salvo melhor juízo, as opções não podem ser condenadas *a priori*, nem mesmo estigmatizadas pelo simples fato de estarem a exercer uma função indireta de garantia, até porque, a depender do caso, elas nem sequer gerarão a assimetria do pacto comissório (e, portanto, não prejudicarão o devedor). Isso não significa, por outro lado, que as opções nunca poderão ser reprovadas, o que também seria uma afirmação, no mínimo, ingênua. O juízo de reprovabilidade dependerá muito, ao que parece, das circunstâncias do caso, do contexto negocial em que está inserida a opção, da função que ela está a desempenhar e, finalmente, dos efeitos que pode vir a gerar para as partes envolvidas. Execrá-las desde logo, com base em suposta interpretação extensiva levada a cabo pelo Superior Tribunal de Justiça – totalmente justificada em alguns casos, diga-se de passagem –, não parece correto.

De todo modo, embora se deva interpretar a proibição restritivamente, a *ratio* inerente à vedação do pacto comissório pode estar presente naquelas situações em que um bem, integrante do patrimônio do devedor, ou de terceiro, é já de antemão transferido para o credor. Na prática, para que se possa delimitar o âmbito de incidência da proibição, o intérprete deve valer-se do critério funcional, mas sem perder de vista que a proibição está intrinsecamente vinculada à ordem de prioridades em caso de insolvência ou falência do devedor.

5. A DAÇÃO EM PAGAMENTO REALIZADA APÓS O VENCIMENTO

Conforme já se adiantou, embora o legislador tenha proibido o pacto comissório no direito brasileiro, a dação em pagamento, realizada depois do vencimento da obrigação, é admitida, o que, aliás, está expresso não só no parágrafo único do art. 1.365 do CC/2002, como também no parágrafo único do art. 1.428 do CC/2002. No primeiro, 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”. Já no segundo está previsto que “[a]pós o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida”. O

que, afinal, distingue essas duas figuras a ponto de o pacto comissório ser vedado e a dação em pagamento não?

No direito brasileiro, a dação em pagamento está inserida entre as formas de extinção das obrigações, e ocorre, nos termos do art. 356 do CC/2002, 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, considerada perfeitamente lícita, podendo ser realizada antes ou depois de vencida a obrigação, porque nem sequer depende do inadimplemento. A dação serve, de regra, para extinguir relação jurídica que se traduz numa obrigação principal; nem sequer precisa estar, assim, ligada a uma garantia (na generalidade dos casos, a bem da verdade, não está mesmo).

Já o pacto comissório pressupõe o inadimplemento da obrigação principal e, além disso, precisa estar atrelado a uma relação jurídica de garantia (acessória, portanto). Quando o inadimplemento ocorre, fazendo incidir o pacto, o credor passa a ser titular do bem objeto da garantia. Assim, fosse admitido o pacto comissório no direito brasileiro, a transferência da propriedade do bem objeto da garantia sempre ocorreria depois do vencimento da dívida, mas estaria convencionada antes, *a priori*, e é aí onde reside o problema, isto é, no fato de, no pacto comissório, a transferência ser convencionada antes do vencimento, no mais das vezes no momento da própria constituição da relação jurídica principal (p. ex., do empréstimo), quando o devedor se encontra em posição fragilizada.

Na dação em pagamento, o bem sobre o qual recai a oferta do devedor se encontra livre e desembaraçado, e não há vinculação anterior com o inadimplemento do débito. Ao contrário, no pacto comissório, há um ônus prévio, preestabelecido pela garantia real. Mesmo antes do advento do CC/2002, o STJ já admitia a dação em pagamento, realizada após o vencimento, mas não a promessa de fazê-la, mediante estipulação no mesmo ato em que contratado o mútuo, porque isso, na visão do STJ, constituiria fraude à lei, quer dizer, não passaria de uma forma de burlar a proibição do pacto comissório⁵⁴.

54 STJ, 3ª T., REsp 10.952/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 25-11-1991, p. 17.072.

Há quem entenda, porém, numa crítica aos parágrafos únicos dos arts. 1.365 e 1.428 do CC/2002, que a dação em pagamento não se justifica nem mesmo depois do vencimento. Isso porque, se o devedor se encontra fragilizado no momento da constituição da obrigação principal, tanto mais depois do inadimplemento, quando o credor já pode valer-se dos remédios processuais adequados. Além disso, a dação realizada após o vencimento da dívida não resguarda o direito dos demais credores. Na opinião de Luís Gustavo Haddad, sobrevivendo a insolvência do devedor, “(...) o consentimento deste último, ainda que livremente manifestado, não bastará. Para a 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”⁵⁵. 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”⁵⁶.

Embora a crítica pareça pertinente, o fato é que o Código admite a dação realizada após o vencimento sem nenhuma ressalva. Se esta, entretanto, for realizada mediante dolo ou coação, por exemplo, o devedor encontrar-se-á evidentemente protegido pela disciplina dos defeitos do negócio jurídico.

6. A LICITUDE DO CHAMADO “PACTO MARCIANO”

O chamado pacto marciano, que também tem origem nas fontes romanas⁵⁷, é aquele acordo acessório em que as partes estabelecem que,

55 Luís Gustavo Haddad, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 127.

56 Luís Gustavo Haddad, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 135.

57 Segundo Moreira Alves: “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” (José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 127).

diante do inadimplemento do devedor, o credor tem a faculdade de se apropriar do bem objeto da garantia, desde que (i) o bem seja previamente submetido a uma avaliação independente, levada a cabo por terceiro, (ii) e seja devolvida ao devedor a quantia que, eventualmente, sobejar o valor da dívida⁵⁸. É, por assim dizer, a “ovelha branca” da família, que não encontra previsão legal no direito brasileiro – nem o acolhendo, nem o rejeitando –, embora seja expressamente admitido em alguns ordenamentos de que se tem notícia⁵⁹.

A distinção entre o pacto marciano e o comissório reside no fato de o credor, no primeiro, poder ficar com o bem, sem prejudicar o devedor, nem os demais credores, porque o submete à avaliação de um terceiro independente e imparcial. Assim, é possível superar a objeção de fundo ético que vem à tona na incidência do pacto comissório, quer dizer, a possibilidade de o credor, a seu bel-prazer, quebrar a comutatividade existente entre as prestações originárias, em desfavor não só do devedor, mas também dos demais credores.

58 Sobre a utilização do pacto marciano no âmbito de alienação fiduciária em garantia, seja consentido remeter a Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Aline de Miranda Valverde Terra. *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: 17 dez. 2015.

59 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 culmina de nulidade o pacto comissório). Nos Estados Unidos da América, o chamado 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.

O pacto marciano não suscita, portanto, 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”⁶⁰. 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 “purifica”, por assim dizer, o que há de genuinamente censurável no pacto comissório e refina a cláusula (desde que, evidentemente, seja feito com correição). Exatamente por isso, o pacto marciano tem sido considerado válido no Brasil⁶¹ e em todos os ordenamentos de que se teve notícia no curso de elaboração deste estudo⁶².

60 Luís Gustavo Haddad, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 109-110.

61 A favor da licitude do pacto marciano no Brasil, cf: Affonso Fraga, *Direito reaes de garantia: penhor, antichrese e hypoteca*. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 123-124; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XX, cit., p. 95 (embora sustentando a validade apenas para o penhor); José Carlos Moreira Alves, *Da alienação fiduciária em garantia*, cit., p. 127; Mauro Bardawil Penteado, *O penhor de ações no direito brasileiro*, cit., p. 199-200; Paulo Magalhães Nasser e Candice Buckley Bittencourt Silva, Anotações sobre a propriedade fiduciária e a alienação fiduciária em garantia. In: Sílvio de Salvo Venosa, Rafael Villar Gaghiardi, Paulo Magalhães Nasser (coords.), *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 679-681; Luís Gustavo Haddad, *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*, cit., p. 109-110; Raquel Bellini de Oliveira Salles, *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, p. 223-226. Na jurisprudência, veja-se: TJ/SP, 4ª CDPriv., AC 581.973.4/2, Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, julg. em 27-8-2009, v.u.; TJ/SP, 36ª CDPriv., AC 1120758-0/2, Rel. Des. Romeu Ricúpero, julg. em 31-1-2008, v.u.

62 A favor da licitude do pacto marciano em Portugal: Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, cit., p. 95-97; L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 448; Isabel Andrade de Matos, *O pacto comissório: contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 86. Na Itália: C. M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 218-221; C.

É importante ressaltar que o pacto marciano outorga ao credor uma mera faculdade, que pode ser exercida ou não. Assim, como lembra Moreira Alves, o credor não está obrigado a se tornar proprietário pleno do bem dado em garantia pelo valor estimado. Se ele preferir, poderá renunciar à faculdade de adquirir o bem, simplesmente deixando de exercê-la, porque, diante do inadimplemento do devedor, o direito civil também lhe abre outras possibilidades. O credor pode, por exemplo, optar pela execução específica da obrigação, deixando de lado a própria garantia, ou, então, optar pela alienação judicial do bem, ou mesmo pela extrajudicial, se se tratar de um penhor e assim o tiver sido convencionado pelas partes. Seja como for, o importante aqui é registrar que o pacto marciano “(...) não infringe as razões que determinam a ilicitude do pacto comissório”⁶³.

Com o fito de apurar o que seria, por assim dizer, o “preço justo” do bem objeto da garantia, é necessário proceder à sua avaliação. Daí já se vê o papel crucial da avaliação, que deve revestir-se de todas as cautelas necessárias para que possa desempenhar 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. Com os olhos atentos a essa função, recomenda-se: (i) que a avaliação seja isenta e imparcial – sugere-se, em doutrina, 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 mercado⁶⁴.

Ao que parece, diante de certas circunstâncias, a avaliação efetuada por terceiro até pode, excepcionalmente, ser dispensada. Tome-se, como

M. Bianca, *Patto comissório*. In: *Novissimo Digesto Italiano* (direto da Antonio Azara e Ernesto Eula), v. 12, 3. ed. Torino: Torinese, 1957, p. 718. Na Espanha: Manuel Ignacio Feliu Rey, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*. Madrid: Civitas, 1995, p. 88-89; Angel Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato e Manuel Jesús Marín López, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., p. 627. No Chile: Adolfo Wegmann Stockebrand, *Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano*, cit., p. 117-119.

63 Mauro Bardawil Penteado, *O penhor de ações no direito brasileiro*, cit., p. 199-200.

64 Isabel Andrade de Matos, *O pacto comissório: contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, cit., p. 83.

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 sujeitar-se à avaliação de terceiro independente, porque o próprio mercado já apresenta uma avaliação objetiva⁶⁵. O importante é não perder de vista, como lembra Manuel Ignacio Feliu Rey, que “(...) *la admisión de este pacto depende de que la precio de la cosa no haya sido fijado por las partes al establecer la garantía*”⁶⁶.

Discute-se também, em doutrina, acerca do momento da valoração do bem. Quer dizer: se, para preservar a validade do pacto marciano, seria necessário que o bem fosse avaliado depois do vencimento da obrigação principal, ou se, ao revés, a avaliação poderia ser realizada antes disso, quando da constituição da garantia ou mesmo no interregno de tempo entre a sua constituição e o vencimento da obrigação principal. De modo geral, a doutrina tem se posicionado pela primeira solução, isto é, a avaliação do bem deve ser realizada após o momento patológico da relação, quando já configurado o inadimplemento. Do contrário, a validade do pacto restaria contaminada⁶⁷.

65 Nesse sentido, cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, cit., p. 448. Segundo Angel Carrasco Perera, 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*” (*Tratado de los derechos de garantía*, cit., p. 627).

66 Manuel Ignacio Feliu Rey, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, cit., p. 91-92.

67 Nesse sentido, cf. Angel Carrasco Perera, Encarna Cordero Lobato e Manuel Jesús Marín López, *Tratado de los derechos de garantía*, cit., p. 627; L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, 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” (*O pacto comissório*: contributo para o estudo do âmbito da sua proibição, cit., p. 83).

Por fim, é importante registrar que o pacto marciano não constitui via oblíqua para afastar a vedação do pacto comissório, até porque, como visto, não suscita a assimetria que é reconhecidamente inerente ao pacto comissório, contaminando o seu fundamento jurídico-moral. Não se trata, portanto, de uma tentativa engenhosa de fraude à lei. Como argumentamente já se observou, no pacto marciano “[o] que se propõe é uma alternativa lícita a fim de se conferir eficácia às garantias afetadas pela rígida vedação legal”⁶⁸.

É verdade que o próprio CC/2002, se comparado com o seu antecessor, já flexibilizou, de certa forma, a rigidez da proibição legal, possibilitando a realização da dação em pagamento após o vencimento da obrigação principal, mas isso não resolve o problema – afinal, nada garante ao credor que, no vencimento, o devedor concordará com a realização da dação em pagamento – nem retira a utilidade do pacto marciano, que encerra forma eficiente de o credor se resguardar da morosidade das decisões judiciais.

Por fim, 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 prestações⁶⁹. Arelada ao pacto marciano, a opção confere ao credor certa praticidade, mas, para que esse mecanismo seja válido, deve revestir-se de todos os cuidados recomendados 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

68 Raquel Bellini de Oliveira Salles, *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*, cit., p. 224-226.

69 “*Por ello, si bien aparentemente la DGRN en dichas Resoluciones adopta un fundamento esencialmente procesalístico en materia de prohibición de pacto comisorio, 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*” (Manuel Ignacio Feliu Rey, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, cit., p. 160).

– o importante é que essa avaliação seja idônea e condizente com as práticas de mercado (não pode ser estabelecida pelo credor, de forma unilateral).

CONCLUSÃO

A proibição do pacto comissório visa impedir que o credor, valendo-se de sua situação jurídica vantajosa, incorpore o objeto da garantia ao seu patrimônio pelo saldo devedor, pelo preço ajustado ao tempo da celebração do contrato ou pela quantia por ele mesmo estimada.

O problema não está, portanto, na possibilidade de o credor se apropriar direta e permanentemente do bem como mecanismo de satisfação da dívida, mas na 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 depois, o pacto marciano, pelo qual as partes acordam, diante do inadimplemento da dívida, 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 à coisa preço justo, a afastar o risco de prejuízo ao devedor. Nesses termos, a diferença entre o valor da dívida e o preço atribuído ao bem deve ser entregue ao devedor, a fim de que se efetive a incorporação definitiva do objeto ao patrimônio do credor.

A vedação ao pacto comissório não afasta, assim, a possibilidade de as partes celebrarem o pacto marciano, a permitir, diante do inadimplemento do débito, a apropriação do objeto da garantia pelo credor pelo valor justo, precificado pelo mercado ou arbitrado por terceiro independente ao tempo do vencimento da dívida, mediante o pagamento da diferença entre o preço estipulado e o saldo devedor⁷⁰. O pacto marciano não desvirtua a função da garantia, transformando-a em instrumento de espe-

70 O *superfluum*, evidentemente, "(...) deve ser calculado tendo em conta não apenas o valor do capital emprestado e dos juros, mas também outras verbas devidas ao credor que tenham relação com a obrigação garantida, como, por exemplo, a cláusula penal estipulada no contrato e, na hipótese do penhor comum, as despesas de guarda e conservação da coisa" (Pablo Waldemar Rentería, *O direito de penhor: realidade, função e autonomia privada*, cit., p. 177).

culação, nem a torna fonte de enriquecimento, tampouco se presta ao abuso da vulnerabilidade do devedor – óbices que entravam a admissão do pacto comissório.

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

REFERÊNCIAS

- ASURMENDI, Camino Sanciñena. *La opción de compra*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- BIANCA, C. M. *Il divieto del patto commissorio*. Milano: Giuffrè, 1957.
- _____. Patto comissório. In: *Novissimo Digesto Italiano* (direto da Antonio Azara e Ernesto Eula). 3. ed. Torino: Toriense, v. 12, 1957.
- FRAGA, Affonso. *Direito reaes de garantia: penhor, antichrese e hypoteca*. 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.
- GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- _____. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 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: 17 dez. 2015.

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.

MARTINS-COSTA, Judith. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, t. 2, 2003.

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

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A retrovenda*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.
_____. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973.

NASSER, Paulo Magalhães; SILVA, Candice Buckley Bittencourt. Anotações sobre a propriedade fiduciária e a alienação fiduciária em garantia. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, 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*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 2009.

_____. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 2013.

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

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. XX, 2012.

RENTERÍA, Pablo Waldemar. *O direito de penhor: realidade, função e autonomia privada*. Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob orientação do Professor Doutor Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, 2014.

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.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O direito inglês não veda o pacto comissório, nem o direito americano. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). *Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 2006.

STOCKEBRAND, Adolfo Wegmann. Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 13, dec. 2009. Disponível em: <<file:///C:/Users/Ivone/Downloads/Dialnet-AlgunasConsideracionesSobreLaProhibicionDelPactoCo-3266150.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Autonomia privada e obrigações reais. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, t. II, 2006.

_____. Direito das coisas. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 14, 2011.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutive 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: 17 dez. 2015.

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

VIANA, Marco Aurélio S. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 16, 2007.

Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal

Aline de Miranda Valverde Terra

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 da graduação e da pós-graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professora do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ).

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

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-RJ), do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ) e da EMERJ.

1. INTRODUÇÃO: A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA NO CONTEXTO DAS GARANTIAS DE CUMPRIMENTO

O desenvolvimento do mercado de crédito está diretamente ligado, entre outros fatores, ao aprimoramento das garantias de cumprimento. A oferta do crédito depende da concessão, ao credor, de garantias que proporcionem a máxima efetividade de seu direito com o menor ônus possível ao devedor¹.

Nessa esteira, assistiu-se, na segunda metade do século XX, à importante evolução no direito das garantias, com a ruptura da tradicional preponderância atribuída às garantias reais e o consequente desenvolvimento

¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 1.