

REVISTA CEJ

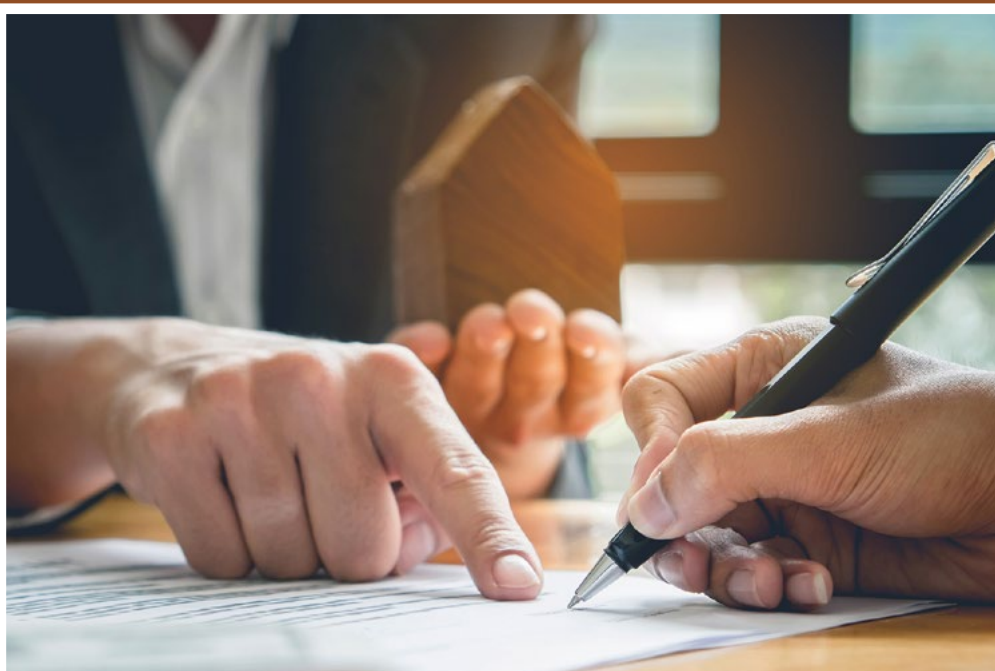
ISSN 1414-008X
Ano XXVII
n. 86, jul./dez. 2023

**Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

86



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



O PACTO MARCIANO NO ANTEPROJETO DE LEI DE REFORMA DAS GARANTIAS REAIS

THE MARCIANO ADJUSTMENT IN PRELIMINARY PROJECT FOR THE REAL ESTATE SECURITIES SYSTEM'S REFORMULATION

Edgard Audomar Marx Neto
Arthur Bittar Rodrigues Nunes

RESUMO

Este trabalho analisa o contexto fático-jurídico que culminou no anteprojeto de reformulação do sistema de garantias reais. Para tanto, investigou-se a adequação do sistema brasileiro à atual realidade econômica, privilegiando as formas extrajudiciais de busca do crédito e excussão das garantias, a fim de promover maior celeridade, segurança e eficiência ao sistema.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Civil; pacto marciano, pacto comissório, autotutela, garantias.

ABSTRACT

The paper examines the factual-legal context that resulted in Preliminary Project the real estate securities system's reformulation. To this end, it investigated the adequacy of the Brazilian system to the current economic reality, favoring extrajudicial forms of seeking credit and foreclosure of guarantees, to promote greater speed, security, and efficiency to the system.

KEYWORDS

Civil Law; marciano adjustment, lex commissoria, executive self-protection, guarantee.

1 INTRODUÇÃO

Em qualquer tipo de relação jurídica, há uma multiplicidade de interesses envolvidos. Quanto maior a quantidade de sujeitos, mais complexa se torna a dinâmica jurídico-econômica dessa relação. No âmbito do direito privado, a liberdade e a autonomia das partes são alicerces indispensáveis para o desfecho esperado por elas.

Não por outra razão, o direito privado possui a plasticidade exigida por esse ambiente para o desenvolvimento, principalmente no âmbito dos direitos dos contratos. É justamente nessa perspectiva que as garantias reais deveriam servir como suporte ao desenvolvimento das mais variadas atividades econômicas, trazendo estabilidade e segurança aos integrantes dos negócios.

Enquanto, por exemplo, os empresários visam à concessão de crédito para viabilização das mais diversas operações econômicas, as instituições financeiras pretendem obter lucro, demandando garantias suficientes para minimização dos riscos. Essa lógica não está restrita à atividade empresarial e vale para o hipossuficiente que toma o crédito a fim de viabilizar suas necessidades.

Dada a complexidade desse cenário, a perturbação do vínculo contratual existente entre as partes é inevitável. Por isso, elas visam reduzir seus riscos, sendo a prestação de garantia instrumento normalmente exigido pelas instituições financeiras para concessão de crédito.

Contudo, são vários os argumentos que indicam a atual fragilidade do sistema de garantias reais, seja pela flexibilização das garantias promovida pelos tribunais, seja por um descompasso entre a legislação vigente e as necessidades dos contratantes.

Nessa ordem de ideias, busca-se, a partir deste artigo, compreender: (I) as razões que justificam uma reforma das garantias reais; (II) o pacto comissório e os motivos que ensejam sua nulidade; (III) a estrutura do pacto marciano; (IV) as modificações sugeridas no anteprojeto de lei de reforma das garantias reais em relação ao pacto marciano.

2 DA NECESSIDADE DE REFORMA DAS GARANTIAS REAIS

Com vistas a examinar as razões que justificam uma reforma no sistema de garantias reais, deve-se analisar tanto as funções das garantias quanto o atual cenário de sobrecarga do judiciário brasileiro.

Em primeiro lugar, a função dos direitos reais de garantia está no valor do bem dado em garantia, não no bem em si ou na possibilidade de usá-lo¹. Essa lógica é fundamental para o prosseguimento da investigação deste trabalho, tendo em vista que representa importante ponto de inflexão da valorização dos bens incorpóreos no mercado econômico, que exige maior liquidez e agilidade.

Esclarecido esse ponto, nota-se que o aprimoramento do procedimento de execução é imprescindível para acompanhar

a exigências do direito contratual contemporâneo, afinal, se o contrato é a veste jurídico-formal das operações econômicas (Roppo, 2009, p. 11), ele deve proporcionar respostas adequadas ao inadimplemento envolvendo essas operações.

Nessa perspectiva, a sobrecarga do sistema judiciário tem provocado uma série de consequências prejudiciais à atividade econômica, entre elas, a falta de efetividade das execuções civis. Isso é perceptível pois os processos em fase de execução correspondem a mais da metade daqueles classificados como pendentes pelo Conselho Nacional de Justiça².

Assim, a “desjudicialização” da execução civil, aliada à valorização da autotutela, ganharam espaço na ordem do dia (Theodoro Júnior; Andrade, 2021, p. 109-158).

O pacto marciano é o pacto adjeto em que o credor se torna proprietário da coisa objeto da garantia, mediante aferição do seu justo valor.

Os efeitos da sobrecarga do Judiciário têm repercussão econômica inegável, o que gera insegurança prejudicial ao trânsito dos negócios, uma vez que a morosidade, somada à ineficiência das execuções, inflaciona os custos de transação³ no mercado brasileiro.

Além disso, esses efeitos não são vistos apenas pelos grandes *players* que, sozinhos, são responsáveis pela movimentação de milhares de processos, mas também pelo pequeno litigante, que vê sua demanda sufocada pelo enorme acervo dos tribunais, o que atinge a qualidade da prestação jurisdicional no caso concreto.

Em análise do Relatório do Anteprojeto de Lei de Reforma das Garantias Reais (Brasil, 2021), observa-se que são profundas as modificações sugeridas, a fim de promover uma verdadeira reconstrução do atual modelo das garantias reais⁴.

A necessidade de reforma salta aos olhos, em especial pela informatização da economia, que transformou a lógica de que somente a propriedade representada por algum bem corpóreo seria possível⁵.

Além das inevitáveis mudanças econômicas, a fragilidade das garantias perante as mais diversas hipóteses confirmadas pelo judiciário fez com que os credores buscassem alternativas. A título de exemplo, tem-se a hipoteca, que foi gravemente flexibilizada pelo Superior Tribunal de Justiça⁶, perdendo seu lugar para a alienação fiduciária, que também corre riscos⁷.

Por isso, são várias as iniciativas legais no sentido de alterar o atual cenário das relações negociais a fim de conferir maior celeridade, estabilidade e efetividade ao sistema.

À vista disso, o relatório privilegia, também, a autonomia privada das partes que celebraram o contrato, em especial nas relações paritárias. Esse movimento legislativo pode ser identifi-

cado pela conversão da Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019, na Lei n. 13.874/, de 20 de setembro de 2019 (Lei da Liberdade Econômica).

Nessa ordem de raciocínio, é fundamental que as partes que não são hipossuficientes e não integram relações tuteladas por diplomas específicos, como o Código de Defesa do Consumidor, tenham respaldo legal para exercer sua vontade e fazer valer os contratos celebrados. Por isso, por exemplo, o referido relatório cita o ambiente negocial como contexto inarredável para obter crédito⁸.

Ressalte-se que essa lógica já foi identificada por Norberto Bobbio, quando tratou das diferenças entre os ordenamentos protetivo-repressivos e os promocionais. Enquanto os primeiros se preocupam com os comportamentos não desejados, tentando reprimi-los, os segundos atentam-se aos comportamentos ditos socialmente desejáveis (Bobbio, 2007, p. 13).

Portanto, este artigo tem como finalidade compreender essa dinâmica, que envolve as necessárias discussões acerca da “desjudicialização” da execução, autotutela e autonomia privada diante do pacto marciano, como forma de aprimoramento do sistema de garantias.

3 PACTO COMISSÓRIO

Nesse sentido, uma das alterações pretendidas pelo anteprojeto, que poderia significar a interessante união entre a desjudicialização e a autotutela, seria a nova redação do art. 1.428 e seus parágrafos do Código Civil⁹.

Diante da redação sugerida do art. 1.428, torna-se fundamental analisar o instituto do pacto comissório, assim como do pacto marciano, e as razões que justificam a nulidade do primeiro e o aparente ostracismo do segundo no Direito brasileiro.

[...] as sugestões do anteprojeto de reforma das garantias reais cuidam de antiga omissão legislativa, [...] buscando esclarecer as principais controvérsias que podem surgir com a aplicação do pacto marciano no Direito brasileiro.

Para tanto, antes de abordar especificamente o pacto marciano, é necessário analisar o pacto comissório, tendo em vista que, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, eles caminham juntos.

O pacto comissório é pacto adjeto¹⁰ e consiste em estipular, no “ato constitutivo da garantia real, a faculdade de apropriar-se o credor do seu objeto em caso de não ser cumprida a obrigação garantida” (Pereira, 2017, p. 299). Portanto, independentemente do montante da dívida, ainda que seja inferior ao valor do bem dado em garantia, o credor poderá adquiri-lo, sem qualquer ressalva quanto ao excedente.

Via de regra, ao tratar do pacto comissório, a doutrina majoritária ressalta sua nulidade, consolidada desde o Direito romano¹¹.

Inclusive, destaca-se que a proibição do pacto comissório se consolidou na maior parte dos ordenamentos romano-germânicos, como no ordenamento português, que a mantém desde as Ordenações Afonsinas (Haddad, 2013, p. 55) até o Código Civil atual¹².

Nesse mesmo sentido, o pacto comissório foi rejeitado no Direito italiano, sendo reconhecida sua nulidade pelo legislador¹³.

No Direito brasileiro, as menções à vedação do pacto comissório ocorreram antes mesmo da vigência do Código Civil de 1916. Como se depreende da Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, o credor não poderia ficar com o bem empenhado como forma de pagamento da dívida¹⁴.

Consequentemente, no Código Civil de 1916¹⁵, a vedação também se manteve, assim como no Código Civil de 2002, que reproduziu o art. 765 do diploma anterior¹⁶ e ainda estendeu a vedação à alienação fiduciária¹⁷.

Dito isso, além da expressa previsão legal, não há dúvidas acerca da nulidade da cláusula comissória no ordenamento nacional, como é amplamente reconhecido pela doutrina clássica (Pereira, 2017, p. 299; Bessone, 1988, p. 379; Pontes de Miranda, 2002, p. 64) e contemporânea (Farias, 2015, p. 744; Milagres, 2020, p. 390; Tepedino et. al., 2021, p. 432), bem como pelos tribunais pátrios¹⁸.

Diante da vedação sedimentada e intrínseca ao sistema do direito privado nacional, é necessário conhecer as razões que sustentam a rejeição ao pacto comissório, para, posteriormente, enfrentá-las diante das atuais discussões traçadas na ordem do dia e, ainda, transpô-las ao pacto marciano, a fim de testar sua validade.

Entre as principais razões que justificam a vedação do pacto comissório, destacam-se cinco: repressão à usura; inderrogabilidade do procedimento judicial; proteção ao devedor; violação da igualdade entre credores; enriquecimento sem causa (Haddad, 2013, p. 64-108).

Quanto à primeira, percebe-se que, apesar de o pacto comissório já ter sido considerado “instrumento forjado para facilitar a usura”, de forma que cabia à lei proibi-lo¹⁹, esse fundamento parece não se sustentar sozinho, dada a possibilidade de outros institutos amparados pelo ordenamento servirem como instrumento de cobrança de juros usurários – como a retrovenda e a dação em pagamento (Haddad, 2013, p. 73) – sem que a licitude desses institutos seja questionada.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não são aplicáveis às instituições financeiras as limitações previstas na Lei da Usura²⁰, o que fragiliza ainda mais o primeiro argumento.

Em relação à inderrogabilidade do procedimento judicial de execução, que afastaria, em teoria, a possibilidade de exercício da autotutela, percebe-se, pela análise do atual sistema de execução brasileiro²¹, que são diversas as hipóteses de exercício do direito material, independentemente da judicialização amparada por ele, como nos casos consagrados de desforço imediato²² e direito de vizinhança²³, mas também nas Leis n. 5.741, de 1º de dezembro de 1971²⁴, e 9.514, de 20 de novembro de 1997²⁵.

Em terceiro lugar, a proteção do devedor, constantemente colocada em posição de vulnerabilidade em face do credor, é usada como um dos principais fundamentos para sustentar a nulidade do pacto comissório. Contudo, merece destaque o fato de que são vários os institutos já existentes para salvaguardar os interesses do credor nessas condições²⁶.

A começar pelos defeitos do negócio jurídico, em especial os vícios de vontade, situações nas quais o devedor estará am-

parado pela anulabilidade acaso comprovado erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão, estando protegido, portanto, de eventuais abusos do credor²⁷.

Além disso, tratando-se de relações de consumo, o devedor também estará assistido pelo Código de Defesa do Consumidor, que, sem dúvidas, é mais do que suficiente para garantir a regularidade das relações jurídicas por ele tuteladas.

Dessa forma, a vedação ao pacto comissório unicamente em razão da proteção do devedor, que já conta com instrumentos específicos e consolidados no ordenamento para proteção de seus direitos, parece não se sustentar.

O quarto fundamento utilizado para defender a vedação do pacto comissório é “a proteção da *par conditio creditorum*, vale dizer, preservar o princípio segundo o qual, no rateio entre credores, todos eles devem ser tratados de maneira igual, pelo que não pode o devedor privilegiar qualquer um deles em detrimento dos demais”²⁸ (Guedes; Terra, 2017, p. 55).

Afinal, quando o credor se apropria de valor superior à dívida garantida, sem a devolução do excedente, estar-se-ia, para parte da doutrina, diante de diminuição indevida do patrimônio do devedor, o que poderia gerar prejuízo aos demais credores (Guedes; Terra, 2017, p. 51-77).

Todavia, esse argumento enfrenta críticas, porque o próprio sistema falimentar brasileiro já tem inúmeras hipóteses de tratamento diferenciado de credores, como a ordem de preferência de pagamentos e a própria previsão de créditos extraconcursais. Além disso, caso essa fundamentação fosse suficiente para justificar a nulidade do pacto comissório, também impediria a validade da dação em pagamento, uma vez que existe sim a possibilidade de prejuízo de credores com a aplicação do referido instituto (Monteiro Filho, 2017, p. 57).

Portanto, até então, os fundamentos utilizados para afastar a licitude do pacto comissório se revelam questionáveis. Contudo, o enriquecimento sem causa, quinto e último argumento, constitui vedação sólida e amplamente consolidada no ordenamento pátrio (Haddad, 2013, p. 112).

Dito isso, em razão da ausência de filtros suficientes para impedir que o credor fique com o chamado *superfluum*, tem-se aí o ponto fulcral da nulidade do pacto comissório²⁹.

Por fim, não há que se confundir pacto comissório com obrigações alternativas³⁰, ou, ainda, com a dação em pagamento³¹.

Feita a contextualização do pacto comissório, tratando-se dos principais fundamentos que justificam sua nulidade, torna-se possível abordar o pacto marciano, agora, em uma perspectiva mais clara acerca das principais limitações que precisam ser superadas para integração do instituto no sistema brasileiro.

4 PACTO MARCIANO

Assim como o pacto comissório, o marciano foi objeto de estudo dos juristas desde o Direito romano, razão que inclusive explica o nome do instituto, cuja validade foi primeiramente reconhecida pelo jurisconsulto Marciano³².

O pacto marciano é o pacto adjeto em que o credor se torna proprietário da coisa objeto da garantia, mediante aferição do seu justo valor. Após a avaliação, existem três consequências possíveis: “(a) a extinção da obrigação [...]; (b) o abatimento do valor do bem no montante da dívida [...] e (c)

a obrigação de o credor restituir o *superfluum* [...]” (Monteiro Filho, 2017, p. 83-84).

Essas consequências dependerão da relação existente entre o valor do bem dado em garantia e o da dívida, se igual, menor ou superior, respectivamente.

Logo de início, constata-se que o pacto marciano se afasta das principais razões que justificam a nulidade do pacto comissório, uma vez que, com a restituição de eventual *superfluum*, não há possibilidade de enriquecimento sem causa, ou abuso em face do devedor, além de afastar a hipótese de eventual prejuízo de outros credores³³.

Demais disso, o pacto marciano permite, em teoria, que a autotutela seja exercida, evitando-se custos judiciais, além de impedir que o bem seja eventualmente adquirido por valor inferior ao de mercado, realidade corriqueira nos leilões³⁴.

Apesar dos diversos benefícios do pacto marciano, o atual Código Civil brasileiro não tratou expressamente sua licitude. Na realidade, a única mensal legislativa acerca do instituto foi na Consolidação das Leis Cíveis, anterior ao Código Civil de 1916, na qual Teixeira de Freitas (2003, p. 475) assim dispôs:

Art. 769. É nulla a cláusula de ficar o credor com o penhor para pagamento da dívida sem avaliação alguma, ou sendo feita a avaliação pelo mesmo credor (3).

Art. 770. É porém lícito ajustar, que o credor possa vender o penhor, se a dívida não lhe fôr paga no vencimento (4).

Art. 771. Do mesmo modo ó lícita a cláusula do ficar o credor com o penhor pelo seu justo preço (5).

Art. 772. No caso do Art. antecedente, vencida a dívida, o penhor será avaliado por dois peritos, escolhidos por ambas as partes, e juramentados, aplicando-se então ao pagamento pelo preço da avaliação (6).

Entretanto, os artigos que previam o pacto marciano não foram incorporados ao Código Civil de 1916, que se limitou a proibir o pacto comissório em seu art. 765; no mesmo sentido dos arts. 1.365 e 1.428 do Código Civil de 2002.

Apesar da ausência de vedação legal quanto ao pacto marciano na legislação e nos tribunais, bem como da confirmação da sua legalidade na doutrina (Guedes; Terra, 2017), na prática, o pacto marciano não foi utilizado no Direito brasileiro.

Apesar de inúmeros julgados que confirmam a tentativa de burlar o pacto comissório, seja por meio de celebração de negócios jurídicos simulados como promessa de dação em pagamento³⁵, promessa de compra e venda³⁶, negócios fiduciários³⁷, entre outros tipos contratuais, o pacto marciano permaneceu esquecido³⁸.

Em que pese a proibição do pacto comissório, ainda são inúmeras as tentativas de burlá-la na prática, não por outra razão, Aline Terra e Gisela Hironaka destacam as possíveis vantagens que o pacto comissório poderia trazer ao credor, servindo com um “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” (Guedes; Terra, 2017).

Todavia, como demonstrado anteriormente, são muitas as razões expostas pela doutrina para a nulidade da cláusula comissória, em especial a possibilidade de enriquecimento sem causa.

Percebe-se, assim, que o pacto marciano tem potencial de trazer os pontos positivos ao credor – garantindo maior segurança quanto à eventual inadimplência – e afastar os abusos em face do devedor – tendo como limite à aquisição da propriedade do bem dado em garantia, o montante da dívida (Monteiro Filho, 2017, p. 120).

E é justamente em razão desse potencial que o anteprojeto possui artigos específicos acerca do pacto marciano.

5 ANTEPROJETO

Feita a contextualização do pacto marciano, passa-se a demonstrar como e porque o Anteprojeto de Lei de Reforma das Garantias Reais pretende incluí-lo no Código Civil.

Em primeiro lugar, observa-se que o pacto marciano é citado como forma extrajudicial de execução, nos termos do art. 1.427-A:

Art. 1.427-A. A execução das garantias é feita no legítimo interesse do credor.

§ 1º Quando previstas no contrato, poderão ser adotadas as seguintes formas de execução extrajudicial: [...]

II – Apropriação direta do bem pelo credor, nos termos do art. 1.428;

Diante disso, percebe-se a nítida intenção de proteger o interesse do credor, justamente criando mais hipóteses de execução do crédito garantido, tentando afastá-la do poder judiciário³⁹, pelo menos a princípio, dado que caso ocorra alguma discordância ao longo do procedimento extrajudicial, é plenamente possível a discussão em juízo.

Outro ponto que merece destaque é o § 2º do art. 1.427-A, que permite a utilização do pacto marciano tanto em relação a bens móveis quanto imóveis, e admite a inclusão do pacto em contratos que não sejam paritários, desde que não verse sobre bem de família⁴⁰.

Para mais, o artigo que melhor representa a inclusão do pacto marciano sistema de direito privado é o 1.428 e seus parágrafos. O caput do artigo assim dispõe: “[é] nula a cláusula que autoriza o credor a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”.

A nova redação conta com mudança aparentemente singela, mas que já foi objeto de intenso debate no Supremo Tribunal de Justiça na segunda metade do século XX.

Em um primeiro momento, entendia-se que havia extensão da proibição do pacto comissório também aos negócios fiduciários⁴¹, e não somente em relação às garantias reais, conforme a literalidade do até então vigente art. 765 do Código Civil de 1916.

Entretanto, esse entendimento foi superado, de forma que o Supremo Tribunal de Justiça, órgão competente à época, passou a permitir a existência de pactos comissórios nos negócios ditos fiduciários, sob os argumentos de que: não seria possível expandir regra proibitiva; e, ainda, haveria diferença estrutural entre os negócios fiduciários e os negócios que constituem as garantias reais, o que impediria a nulidade daqueles (Haddad, 2013, p. 165;)⁴².

Por fim, após a criação do Superior Tribunal de Justiça, o primeiro entendimento foi retomado, consolidando-se que a nulidade do pacto comissório não se limita às hipóteses previstas

no art. 765 do Código Civil⁴³.

Posteriormente, com a vigência do Código Civil de 2002, embora o art. 1.428 tenha reproduzido o 765 do Código anterior, a inclusão do art. 1.365 tornou inócua a discussão sobre a abrangência da nulidade do pacto comissório.

Nesse sentido, percebe-se que, caso prevaleça a nova redação sugerida no anteprojeto, não restará qualquer dúvida acerca da nulidade do pacto comissório, independentemente de, no caso concreto, tratar-se de garantia real típica, uma vez que a redação se mostrou mais abrangente, a fim de incluir todas as relações envolvendo constituição de garantia.

Além do caput, merecem destaque os parágrafos 2º e 3º do art. 1.428, que, por sua vez, cuidam de regulamentar o pacto marciano, estabelecendo os critérios para a aferição do preço justo.

§ 2º É lícita a cláusula que autoriza o credor a ficar com o bem ou direito objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento, desde que o valor da dívida seja igual ou superior ao valor do bem; ou, sendo inferior, que haja a restituição do excedente.

§ 3º O bem ou direito de que trata o parágrafo anterior será apropriado pelo credor pelo valor justo, apurado com pelo menos cento e oitenta dias de antecedência por profissional designado por acordo ou judicialmente.

Os dois parágrafos confirmam a autonomia das partes em escolherem o profissional que realizará a avaliação do bem dado em garantia, o que coaduna com a lógica do Código de Processo Civil, que já prevê a hipótese de as partes entrarem em acordo quanto à escolha do perito⁴⁴.

Finalmente, o § 4º⁴⁵ prevê algumas hipóteses em que a avaliação é prescindível, como quando o bem dado em garantia puder ser valorado mediante índice de preços ou cotação de mercado, ou, ainda, quando for ativo financeiro integrante de índice de mercado.

Dito isso, as sugestões do anteprojeto de reforma das garantias reais cuidam de antiga omissão legislativa, com o objetivo de discorrer sobre a matéria de forma robusta, buscando esclarecer as principais controvérsias que podem surgir com a aplicação do pacto marciano no Direito brasileiro.

6 CONCLUSÃO

Buscou-se, com este trabalho, investigar o Anteprojeto de Lei de Reforma das Garantias Reais, principalmente os dispositivos que tratam do pacto marciano, com vistas a compreender o porquê das alterações e como elas podem ser interpretadas no contexto jurídico atual.

Para tanto, no primeiro tópico, conduziu-se breve contextualização a respeito das razões que justificam uma reforma no sistema de garantias reais, ressaltando-se, principalmente, a sobrecarga decorrente do acervo dos tribunais e as principais tentativas de enfrentamento do tema, entre elas o fomento da desjudicialização e da autotutela executiva.

Em seguida, fez-se exposição acerca das razões que justificam a nulidade do pacto comissório, tais como: repressão à usura; inderrogabilidade do procedimento judicial; proteção ao devedor; violação entre a igualdade entre credores; e enriquecimento sem causa.

Ato contínuo, tratou-se do pacto marciano e como o instituto afasta os argumentos que ensejam a nulidade do pacto comissório, destacando-se a necessidade de devolução do *superfluum* e de avaliação justa do bem dado em garantia. Aliados a essas questões, foi possível identificar benefícios do pacto marciano, como a possibilidade de execução extrajudicial, o que tende a tornar o caminho de acesso ao crédito menos penoso ao credor e, ainda, garante que o devedor não perderá o bem dado em garantia por quantia diversa do seu valor de mercado.

Dito isso, a normatização do pacto marciano coaduna com as atuais discussões acerca da sobrecarga do judiciário, tendência de desjudicialização e autotutela, tudo isso em uma perspectiva que protege, pelo menos em teoria, os interesses do devedor. Assim, o pacto marciano pode se tornar uma ferramenta interessante para enfrentar os grandes desafios postos pela execução civil atual.

NOTAS

- 1 “Os direitos reais sobre coisas alheias se dividem [...] em direitos reais de gozo e direitos reais de garantia. Enquanto nos primeiros o titular do direito real desfruta da coisa [...] como, por exemplo, no caso de usufruto ou das servidões, nos segundos o credor apenas visa, na coisa, ou ao seu valor ou à sua renda, para pagar-se de um crédito que é o seu principal interesse, e do qual o direito real não passa de acessório” (Rodrigues, 2002, p. 335).
- 2 “O Poder Judiciário contava com um acervo de 75 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2020, sendo que mais da metade desses processos (52,3%) se referia à fase de execução” (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021 p. 169. <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>> Acesso em: 2 jul. 2022).
- 3 “[A] existência de custos de transação impulsionará aqueles que desejam realizar trocas a se envolverem em práticas que ocasionam uma redução dos custos de transação sempre que a perda sofrida de outras maneiras pela adoção de tais práticas seja menor dos que os custos de transação economizados” (Coase, 2016, p. 7).
- 4 “Em suma, pretende-se dotar o sistema brasileiro de cinco características fundamentais ao funcionamento das garantias reais: (i) maior facilidade e menor onerosidade de sua constituição; (ii) maior flexibilidade para o uso dos instrumentos de garantia, viabilizando a utilização de bens hoje pouco utilizados; (iii) adequação da garantia ao crédito, flexibilizando a utilização de um mesmo bem para garantia de múltiplas dívidas e evitando o excesso de garantias e capital morto; (iv) maior segurança no recebimento do crédito; (v) maior eficácia dos mecanismos de execução” (Brasil, 2021).
- 5 “O certo é que a *summa divisio* entre bens móveis e imóveis, ou entre direitos reais e direito das coisas, parece limitada ou superada. É preciso tratar do direito dos bens, compreendendo o móvel e o imóvel, mas também o corpóreo e o incorpóreo, o material e o virtual, bens de produção e bens de consumo. É necessário, enfim, pensar o direito patrimonial do século XXI” (Milagres, 2020, p. 55).
- 6 Assim dispõe o enunciado de Súmula n. 308 do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 25 de abril de 2005: “[a] hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.
- 7 DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA FIRMADA ENTRE A CONSTRUTORA E O AGENTE FINANCEIRO. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO AO ADQUIRENTE DO IMÓVEL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 308/STJ. “[...] 6. Desse modo, destarte, que a intenção da Súmula 308/STJ é a de proteger, propriamente, o adquirente de boa-fé que cumpriu o contrato de compra e venda do imóvel e quitou o preço ajustado, até mesmo porque este possui legítima expectativa de que a construtora cumprirá com as suas obrigações perante o financiador, quitando as parcelas do financiamento e, desse modo, tornando livre de ônus o bem negociado. 7. **Para tanto, partindo-se da conclusão**

acerca do real propósito da orientação firmada por esta Corte – e que deu origem ao enunciado sumular em questão –, tem-se que as diferenças estabelecidas entre a figura da hipoteca e a da alienação fiduciária não são suficientes a afastar a sua aplicação nessa última hipótese, admitindo-se, via de consequência, a sua aplicação por analogia. 8. Recurso especial conhecido e não provido” (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial n. 1.576.164/DF, Ministra Relatora Nancy Andrighi, Dje de 23 de maio de 2019. original sem grifo).

- 8 A iniciativa que se apresenta, portanto, é fundamental para a retomada e promoção do crédito, o incremento da segurança jurídica e a melhor percepção da facilidade de fazer negócios no país, a partir das métricas estabelecidas por organismos multilaterais. O atual cenário de recuperação econômica, após a crise ocasionada pela pandemia da covid-19, torna ainda mais oportuna essa iniciativa (Brasil, 2021).
- 9 Art. 1.428. “É nula a cláusula que autoriza o credor a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento. § 1º Após o vencimento, poderá o devedor, com aquiescência do credor, dar o bem ou direito em pagamento da dívida, desde que não o faça em prejuízo dos demais credores. § 2º É lícita a cláusula que autoriza o credor a ficar com o bem ou direito objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento, desde que o valor da dívida seja igual ou superior ao valor do bem; ou, sendo inferior, que haja a restituição do excedente. § 3º O bem ou direito de que trata o parágrafo anterior será apropriado pelo credor pelo valor justo, apurado com pelo menos cento e oitenta dias de antecedência por profissional designado por acordo ou judicialmente. § 4º Aplicam-se, na hipótese do § 2º deste artigo, as exceções previstas no § 2º do artigo precedente” (Brasil, 2021).
- 10 “A função dessas cláusulas adjetas é estabelecer fatores de controle da eficácia do contrato, através da indicação de condições (eventos futuros e incertos), acomodando interesses recíprocos” (Fariás; Rosenvald, 2015, p. 648).
- 11 “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 VI, eis que pelo menos quatro passagens do Código Justiniano se lhe referem, para repelir: Código, Liv. VIII, Tit. 28, Leis 4, 7 e 14 Liv. VIII, Tit. 35, Lei 3” (Pereira, 2017, p. 299). No mesmo sentido, “*Il divieto del patto commissorio ha una tradizione millenaria che risale al diritto romano: fu vero-similmente l’influsso dell’ideologia cristiana ad indurre l’imperatore Costantino a tutelare la classe dei debitori, reprimendo ogni operazione potenzialmente usuraria, ivi compresa naturalmente la lex commissoria sino ad allora lecita*” (Menech, 2015, 8-9, p. 824). Tradução livre: A proibição do pacto comissório tem uma tradição milenar que remonta ao direito romano: era verdadeira a influência da ideologia cristã para induzir o imperador Constantino a proteger a classe dos devedores, reprimindo qualquer operação potencialmente usurária, incluindo, é claro, a *Lex commissoria*, até então legal.
- 12 “Art. 694. É nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua coisa onerada no caso de o devedor não cumprir.”
- 13 “*Il codice civile disciplina il patto commissorio con le norme degli artt. 2744 c.c. e 1963 c.c.: il primo articolo concerne il patto commissorio in materia di ipoteca e di pegno, il secondo, invece, in materia di anticresi. In entrambi i casi, il legislatore prevede la nullità delle pattuizioni con le quali si conviene che la cosa oggetto, rispettivamente, di pegno o ipoteca o di anticresi, passi in proprietà al creditore in caso di inadempimento delle obbligazioni garantite*” (Fappiano, 2019, p. 4). Tradução livre: O Código Civil rege o pacto comissório com o disposto nos arts. 2.744 e 1.963 do Código Civil italiano: o primeiro artigo diz respeito ao pacto comissório na hipoteca e no penhor; o segundo, por outro lado, em matéria de anticrese. Em ambos os casos, o legislador prevê a nulidade dos pactos com os quais se convenha que o objeto, respectivamente, de penhor ou hipoteca ou de anticrese, transfira-se ao credor em caso de inadimplência das obrigações garantidas.
- 14 “Art. 769. É nula a cláusula de ficar o credor com o penhor para pagamento da dívida sem avaliação alguma, ou sendo feita a avaliação pelo mesmo credor” (Freitas, 2003, p. 475).
- 15 “Art. 765. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrédito ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.”
- 16 “Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrédito ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.”
- 17 “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.”
- 18 “NEGÓCIO FIDUCIÁRIO – PACTO COMISSÓRIO – CÓDIGO CIVIL, ART.

765. 1. Caracterizada na dação em julgamento um típico negócio fiduciário, não é admissível a imissão de posse do credor se o devedor o notificou para receber o débito antes de findo o prazo estipulado nas ressalvas. 2. Em tal caso, a imissão pretendida pelo credor identifica pacto comissório repugnante ao art. 765, do Código Civil” (STF. RE 72533, Relator(a): ALIOMAR BALEIRO, Primeira Turma, DJ de 15 de outubro de 1973); “CIVIL. EMPRÉSTIMO DE DIREITO GARANTIDO POR IMÓVEL. PACTO COMISSÓRIO. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que o pacto comissório não se limita aos casos expressamente previstos no artigo 765 do Código Civil, diversamente da posição do Supremo Tribunal Federal, o qual entendia que a norma nele contida tinha abrangência restrita. Hipótese em que a divergência não tem qualquer reflexo no caso concreto porquanto a nulidade do negócio resulta da desproporção entre o valor do direito transferido em garantia e o valor do empréstimo garantido, cuja diferença representa juros usurários que acarretam a nulidade da avença. Recurso especial não conhecido” (STJ. REsp n. 475.040/MG, relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, DJ de 13 de outubro de 2003).
- 19 “Esse sentido de proteção contra a usura constitui preocupação constante do legislador e se revela não só na própria Lei da usura (De. N. 22.626, de 7-4-1933), como noutros textos esparsos, inclusive no que veda a incidência sobre móveis da cláusula de retrovenda” (Rodrigues, 2002, p. 346-347); também no Direito italiano esse fundamento também foi utilizado: “Come spiega G. Oberto, *Vendita con patto di riscatto, divieto del patto commissorio e contratto di lease back*, in *Quadr.*, 1984, 353 *l'esegesi tradizionale della norma si fonda precipuamente su argomenti storici. Infatti, nel passaggio della costituzione di Costantino che per primo vietò la lex commissoria si parla di asperitas; nel diritto comune la proibizione del patto commissorio veniva ricondotta all'esigenza di evitare il diffondersi della piaga dell'usura ed infine, la relazione al codice civile (n. 1127) argomenta l'estensione della nullità a patto commissorio ex intervallo dicendo che “è facile [...] che il debitore, versando in gravi angustie economiche, si assoggetti, per ottenere una dilazione, alla stipulazione del patto”* (Menech, 2015, p. 828).
- 20 Enunciado de Súmula n. 283 do Superior Tribunal de Justiça: as empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.
- 21 “[...] é possível identificar, no direito brasileiro atual, ampla valorização da autonomia privada, inclusive para se admitir a realização direta do direito material pelo próprio credor, no âmbito da autotutela executiva, de modo que se pode reiterar, aqui, a provocação da doutrina italiana no sentido de que, na atualidade, faz-se necessária reflexão sistematizada em torno dessas novas ferramentas chamadas de autotutela executiva [...]” (Andrade; Gonçalves; Milagres, 2021, p. 437-476). Essa tendência também é identificada em Portugal: “[...] pode-se indicar que a desjudicialização da execução em Portugal, por meio da implantação da figura do agente de execução em 2003, e que depois veio a sofrer alterações e correções de rumo em 2009 e em seguida em 2013, com o advento do novo Código de Processo Civil [...]” (Theodoro Júnior; Andrade, 2021, p. 109-158).
- 22 “Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.”
- 23 “Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.”
- 24 “Art. 7º Não havendo licitante na praça pública, o Juiz adjudicará, dentro de quarenta e oito horas, ao exequente o imóvel hipotecado, ficando exonerado o executado da obrigação de pagar o restante da dívida.”
- 25 “Art. 27 [...] § 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º (igual ou superior ao valor da dívida) considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.
§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio”.
- 26 Nesse sentido, também é criticada essa conclusão no Direito italiano: “L’orientamento che riduce la ratio del divieto unicamente nella esigenza di tutelare il debitore è stata criticata da chi, in primis, evidenzia come tale impostazione non spiega la nullità dei contratti conclusi in seguito alla costituzione di una garanzia e, in secondo luogo, da chi rileva come l’ordinamento tutela (già) la parte debole che abbia concluso il contratto in uno stato di bisogno con l’azione di rescissione per lesione, ai sensi dell’art. 1448 c.c.” (Fappiano, 2019, p. 2).
- 27 “Defeitos do negócio jurídico são as imperfeições que neles podem surgir, decorrentes de anomalias na formação da vontade ou na sua declaração. Os primeiros são os chamados vícios da vontade, caracterizando as figuras típicas do erro, se o agente tem uma falsa noção dos elementos ou circunstâncias do negócio, pelo desconhecimento natural da matéria; do dolo, se ele é maliciosamente induzido em erro; e da coação, quando manifesta sua vontade sem liberdade, sob ameaça de outra pessoa. Considera-se, ainda, como manifestação defeituosa da vontade a do agente que se encontra em estado de perigo, situação que o leva a praticar um ato para salvar-se de grave dano pessoal ou familiar, assumindo obrigação excessivamente onerosa, e também aquela em que o agente pratica o ato em estado de necessidade ou de inexperiência, do que decorre uma lesão no seu direito, isto é, um prejuízo resultante da desproporção entre as prestações das partes” (Amaral, 2014, p. 533-534).
- 28 Esse argumento também é utilizado no Direito italiano. Contudo, carece de maior respaldo, uma vez que os efeitos do prejuízo causado a terceiros em razão da aquisição do bem dado em garantia em valor superior ao da dívida não seria uma sanção – como no caso da nulidade do pacto comissório –, mas sim a possibilidade de ajuizar uma ação revocatória: “Ponendosi da una prospettiva diversa, attenta dottrina ha osservato come il patto commissorio non verrebbe a creare nessuna causa di prelazione contra legem qualora lo stesso patto inerisce ad un pegno o ad una ipoteca (la prelazione è offerta già da tali garanzie reali); inoltre, nel caso in cui il valore del bene preteso dal creditore superi di gran lunga l’ammontare del debito garantito, la tutela degli interessi dei creditori è affidata in via generale all’azione revocatoria che comporta una dichiarazione di inefficacia relativa dell’atto colpito e non una sanzione (quella della nullità) che prescinde dalla preponderante circostanza che i beni del debitore siano insufficienti a soddisfare gli altri creditori” (Fappiano, 2019, p. 3).
- 29 “[O] mecanismo do pacto comissório gera enriquecimento para o credor, na medida em que este se apropria de bem de valor superior ao da dívida, lucrando com o negócio às custas do devedor, que é privado da restituição do *superfluum*. Inexiste, ainda, título jurídico a dar causa a este enriquecimento, pois a garantia prestada deveria cumprir função (não já de especulação, mas) de segurança contra o risco de inadimplemento, em equilíbrio com o valor da dívida, como acessória da obrigação principal” (Monteiro Filho, 2017, p. 66). O enriquecimento sem causa também é utilizado como fundamento da nulidade do pacto comissório no contexto italiano: “Tant’è vero che la giurisprudenza degli ultimi anni, da ultimo con un arresto del 2015, ritenendo che l’effettiva ratio del divieto di cui all’art. 2744 cod. civ. consista nell’esigenza di proteggere il debitore da un arricchimento ingiustificato da parte del creditore che approfitta della propria posizione, ha escluso l’illiceità del congegno marciano perché «ciò garantirebbe contro il pericolo che il debitore subisca una lesione in conseguenza del trasferimento con funzione di garanzia: la stima imparziale del valore del bene ad opera di un terzo e l’obbligo, da parte del creditore, di restituire l’eccedenza al debitore assumono, quindi, il compito di escludere l’abuso, e con esso l’operatività del divieto di patto commissorio e la conseguente illiceità»” (Follieri, 2018, fls. 1857-1868).
- 30 “[...] obrigação alternativa é a que compreende dois ou mais prestações, e que o devedor cumprirá com o pagamento de uma delas” (LIRA, 1970, p. 107).
- 31 “No direito brasileiro vigente, não se pode fazer afirmações gerais sobre a licitude do ‘objeto da cláusula comissória’ sem que se dê igual ou maior atenção ao momento em que se manifesta o consento do devedor, sobre a transferência, ao credor, da titularidade do bem dado em garantia. Se esse consentimento é anterior ao vencimento da obrigação, a lei estabelece que o pacto é nulo. Se esse consentimento é posterior ao vencimento da obrigação, o acordo para dação em pagamento é tido pela lei como viciado” (Haddad, 2013, p. 117).
- 32 “Da tali premesse, si è giunti invece a riconoscere la legittimità del c.d. patto marciano, istituto che deve il nome ad un passo del giurista Marciano e che solo di recente è stato al centro di rilevanti novità legislative” (Fappiano, 2019, p. 4).
- 33 “La struttura negoziale del patto marciano è volta, dunque, ad eliminare

- qualsiasi possibilità che il creditore possa abusare dello stato di bisogno del debitore, ricevendo il diritto di proprietà di un bene di valore notevolmente superiore all'entità del debito e, agli effetti, escludendo l'applicabilità dell'art. 2744 c.c." (Fappiano, 2019, p. 3).
- 34 "Sotto il primo profilo, non v'è dubbio che la sintesi degli effetti giuridici, voluti dai sociale. paciscenti di una convenzione marciana, realizzi una qualche utilità. Oltre a quanto premesso su di un piano generale a proposito della correzione che il patto in parola potrebbe apportare alle inefficienze del sistema delle garanzie, va aggiunto che tale schema negoziale arreca vantaggi ancor più immediati proprio nei riguardi del soggetto che si vorrebbe tutelare quando si nega l'ammissibilità di garanzie reali atipiche. Realizzando una forma di autotutela convenzionale esecutoria, la convenzione marciana evita infatti al debitore le penalizzazioni esecutive. materiali (oltreché morali) ineludibilmente correlate al processo. A tal proposito, si consideri che gravano sempre sull'esecutato le spese della procedura; che il ricavato della vendita forzata dei beni risulta spesso di gran stess; lunga inferiore al prezzo di mercato degli ed infine che il debitore (a differenza dei creditori) non può in nessun caso interferire sulla discrezionalità del offerte" (Menech, 2015, p. 824).
- 35 STJ. REsp n. 10.952/MG, relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma. DJ de 25 de novembro de 1991.
- 36 STJ. REsp n. 954.903/RS, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 11 de dezembro de 2012, DJe de 1º de fevereiro de 2013.
- 37 STJ. REsp n. 475.040/MG, relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, DJ de 13 de outubro de 2003.
- 38 "A opinião de Carvalho Santos ecoou num abismo sem opositores, o que contribuiu firmemente para que se lançasse o pacto marciano ao mais verdadeiro ostracismo. Olvidaram-se os debates legislativos quando da promulgação do Código de 1916 e a tradição romana, seguida pela legislação luso-brasileira. Dessa forma, o artigo 765, em seu silêncio, fez o pacto marciano cair no esquecimento no direito brasileiro. O problema, talvez, não tenha sido o silêncio, mas a interpretação que dele se fez" (Monteiro Filho, 2017, p. 123).
- 39 "[...] o pacto marciano, segundo a doutrina italiana, traduz-se em importante forma de autotutela executiva, que atua para afastar a tutela judicial-processual executiva, longa e permeada de dificuldades, a fim de simplificar e acelerar a tutela efetiva do crédito, de modo até mesmo a permitir maior acesso geral ao crédito ao instituir sistema de garantia real flexível mais efetivo e menos oneroso" (Andrade; Gonçalves; Milagres, 2021, p. 437-476).
- 40 "§ 2º As modalidades referidas nos incisos I e II aplicam-se às garantias constituídas sobre quaisquer bens móveis e imóveis, ainda que oriundas de contratos não paritários, exceto quando se tratar de imóvel bem de família, legal ou convencional."
- 41 STF. RE 72533, Relator(a): ALIOMAR BALEEIRO, Primeira Turma. DJ 15 de outubro de 1973.
- 42 Nesse sentido: AÇÃO RESCISÓRIA. JULGADO QUE RECONHECE A EXISTÊNCIA DE NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E LHE NEGA EFEITO "SOB O FUNDAMENTO DE FRAUDE A LEI". DISTINÇÃO ENTRE NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E SIMULAÇÃO. LEGITIMIDADE DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO. OFENSA ARTS. 81, 82 E 765 DO CÓDIGO CIVIL COM EQUIPARÁ-LO A SIMULAÇÃO FRAUDULENTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO" (STF. RE 71616, Relator(a): RODRIGUES ALCKMIN, Primeira Turma, julgado em 11 de dezembro de 1973, DJ 8 de agosto de 1974).
- 43 "CIVIL. EMPRÉSTIMO DE DIREITO GARANTIDO POR IMÓVEL. PACTO COMISSÓRIO. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que o pacto comissório não se limita aos casos expressamente previstos no artigo 765 do Código Civil, diversamente da posição do Supremo Tribunal Federal, o qual entendia que a norma nele contida tinha abrangência restrita. Hipótese em que a divergência não tem qualquer reflexo no caso concreto porquanto a nulidade do negócio resulta da desproporção entre o valor do direito transferido em garantia e o valor do empréstimo garantido, cuja diferença representa juros usurários que acarretam a nulidade da avença. Recurso especial não conhecido" (STJ. REsp n. 475.040/MG, relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, DJ de 13 de outubro de 2003).
- 44 "Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I – sejam plenamente capazes; II – a causa possa ser resolvida por autocomposição."
- 45 "§ 4º Aplicam-se, na hipótese do § 2º deste artigo, as exceções previstas no §2º do artigo precedente". Art. 1.427-C [...] § 2º Excetuam-se da regra do parágrafo anterior: I – o bem fungível, cujo valor puder ser obtido por meio de índice de preços ou cotação de mercado, objeto de divulgação pública; II – o ativo financeiro ou valor mobiliário, com cotação em mercado regulamentado, integrante de índice de mercado;

III – o bem imóvel objeto de loteamento ou incorporação imobiliária, se a realização da garantia, pelo empreendedor ou pelo agente financiador da aquisição, tiver como base o preço convencionado ou o preço da unidade constante da tabela de preços vigente do empreendimento, praticada pelo empreendedor na data da realização da garantia; IV – os bens cujo critério de avaliação for estabelecido por órgão regulador aplicável ao credor exequente".

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ANDRADE, Érico; GONÇALVES, Gláucio Maciel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização de direitos? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 322, p. 437-476, dez. 2021.
- BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri, SP: Manole, 2007.
- BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria de Acompanhamento Econômico. *Projeto de Lei de Reforma das Garantias Reais*. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/projeto-reforma-garantias>. Acesso em: 5 jul. 2022.
- COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- FAPPIANO, Giovanni. Il patto marciano: tra tipicità e autonomia contrattuale. *I Contratti*, Milano, v. 1, p. 86, 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FOLLIERI, Luigi. Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale». *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, Milano, v. 34, n. 12, p. 1857-1868, 2018.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília, DF: Senado Federal, 2003. v. 1. Coleção história n do direito brasileiro.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, p. 51-77 jan./jun. 2017. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1840/1743>. Acesso em: 8 jul. 2022.
- HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no direito brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado em direito civil) -- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- LIRA, Ricardo Cesar Pereira. *A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1970.
- MENECH, Carlotta de. Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto comissorio. *I Contratti*, Milano, v. 8-9, p. 823-, 2015.
- MILAGRES, Marcelo. *Manual de direito das coisas*. 1. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 4. Direitos reais: A Posse. A Propriedade. Direitos reais limitados de gozo ou fruição. Direitos reais limitados de garantia. Direito real de aquisição.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tomo XX: Direito das coisas. direitos reais de garantia. hipoteca. penhor. Anticrese.
- RODRIGUES, Silvío. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. Direito das coisas.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009
- TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil: direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Edgard Audomar Marx Neto • Arthur Bittar Rodrigues Nunes

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Novas perspectivas para atuação da tutela executiva no direito brasileiro: autotutela executiva e “desjudicialização” da execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 315, p. 109-158, maio 2021.

Artigo recebido em 9/5/2023.

Artigo aprovado em 27/11/2023.

Edgard Audomar Marx Neto é Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito UFMG. Advogado.

Arthur Bittar Rodrigues Nunes é Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Advogado.