



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCJ
CURSO DE DIREITO

MARIA PALOMA GOMES FERREIRA

**O PACTO MARCIANO COMO CLÁUSULA EXECUTIVA NA ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA**

Santa Rita
2024

MARIA PALOMA GOMES FERREIRA

**O PACTO MARCIANO COMO CLÁUSULA EXECUTIVA NA ALIENAÇÃO
FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador(a). Prof. Dra. Eloísa Dias Gonçalves

Santa Rita

2024

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

F383p Ferreira, Maria Paloma Gomes.

O pacto marciano como cláusula executiva na
alienação fiduciária imobiliária / Maria Paloma Gomes
Ferreira. - Santa Rita, 2024.
60 f.

Orientação: Eloisa Dias Gonçalves.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ/DCJ.

1. Alienação fiduciária. 2. Pacto marciano. 3. Pacto
comissório. 4. Segurança jurídica. I. Gonçalves, Eloisa
Dias. II. Título.

UFPB/DCJ/CCJ-SANTARITA

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DIREÇÃO DO CENTRO
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO



DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – TCC

ATA DA BANCA EXAMINADORA DA DEFESA PÚBLICA DO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO

Ao vigésimo terceiro dia do mês de Outubro do ano de dois mil e vinte quatro, realizou-se a sessão de Defesa Pública do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito intitulado “O Pacto Marciano como cláusula executiva na alienação fiduciária imobiliária”, sob orientação do(a) professor(a) Roberta Candeia Gonçalves que, após apresentação oral, foi arguido pelos integrantes da Banca Examinadora que se reuniram, reservadamente, e decidiram emitir parecer favorável à aprovação, de acordo com o art. 33, da Resolução CCGD/02/2013, do(a) aluno(a) Maria Paloma Ferreira com base na média final de 10,0 (DEZ). Após aprovada por todos os presentes, esta ata segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Eloísa Dias Gonçalves

Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin

Roberta Candeia Gonçalves

Aos meus pais, que com tanto amor me cativaram a sonhar, e com tanta bravura e lealdade, me permitiram materializar todos os meus sonhos (em especial, este).

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, José, o homem mais honesto, íntegro, forte e amável que conheço nesta vida. Agradeço por toda a sua dedicação, presença e afago; por ser o pilar seguro no qual pude me amparar e encontrar forças para me concentrar na realização deste sonho.

À minha mãe, Janaína, a mente brilhante e o coração generoso por trás de todos os meus sonhos. A mente que sonhou, planejou e batalhou ao meu lado, e o coração bondoso que orou, amou e se alegrou com cada passo desta jornada. A você, minha mãe, todos os aplausos e agradecimentos.

À minha irmã, Glória Maria, o maior amor da minha vida, minha caçula e minha constante motivação. Ser seu exemplo, apoio e amiga é o maior incentivo que posso ter nesta vida.

À Maria Flávia, minha prima, amiga e irmã de alma, por ser o conforto nos dias difíceis, a fuga em meio aos desafios e a presença constante em cada fase desta e de tantas outras trajetórias. Ter sua amizade foi um lembrete constante de que, embora tão longe, eu sempre teria e tenho sua amizade, para onde posso retornar e descansar. Obrigada por cada mensagem amiga, cada ligação e por se fazer sempre presente.

Às amigas que compartilharam o mesmo teto e ofereceram companhia nos dias difíceis, que trouxeram leveza com momentos de descontração e cuidaram de mim diariamente. Transformar pessoas inicialmente desconhecidas em companheiras de vida é um desafio, mas foi por meio dessas amizades que encontrei em João Pessoa um verdadeiro lar. Minha sincera gratidão a Juliana Melo e Beatriz Ramalho.

À Ana Beatriz Palhares, por ser o ombro acolhedor em todas as horas, companheira incansável de tantas histórias e momentos, e pelo suporte generoso e afetuoso que sempre me ofereceu. Sou eternamente grata pela sua companhia; foi sua presença e espiritualidade que mantiveram minha força e motivação em funcionamento. Jamais esquecerei suas palavras de apoio e encorajamento.

Às minhas amigas, Laura, Iusle e Estela, pelo senso de pertencimento que vocês me deram, garantindo que eu me visse nas lutas e trajetórias de vocês, eu entendi que as minhas dores eram válidas. Obrigada por seu apoio, amor, cuidado e atenção. Vê-las vencer também faz parte dos meus sonhos.

Aos queridos amigos e companheiros que fiz ao longo das jornadas como monitora, extensionista, pesquisadora e estagiária, foi graças a cada troca de conhecimento, com cada ser individualmente brilhante que conheci, que pude viver a universidade em sua integralidade e grandeza. Sem dúvidas, fui influenciada, sempre para o melhor que posso ser, por cada um de vocês.

À Vinícius Holanda, por seu amor, cuidado e atenção. Pelas intensas horas de paciência, sonhando cada parte deste e de tantos outros sonhos comigo. Por sua disponibilidade irrestrita e amor imensurável. Por ser o propósito e o sentido da caminhada. Por ser, tal qual uma música do Los Hermanos, “um caminho, um motivo, um lugar, pra eu poder repousar meu amor”.

À Deus, por ser o ponto de partida e de chegada, por ser a força invisível que me fortaleceu, me pôs de pé e garantiu que eu chegasse até aqui, intacta e grata.

Do início até o último porto, só interessa a viagem: as vezes tem tempestade, ondas enormes cobrem o barco; depois vem a calmaria e podemos desfrutar de um horizonte claro. Mas se durante essa travessia a gente prosseguir desejando o bom, o belo e o verdadeiro, então tudo terá valido a pena.

(Lygia Fagundes Telles)

RESUMO

Este trabalho trata da segurança jurídica e da simplificação do sistema de execução extrajudicial na alienação fiduciária de bens imóveis, destacando a relevância do pacto marciano. O objeto de investigação consiste na análise da eficiência e das limitações do sistema de garantias imobiliárias vigente no Brasil. O objetivo geral é demonstrar como o pacto marciano pode contribuir para tornar o processo de execução de garantias mais justo e eficiente, beneficiando tanto credores quanto devedores. A metodologia utilizada foi uma revisão bibliográfica, abordando doutrinas nacionais e estrangeiras, além de legislação atualizada, como o Marco Legal das Garantias (Lei nº 14.711/2023). Os principais resultados apontam que a adoção do pacto marciano pode proporcionar maior segurança jurídica, agilidade na execução extrajudicial e equidade nas relações contratuais, evitando o enriquecimento sem causa e ampliando o acesso ao crédito no mercado imobiliário.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária; Pacto Comissório; Pacto Marciano; Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This work deals with legal security and the simplification of the extrajudicial execution system in the fiduciary sale of real estate, highlighting the relevance of the Martian pact. The object of investigation consists of analyzing the efficiency and limitations of the real estate guarantee system in force in Brazil. The general objective is to demonstrate how the Martian pact can contribute to making the guarantee enforcement process fairer and more efficient, benefiting both creditors and debtors. The methodology used was a bibliographical review, addressing national and foreign doctrines, in addition to updated legislation, such as the Legal Framework for Guarantees (Law nº 14,711/2023). The main results indicate that the adoption of the Martian pact can provide greater legal security, agility in extrajudicial execution and equity in contractual relationships, avoiding unjust enrichment and expanding access to credit in the real estate market.

Keywords: Fiduciary Alienation; Commission Pact; Martian Pact; Legal Security.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	15
2.1 A NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	15
2.2 OS SUJEITOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A INOVAÇÃO DO MARCO LEGAL DAS GARANTIAS.....	18
2.3 DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA.....	19
2.4 DA LEI DAS GARANTIAS: ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS.....	22
2.5 A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL IMOBILIÁRIA EM CASO DE INADIMPLENTO.....	25
3. PACTO MARCIANO: HISTÓRICO, REGIME JURÍDICO E APLICABILIDADE PRÁTICA.....	30
3.1 ORIGEM HISTÓRICA DO PACTO MARCIANO.....	30
3.2 DA VEDAÇÃO AO PACTO COMISSÓRIO E A VALIDADE DO PACTO MARCIANO.....	32
3.3 ELEMENTOS ESTRUTURANTES E PROCEDIMENTAIS DO PACTO MARCIANO.....	36
4. O PACTO MARCIANO COMO UM INSTRUMENTO DE AUTOTUTELA EXECUTIVA NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS.....	40
4.1 A AUTOTUTELA EXECUTIVA COMO UM ELEMENTO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	40
4.2 O PACTO MARCIANO COMO UM INSTRUMENTO ALTERNATIVO DE EXECUÇÃO NO ÂMBITO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS.....	44
4.3 ELEMENTOS PRÁTICOS PARA A EFETIVIDADE DO PACTO MARCIANO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS.....	51
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
6. REFERÊNCIAS.....	56

1. INTRODUÇÃO

O mercado de crédito constitui uma das principais engrenagens da economia, funcionando como um elo essencial entre aqueles que detêm recursos financeiros e aqueles que necessitam desses recursos, seja para financiar projetos, consumir ou investir. O acesso ao crédito fomenta o consumo e o investimento, viabilizando que empresas e indivíduos realizem aquisições ou empreendimentos que, de outra maneira, seriam inviáveis pela ausência de capital imediato.

Dessa forma, a tutela adequada do crédito exige a constituição de um sistema de garantias eficiente, devendo este ser respaldado por mecanismos que assegurem o desenvolvimento contínuo desse mercado, fundamentando-se em instrumentos que garantam a segurança jurídica, promovam a facilidade na concessão de crédito e minimizem os riscos de inadimplência.

Nessa esteira, as espécies de garantia em operações de crédito servem como uma atenuante dos riscos envolvidos na concessão de créditos, seja para pessoas físicas ou jurídicas, conferindo mais segurança jurídica aos credores, além de possibilitarem o acesso rápido à recuperação do crédito, no caso do inadimplemento. Desse modo, o devedor, investido na sua condição de proprietário de determinado bem, o entrega, em caráter resolutivo, ao credor, a fim de assegurar o pagamento da dívida.

Nas palavras de Orlando Gomes (2012, p. 349) “sua função é garantir ao credor o recebimento da dívida, por estar vinculado determinado bem ao seu pagamento. O direito do credor “concentra-se sobre determinado elemento patrimonial do devedor”. Assim, no caso do inadimplemento, há a possibilidade de reaver o crédito, mediante a venda do bem dado em garantia.

Dentro desse contexto, a Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/65) introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instrumento da alienação fiduciária de bens móveis, “negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação” (Gomes, Orlando. 2012, p.357).

Ato contínuo, foi a partir da edição da Lei nº 9.514/97 que a alienação fiduciária de bens imóveis entrou em vigor, introduzindo a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, a titularidade fiduciária sobre direitos creditórios advindos da alienação de

bens imóveis. Para Chalhub (2021, p. 34), a nova lei “alterou substancialmente o sistema de garantias reais imobiliárias do direito brasileiro”, assim, houve uma expansão do crédito imobiliário, mediante a possibilidade de transferência da propriedade, do devedor para o credor.

No contexto atual, a alienação fiduciária de bens imóveis figura como a modalidade de garantia real considerada “a melhor garantia devido ao seu processo de execução da dívida mais rápido e menos oneroso”. Contudo, embora possua um sistema que, em comparação às demais formas de garantias reais, se mostre mais vantajoso, o decorrer do tempo entre a edição da lei que a instituiu e as demandas contemporâneas do mercado de crédito revela lacunas em sua estrutura, cuja correção, nos moldes vigentes, se apresenta de difícil realização.

A execução da alienação fiduciária de bens imóveis envolve, necessariamente, a escolha do credor entre o rito executivo judicial ou extrajudicial. Este último procedimento realiza-se por meio da consolidação da propriedade dada em garantia, transferindo-a do devedor ao credor. Após cumpridas as formalidades legais previstas na Lei nº 9.514/97, o imóvel é levado a leilão, com o objetivo de, utilizando o valor da arrematação, satisfazer a dívida que originou o contrato de alienação fiduciária.

Em contrapartida, ainda que o procedimento se apresente como mais célere em comparação à execução judicial, ele possui, conforme destacam Terra e Guedes (2015), “insuficiências e deficiências na disciplina legal”, as quais tornam a execução não apenas onerosa, mas também inconsistente e promotora de insegurança jurídica. Isso decorre dos riscos envolvidos na realização do leilão extrajudicial, além da possibilidade de, em caso de frustração dos leilões, haver a depreciação do bem e a impossibilidade de ressarcimento das benfeitorias realizadas no imóvel, pelo devedor.

Entre tantos cenários, o “Novo Marco Legal das Garantias” (Lei nº 14.711/2023), aprovado no ano de 2023, possui como diretriz, nas palavras de Andrade e Tartuce (2024, p. 1) “tentar eliminar as supostas inconveniências do sistema jurídico de garantias existentes até então”. Assim, conforme analisado ao longo da produção deste trabalho, as inconsistências e deficiências apontadas pelas autoras anteriormente mencionadas ainda persistem, fragilizando o sistema de crédito, mesmo diante das modificações introduzidas pela Lei das Garantias.

O pacto marciano, instituto originário do Direito Romano, configura-se como um relevante instrumento para a execução de crédito, apresentando-se como uma alternativa às modalidades executórias atualmente vigentes. Esse pacto insere-se no

contrato de alienação fiduciária de bens imóveis e permite ao credor, de modo célere e eficaz, a apropriação do bem dado em garantia pelo justo valor de mercado, com a possibilidade de proceder diretamente à sua venda. Ademais, impõe ao credor o dever de restituir ao devedor qualquer quantia que exceda o valor obtido na alienação do bem.

Neste estudo, o pacto marciano é abordado sob duas perspectivas. Primeiramente, examina-se sua validade jurídica, demonstrando que, ao se estabelecer uma correlação com a proibição do pacto comissório, pode-se afirmar a legalidade do pacto marciano. Em seguida, são analisados seus elementos constitutivos, que não apenas lhe conferem características de um instrumento executivo, como também o qualificam como uma alternativa viável para a execução de crédito garantido.

A autotutela executiva revela-se como um instrumento capaz de conferir legitimidade ao pacto marciano, visto que, ao se reconhecer a legalidade desse instituto, é necessário, em um segundo momento, verificar se este é legítimo para atuar como cláusula executiva nos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis. Assim, demonstra-se que o pacto marciano promoverá as transformações esperadas e produzirá efeitos jurídicos positivos no sistema de garantias em que a alienação fiduciária se insere.

Para tanto, o presente trabalho foi desenvolvido por meio de revisão bibliográfica, com a constante preocupação de utilizar tanto obras anteriores quanto posteriores ao Marco Legal das Garantias. Essa abordagem se justifica, pois, uma vez que a estrutura da alienação fiduciária sofreu, em sua totalidade, diversas alterações, qualquer análise, mesmo sob o prisma executivo, cujas mudanças não tenham sido tão significativas, demanda ser conduzida à luz de como tais modificações impactaram o funcionamento desse instituto.

Além disso, a revisão bibliográfica se dedicou, igualmente, à análise de doutrinas e produções acadêmicas do direito brasileiro, italiano, português e chileno, focando em examinar a aplicabilidade do pacto marciano nesses ordenamentos jurídicos e os possíveis efeitos positivos que tal instituto poderia gerar no sistema de garantias. Observa-se que, entre esses países, o Brasil é o que menos recorre ao pacto marciano, pois, embora sua validade e legalidade sejam reconhecidas, sua utilização ainda não é amplamente adotada.

As conclusões sobre a utilização do pacto marciano, enquanto instrumento alternativo de execução no âmbito dos contratos de alienação fiduciária, concentram-se na viabilidade da autotutela executiva, bem como na capacidade de suprir as lacunas existentes no procedimento normativo vigente que institui e regulamenta o procedimento extrajudicial de execução dos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis.

2. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Este capítulo tem como objetivo apresentar a alienação fiduciária de bens imóveis, oferecendo os elementos necessários para a compreensão aprofundada do instituto, estabelecendo, assim, as bases fundamentais para o desenvolvimento deste estudo.

Inicialmente, a abordagem se dará pelos aspectos elementares da alienação fiduciária, partindo de sua conceituação, natureza jurídica e sujeitos envolvidos, até alcançar aspectos mais complexos que demandam atenção especial, como a propriedade fiduciária.

Ademais, considerando as recentes mudanças legislativas, a análise dos elementos constitutivos da alienação fiduciária de bens imóveis incluirá também o panorama atual, integrando os elementos já consolidados com as alterações promovidas pelo Marco Legal das Garantias, o qual trouxe modificações substanciais ao sistema de garantias no direito brasileiro.

2.1. A NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

No campo das garantias e mecanismos de segurança jurídica, o conceito de negócio jurídico fiduciário desempenha um papel fundamental. O negócio jurídico fiduciário envolve um acordo em que a propriedade de um bem é transferida de uma parte (fiduciante) para outra (fiduciário) com o propósito de garantir o cumprimento de uma obrigação. Essa transferência é feita com a condição de que o bem seja devolvido ou destinado a um terceiro após a satisfação da obrigação que o garantiu. Tal estrutura visa a oferecer maior segurança para o credor e assegurar que a obrigação seja cumprida.

Neste cenário, Leandro Marmo determina que “o negócio fiduciário tem lugar sempre em que há propriedade limitada por uma obrigação que, uma vez adimplida, tem o bem retornado para o seu *status quo ante*” (Marmo, 2023, p. 45).

Ainda, no entender de Pontes de Miranda (1954, p. 115), “sempre que a fidúcia tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é a de alienação àquele a que se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio jurídico fiduciário”.

Por sua vez, Namem Chalhub, conceitua como sendo:

Entende-se por negócio fiduciário o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário (Chalhub, Melhim Namem. 2021, p. 65).

Entre as diferentes modalidades de negócios jurídicos fiduciários, destaca-se a alienação fiduciária, que é uma forma específica deste arranjo, com base no entendimento firmado pela maioria doutrinária, que conclui que a alienação fiduciária em garantia é uma espécie do gênero negócio fiduciário (Chalhub, 2021. Dantzger, 2010. Gomes, 1972).

Isto posto, a alienação fiduciária se dá quando a propriedade de um bem, seja móvel ou imóvel, é transferida para um determinado credor como garantia de pagamento de uma dívida, sem que isso, no entanto, importe na privação do uso do bem alienado pelo devedor (possuidor indireto). Uma vez descumprida a obrigação, o credor tem o direito de reaver o bem e vendê-lo para satisfazer a dívida.

A figura em questão foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 4.728 de 14 de julho de 1965, a qual foi incorporada ao texto da chamada Lei do Mercado de Capitais, tendo o legislador, no entanto, se limitado a permitir seu uso para bens móveis.

Posteriormente, a alienação fiduciária foi estendida aos bens imóveis, por meio da Lei nº 9.514 de 14 de novembro de 1997. Trata-se de um negócio jurídico acessório, cujo objetivo é a constituição da propriedade fiduciária de um bem imóvel, servindo como garantia para o negócio principal.

A alienação fiduciária imobiliária constitui um negócio jurídico com características próprias. Para Moreira Alves (1987, p. 55-56), trata-se de negócio bilateral, situado no direito das coisas, ou seja, nasce de um acordo de vontades, a vontade de obrigar-se e a de cumprir, que ocorrerá com a tradição da propriedade fiduciária, do fiduciante, para o fiduciário.

Em que pese a Lei nº 4.728/1965 – que introduziu o referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro – não tenha utilizado o vocábulo “contrato” para se referir ao instituto da alienação fiduciária em garantia, o seu caráter bilateral é reconhecido pelos hodiernos juristas e doutrinadores, cuja natureza jurídica é, notadamente, contratual.

Com base nessas considerações, o contrato de alienação fiduciária pode ser resumido como uma transmissão condicional. Nessa espécie de contrato, o fiduciante,

com o objetivo de garantir a dívida, transfere a propriedade fiduciária ao fiduciário. Este, na qualidade de credor, passa a deter a propriedade, em caráter resolúvel, do bem móvel ou imóvel dado em garantia.

Segundo Amaral Neto (2011, p. 1), a natureza jurídica da alienação fiduciária pode ser descrita como “negócio jurídico bilateral, formal e acessório, destinado a transferir a propriedade de coisa móvel com fins de garantia. É espécie de negócio jurídico fiduciário”.

Em suma, afirmar que a alienação fiduciária goza de natureza meramente acessória implica em reconhecer que não possui existência independente do contrato principal. Em outras palavras, a validade e a eficácia da alienação fiduciária dependem da validade do contrato que a originou. Se o contrato principal for considerado nulo, ou se a dívida for quitada, a alienação fiduciária se extinguirá. Este é o entendimento defendido por Sylvio Marcondes Machado (1977, p. 105):

Em consequência, não sendo o negócio suscitado composto de "partes separáveis", pois todas são elementos essenciais ao tipo estabelecido na lei, não se podendo, portanto, pensar em nulidade parcial (art. 153, 1.a parte); recaindo, ademais, a nulidade, na obrigação principal, com repercussão sobre as obrigações acessórias (art. 153, 2.a parte) — há de se concluir pela nulidade, não só do negócio principal (ns. 16 e 17 supra), como, também, das garantias acessórias, em que se situassem os respectivos coobrigados.

Por outro lado, a nulidade da cláusula de alienação fiduciária, por si só, não é capaz de ensejar a nulidade do contrato principal. Ou seja, a nulidade da alienação fiduciária, por ser uma garantia acessória, não afeta o contrato principal, desde que este seja válido por si só e possa existir sem a garantia.

Observa Chalhub (2021, seção 324), que a alienação fiduciária é um “direito acessório, constituído com a precípua finalidade de assegurar o cumprimento de obrigação, que, em geral, corresponde à satisfação de um direito de crédito, que é o principal”.

Devido a essa característica acessória, a adesão a tal contrato está sempre associada a contratos que geram obrigações relacionadas à concessão de crédito. Portanto, antecipando considerações sobre os envolvidos nesse tipo de negócio, a cessão de crédito, pelo fiduciário, implica a transferência da garantia ao cessionário, conforme o princípio de que o acessório acompanha o principal.

Por fim, a alienação fiduciária possui características distintas em sua estrutura conceitual, especialmente no que diz respeito à sua forma de constituição, ou seja, à

formalidade envolvida na transação contratual. Entre os requisitos formais exigidos, está a necessidade de registrar o contrato no cartório de registro de imóveis. Esse registro é o meio pelo qual a propriedade é transferida do fiduciante para o fiduciário.

2.2 OS SUJEITOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E A INOVAÇÃO DO MARCO LEGAL DAS GARANTIAS

As relações jurídicas nos contratos de alienação fiduciária de bens imóveis envolvem duas partes principais: o fiduciante e o credor-fiduciário. O fiduciante, na qualidade de devedor e proprietário do imóvel dado em garantia. O credor-fiduciário, por sua vez, detém o crédito contra o fiduciante e recebe a propriedade fiduciária do imóvel em caráter resolúvel. Esta propriedade será mantida até que a condição do contrato principal seja cumprida ou resolvida.

A legitimidade das partes que podem figurar como fiduciante e fiduciário é regulamentada pelo artigo 22, § 1º da Lei 9.514/97, cuja redação estabelece o seguinte:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o fiduciante, com o escopo de garantia de obrigação própria ou de terceiro, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: [...] (Brasil, 1997)

Como se vê, a disposição amplia significativamente o alcance das operações realizadas por meio desse instituto, permitindo que tanto pessoas físicas quanto jurídicas possam utilizá-lo em diferentes contextos, uma vez que, originalmente, a Lei nº 4.728/65 restringiu sua utilização pelas instituições oficialmente pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional (Chalhub, 2021)

Mais adiante, o chamado “Marco Legal das Garantias”, estabelecido pela Lei nº 14.711/2023, introduziu o artigo 853-A no Código Civil, criando o Contrato de Administração Fiduciária e o agente de garantias. Essa inovação permite que o credor nomeie um agente que atuará em seu nome, mas em benefício dos credores, assumindo a responsabilidade pela gestão e execução do contrato.

Com essa mudança, formalizou-se a figura do agente de garantias, que, embora já fosse utilizada anteriormente por meio de cláusulas específicas incluídas nos contratos, agora é expressamente prevista em lei. Com essa regulamentação,

passou a ser possível terceirizar a cobrança de créditos, inclusive em ações judiciais cujo objeto seja a existência, validade ou eficácia do crédito garantido. Acerca deste tema, valiosas são as lições de Leandro Marmo (2023, p.41):

“o agente de garantia terá dever fiduciário em relação aos credores da obrigação garantida, responderá perante os credores por todos os seus atos e poderá ser substituído, a qualquer tempo, por decisão do credor”.

Em síntese, conforme a perspectiva dos autores Oliveira e Tartuce, o agente de garantias pode ser compreendido como o que a norma processual denomina "substituto". A noção de substituição refere-se a um indivíduo que, agindo em nome próprio, protege os interesses de outra pessoa, o substituído. Dessa forma, o agente de garantias, embora não seja o titular do crédito, tem a capacidade de atuar na cobrança do mesmo, em virtude dessa relação de substituição (Oliveira; Tartuce, 2024, p. 108).

Em suma, as relações jurídicas no contrato de alienação fiduciária de bens imóveis se estruturam entre o fiduciante, que detém a propriedade do imóvel como devedor, e o credor-fiduciário, que recebe a propriedade em caráter resolúvel até o cumprimento da obrigação. A evolução normativa ampliou o acesso a este instituto para pessoas físicas e jurídicas, além de formalizar a figura do agente de garantias, responsável pela administração e execução das obrigações em nome do credor.

2.3 DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

Na alienação fiduciária de imóveis, a propriedade fiduciária é estabelecida somente após o registro do contrato que lhe serve de título no cartório competente, conforme previsto no *caput* do art. 23 da Lei nº 9.514/97. Dessa forma, no período entre a assinatura do contrato e o seu registro, não existe a constituição da propriedade fiduciária, nem se forma qualquer vínculo jurídico entre o fiduciante e o fiduciário.

Com efeito, após o devido registro no cartório de imóveis, o credor assume a propriedade do bem, tornando-se titular de direito real de aquisição. Portanto, essa transferência de titularidade, que passa do devedor fiduciante ao credor fiduciário, é marcada por um caráter temporário e transitório. Isso ocorre porque o credor fiduciário

não busca a propriedade definitiva do imóvel, mas sim utilizá-lo como garantia, com a intenção de devolvê-lo ao fiduciante uma vez que a dívida seja adimplida.

Nestes moldes, para Chalhub, a propriedade fiduciária possui caráter resolúvel, uma vez que esta se encontra vinculada ao pagamento da dívida:

Sendo propriedade resolúvel, a propriedade fiduciária tem como traço característico o fato de estar prevista sua extinção no próprio título em que é convencionada sua constituição. Subordina-se a propriedade fiduciária em garantia, assim, à condição decorrente dessa finalidade, daí por que, realizada a condição (pelo pagamento da dívida), reverte em definitivo a propriedade do devedor-fiduciante, ou, frustrada a condição (pelo inadimplemento do fiduciante), consolida-se a propriedade em nome do credor-fiduciário. (Chalhub, Melhim Namem. 2021, seção 418)

Doutra sorte, faz-se necessária uma distinção mais precisa entre a propriedade fiduciária e a propriedade resolúvel, esta última tipificada nos arts. 1.359 e 1.360 do Código Civil. Enquanto na propriedade fiduciária a condição resolutiva é imposta por força de lei, na propriedade resolúvel a liberdade contratual prevalece, permitindo aos pactuantes estipular o termo ou condição que acarretará a resolução do contrato (Chalhub, 2021). Assim, embora a propriedade fiduciária tenha caráter resolúvel, não se configura, em essência, como uma propriedade resolúvel típica.

Nesse íterim, a propriedade fiduciária, após ser transferida para o patrimônio do credor-fiduciário, constitui-se como patrimônio de afetação, inviolável diante de possíveis insolvências do fiduciante ou do credor-fiduciário, não se integrando nem mesmo à massa falida. Isto posto, a inviolabilidade do patrimônio alcança, inclusive, execuções fazendárias, mantendo-se incólume de qualquer ação, até que seja resolvida a condição que põe fim à sua natureza jurídico-fiduciária.

Como dito, a alienação fiduciária, por se tratar de um direito acessório, vincula-se ao contrato principal de concessão de crédito. Em situações de cessão desse crédito – a qual é uma prerrogativa legítima, tanto do credor fiduciário quanto do devedor fiduciante –, a propriedade fiduciária, oferecida como garantia, transfere-se automaticamente ao patrimônio do cessionário, que se sub-roga nos direitos daquele. A esse respeito, comentou Bessa (2023):

Nota-se que o legislador ao permitir a cessão tanto da posição do credor fiduciário, como do devedor fiduciante, permitindo assim o mercado secundário de crédito, deixou ainda mais claro o objetivo da Lei n. 9.514, de 1997, que é justamente o de fomentar o mercado imobiliário (Bessa, Mateus Castelo Branco. 2023).

Não obstante tais peculiaridades, o instituto incorpora todas as características de uma propriedade plena, conforme estipulado no artigo 1.228 do Código Civil, que estabelece que "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha". O diferencial reside no fato de que essas prerrogativas não se concentram em um único titular.

Em outras palavras, o devedor fiduciante detém a posse direta do bem, com plenas faculdades de utilizá-lo, usufruir de seus benefícios e perceber seus frutos, sejam eles naturais ou civis, sem qualquer limitação imposta pela propriedade que fora consolidada em favor do credor fiduciário. Este, por sua vez, detém a propriedade resolúvel, com prerrogativa de retomada do bem em caso de inadimplência, podendo exercer tal direito contra qualquer terceiro que o detenha de forma ilegítima.

Assim, conforme já amplamente demonstrado, uma vez liquidada a dívida, a propriedade é resolvida em favor do fiduciante, que passa a adquirir a titularidade plena do imóvel. No caso de inadimplemento, o credor fiduciário fica incumbido da alienação do bem, destinando o saldo da venda à quitação do crédito, conforme será melhor elucidado posteriormente.

Ademais, o Marco Legal das Garantias (Lei nº 14.711/23) promoveu uma ampliação do conceito de propriedade fiduciária, ao introduzir a possibilidade de subalienações fiduciárias ou alienações fiduciárias sucessivas, por meio da propriedade superveniente. É o que se extrai dos §§ 3º e 4º do artigo 22 do referido diploma normativo:

§ 3º A alienação fiduciária da propriedade superveniente, adquirida pelo fiduciante, é suscetível de registro no registro de imóveis desde a data de sua celebração, tornando-se eficaz a partir do cancelamento da propriedade fiduciária anteriormente constituída.

§ 4º Havendo alienações fiduciárias sucessivas da propriedade superveniente, as anteriores terão prioridade em relação às posteriores na excussão da garantia, observado que, no caso de excussão do imóvel pelo credor fiduciário anterior com alienação a terceiros, os direitos dos credores fiduciários posteriores sub-rogam-se no preço obtido, cancelando-se os registros das respectivas alienações fiduciárias.

A propriedade superveniente ocorre quando o devedor-fiduciante vincula o mesmo bem imóvel a mais de uma garantia, ou seja, o imóvel é oferecido como garantia em alienações fiduciárias sucessivas. Nesses casos, a garantia anterior tem

prioridade em relação à posterior, conforme a ordem de registro dos contratos de alienação fiduciária no competente cartório de registro de imóveis.

De acordo com Carlos Oliveira e Flávio Tartuce (2024, p. 7) “a ideia é deixar clara a possibilidade de um mesmo bem ser alienado fiduciariamente mais de uma vez, para garantir dívidas diferentes”. Logo, com o objetivo de ampliar a potencialidade fiduciária do bem imóvel, tornou-se viável a utilização plena da capacidade econômica de tal propriedade, permitindo oferecê-la em garantia, sob condição suspensiva, até o limite máximo de seu valor de mercado.

Posto isso, imaginemos que sobre o mesmo imóvel incidam três alienações fiduciárias: a primeira, no valor de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); a segunda, no mesmo montante; e uma terceira, no valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais), totalizando, assim, o valor integral do imóvel.

Com base nesse exemplo, a propriedade fiduciária, oferecida como garantia em mais de uma alienação fiduciária, submete-se a "graus hierárquicos" para a execução dessas alienações, obedecendo à ordem cronológica dos registros das garantias na matrícula do imóvel. Nesse sentido, o direito real sobre a propriedade superveniente, pertencente aos credores fiduciários, está condicionado ao cancelamento das alienações fiduciárias anteriores.

Para que fique ainda mais claro, é válido destacar o entendimento de Carlos Elias de Oliveira e Flávio Tartuce:

Todos os credores fiduciários são titulares de um direito real de propriedade sob condição resolutiva, consistente essa no pagamento da dívida, como ocorre com qualquer propriedade fiduciária. Todavia, no caso dos credores fiduciários de segundo ou de mais graus, seus direitos reais são ineficazes, enquanto não houver a extinção da propriedade fiduciária de grau anterior (Oliveira, Carlos E. Elias de; Tartuce, Flávio. 2024, p.8).

Nestes termos, o credor fiduciário que ocupa a primeira posição na ocupação gradativa das alienações fiduciárias possui um direito real de propriedade sujeito a uma condição resolutiva. Com o advento do adimplemento, há o cancelamento da alienação fiduciária. Já os demais credores-fiduciários de graus inferiores, por sua vez, se encontram sujeitos à condição resolutiva com o adicional da condição suspensiva da primeira dívida. Assim, a propriedade superveniente se encontra sempre atrelada à uma condição suspensiva para que se torne eficaz.

A propriedade fiduciária constitui, indubitavelmente, um dos elementos mais relevantes, quiçá o mais essencial, na estrutura da alienação fiduciária. Isso se deve

ao fato de que é por meio da transferência da propriedade, sob condição resolutiva, que a alienação fiduciária se consubstancia como instrumento de garantia. Dessa forma, o negócio jurídico relacionado à concessão de crédito está, necessariamente, vinculado à transferência da propriedade fiduciária, que lhe confere a eficácia pretendida enquanto garantia do cumprimento da obrigação principal.

2.4 DA LEI DAS GARANTIAS: ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

Como foi previamente mencionado, o Marco Legal das Garantias, vigente desde 2023, promoveu significativas alterações nos dispositivos relativos à concessão de crédito do ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de ampliar as operações de concessão de crédito no país, mitigando os riscos de inadimplemento.

Dentre tais inseguranças, destaca-se a possibilidade de alienações fiduciárias sucessivas sobre o mesmo imóvel, o que resulta na formação do chamado "capital morto". Isso ocorre quando o bem é utilizado como garantia de uma dívida, e, mesmo havendo crédito remanescente — em razão de o valor do imóvel ser superior ao montante da dívida garantida —, o imóvel se vê impedido de receber novo gravame em sua matrícula, impossibilitando a constituição de uma segunda garantia.

O cerne da problemática reside no fato de que uma parcela significativa da população possui apenas um imóvel apto a ser oferecido em garantia. Dessa forma, com a restrição legal que vedava a constituição de mais de uma alienação fiduciária sobre o mesmo bem, o devedor fiduciante permanecia vinculado à alienação fiduciária previamente estabelecida, só podendo obter novo crédito após a extinção da primeira garantia registrada no imóvel.

Com o advento da Lei das Garantias, tal articulação se tornou possível a partir da alteração do art. 22 da Lei nº 9.514/97, que passou a estabelecer a possibilidade de subalienações fiduciárias, na qual registra-se mais de uma alienação fiduciária na matrícula de um mesmo imóvel. Todavia, a eficácia da alienação posterior depende do cancelamento da alienação fiduciária anteriormente registrada.

Para tanto, outros institutos foram sendo implementados com o intuito de reforçar o escopo da Lei das Garantias, isto é, visando tornar a hipótese de subalienação fiduciária uma garantia segura, assim, atinja seu fim maior, que é o fomento e ampliação do crédito.

Para tal desiderato, diversos institutos foram implementados com o propósito de robustecer o escopo da Lei das Garantias. O art. 22, § 5º da Lei nº 9.514/97, por exemplo, agora disciplina a possibilidade de 'sub-rogação subjetiva' entre credores fiduciários, permitindo que um credor de grau inferior pague a dívida de um credor de grau superior, permitindo, dessa forma, a manutenção do privilégio de sua posição na hierarquia dos credores.

Assim, conforme o exemplo anteriormente exposto, em que o mesmo imóvel foi oferecido como garantia em três dívidas distintas – a primeira no valor de R\$150.000,00, a segunda também de R\$150.000,00 e a terceira de R\$200.000,00 – o segundo credor, desejando ocupar a posição do primeiro, pode quitar a dívida deste e sub-rogar-se nos respectivos direitos e posição.

A Lei das Garantias implementou, também, a possibilidade da inclusão de cláusula *cross default*, assim denominada a regra que implica no vencimento antecipado, no caso de inadimplemento de uma obrigação (Oliveira; Tartuce. 2024, p.8).

Segundo Carlos Nelson Konder (2022, p. 110), a chamada “cláusula de cross default” tem origem na *Common Law* e é comumente aplicada em contratos bancários, sendo admitida e declarada válida pelo Superior Tribunal de Justiça desde 2018. Assim sendo, é incorporada aos contratos com a precípua função de garantia, pela qual estabelece que o inadimplemento de uma obrigação específica por parte do devedor resultará automaticamente na inadimplência de outras obrigações vinculadas.

A cláusula de *cross default* é admitida apenas na hipótese de verificação de um inadimplemento qualificado em qualquer das obrigações pactuadas. Isto ocorre quando há inadimplemento, seguido da ausência de purgação da mora, mesmo após notificação expedida no curso da execução extrajudicial, nos termos dos artigos 26 e 26-A da Lei n.º 9.514/1997. Nessa circunstância, o credor considera antecipadamente vencidas todas as prestações.

A aplicabilidade do *cross default*, no entanto, está condicionada a previsão expressa no contrato que formalizou o recarregamento da alienação fiduciária. Ademais, sua ativação não se dá de forma automática, sendo necessário que o credor manifeste tal intenção mediante notificação para purgação da mora, conforme preceituam o artigo 9.º-B, inciso IV, e o artigo 9.º-D, § 2.º, da Lei n.º 13.476/2017.

Por todo o exposto, verifica-se que o Marco Legal das Garantias aprimorou o sistema de garantias ao introduzir instrumentos capazes de modernizar o acesso ao crédito, como a mencionada cláusula cross default e subalienações fiduciárias. Conforme já mencionado, a legislação que instituiu a alienação fiduciária, promulgada em 1997, ainda que tenha sido modificada por outras leis posteriores, não se ajusta plenamente ao contexto atual do mercado de crédito, tornando imperiosa a edição do Marco Legal das Garantias, incrementando instrumentos e introduzindo outros.

2.5 A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL IMOBILIÁRIA EM CASO DE INADIMPLEMENTO

O presente estudo foi integralmente desenvolvido à luz das inovações legislativas introduzidas pelo "Novo Marco Legal das Garantias". Dentre essas inovações, a mais relevante concerne à possibilidade de execução extrajudicial do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, cujas implicações sobre o sistema de garantias serão analisadas logo adiante.

A Lei nº 9.514/97, que sofreu alterações pela Lei das Garantias, estabelece os requisitos formais para o procedimento de execução da garantia em caso de inadimplemento do devedor fiduciante. Após o atraso no pagamento de uma ou mais parcelas, inicia-se o processo de constituição em mora e consolidação da propriedade fiduciária em favor do credor fiduciário, conforme o disposto nos artigos 26 e seguintes da referida lei:

Art. 26. Vencida e não paga a dívida, no todo ou em parte, e constituídos em mora o devedor e, se for o caso, o terceiro fiduciante, será consolidada, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. (Redação dada pela Lei nº 14.711, de 2023)

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, o devedor e, se for o caso, o terceiro fiduciante serão intimados, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do registro de imóveis competente, a satisfazer, no prazo de 15 (quinze) dias, a prestação vencida e aquelas que vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive os tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel e as despesas de cobrança e de intimação. (Redação dada pela Lei nº 14.711, de 2023) (Brasil, Lei nº 9.514/9, 20 de novembro de 1999, Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de novembro de 1997).

O procedimento estabelece um interregno de quinze dias, contado a partir do inadimplemento da parcela, para que o devedor fiduciário possa adimplir voluntariamente a obrigação, período conhecido como “prazo de carência”. Decorrido tal prazo, o credor fiduciário deverá proceder à intimação do devedor para purgação da mora, a qual deverá ser realizada por meio do cartório de registro de imóveis competente ou pelo cartório de registro de títulos e documentos da comarca onde se situa o bem imóvel (Lei 9.514/97, art. 26, §3º).

A notificação pessoal do devedor configura requisito indispensável às subseqüentes fases do rito executivo extrajudicial, de sorte que sua ausência ou ineficácia poderá ensejar a nulidade do ato. Outrossim, a concessão ao devedor da oportunidade de purgar a mora revela-se condição essencial ao prosseguimento da execução da garantia.

A intimação pessoal do devedor fiduciário, ou do terceiro fiduciante, será realizada por solicitação do oficial do registro de imóveis, por oficial de registro de títulos e documentos da comarca de situação do imóvel, ou do domicílio de quem deverá recebê-la – se receber autorização expressa do cartório de registro de imóveis onde estiver registrada a propriedade fiduciária – ou pelo correio, com aviso de recebimento.

Todavia, após duas tentativas de intimação pessoal no local do domicílio ou residência sem encontrar o devedor, e na ocorrência de suspeita motivada de ocultação, considerar-se-á intimado por hora certa, por meio de pessoa da família, vizinho, ou funcionário da portaria, quando for o caso, responsável pelo recebimento de correspondência. Cumpre ressaltar que o ônus de notificar eventual mudança de endereço recai sobre o devedor.

Ademais, considerando que o procedimento subseqüente à intimação do devedor fiduciante é a consolidação da propriedade fiduciária em nome do credor, a Lei das Garantias permite a intimação por edital apenas após a diligência em todos os endereços fornecidos, sendo imprescindível que o credor realize tentativas de intimação em todos os locais possíveis. Desse modo, caso existam endereços informados e não seja realizada a tentativa de intimação nos mesmos, os atos subseqüentes serão considerados nulos, conforme entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2021).

Uma vez realizada a intimação pessoal do devedor fiduciário, delineiam-se duas alternativas: a primeira ocorre quando, após a concessão do prazo de 15 dias

para a purgação da mora, o devedor adimplir a obrigação, permitindo o regular prosseguimento do cumprimento do contrato; a segunda, no caso de inadimplemento, é a instauração do rito de execução extrajudicial, culminando com a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Nesta segunda hipótese, é indispensável o pagamento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis - ITBI, a partir do qual, o credor poderá requerer, mediante apresentação de recibo de pagamento do imposto, a averbação na escritura do imóvel, consolidando a propriedade fiduciária em nome do credor. Assim, uma vez consolidada, o credor detém o dever de proceder com o leilão extrajudicial do imóvel.

Cumprido mencionar que, as alienações fiduciárias no âmbito dos financiamentos imobiliários, passaram a gozar de especial tratamento com as atualizações propostas pela Lei das Garantias, entre elas, a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, que será averbada após 30 dias de expiração do prazo para purgação da mora (art. 26-A, §1º da Lei 9514/97).

O leilão deverá, obrigatoriamente, ser realizado após a execução de todos os atos anteriormente descritos, sendo que a omissão de qualquer um deles implicará a nulidade do processo. Dessa forma, cabe ao credor fiduciário promover o leilão no prazo de 60 dias contados da data da averbação na matrícula do imóvel, designando um leiloeiro público, devidamente registrado na junta comercial, que conduzirá a hasta pública o imóvel alienado fiduciariamente.

O primeiro leilão terá como lance mínimo para arrematação o valor do imóvel estipulado pelas partes no contrato. No entanto, caso o valor estabelecido pelas partes seja inferior à base de cálculo utilizada pelo órgão competente para a apuração do ITBI, o valor mínimo para o leilão será o da base de cálculo do referido imposto de transmissão. Frise-se que, não havendo lance que alcance o valor mínimo estipulado, será realizado um segundo leilão.

Conforme a prática estabelecida, passou-se a considerar como valor mínimo o montante total da dívida, visto que, com os efeitos da mora, os encargos do procedimento executivo e os juros, a dívida compreende todos os valores. Assim, no primeiro leilão, não são admitidos lances inferiores ao valor global da dívida. Para Carlos Elias de Oliveira e Flávio Tartuce (2024, p. 50), tão somente, o valor total da dívida, e não o valor estipulado do imóvel.

Ato contínuo, o segundo leilão, realizado após o fracasso do primeiro, tem como lance mínimo metade do valor de avaliação do imóvel, contudo, para os autores acima

mencionados “o piso subsidiário do segundo leilão é o valor da dívida, mas é vedado aceitar lances abaixo da metade do valor do imóvel” (Oliveira, Carlos E. Elias de; Tartuce, Flávio. 2024, p.54).

Antes da vigência da Lei n.º 14.711/2023, a extinção da dívida ocorria após o segundo leilão, independentemente do valor do imóvel ou do montante do débito. Todavia, com as alterações introduzidas pela referida norma, o credor fiduciário passa a ter a faculdade de executar o saldo remanescente da dívida, não liquidado após a realização dos leilões, ante a possibilidade de o débito exceder o valor alcançado pelo lance que adjudicou o imóvel.

A questão anteriormente mencionada não alcança a hipótese de financiamento residencial, isto é, no caso de se tratar da tomada de crédito para financiar a aquisição ou construção de imóvel residencial. Uma vez que haja a realização dos leilões, e o valor do lance tenha sido inferior ao da dívida, extingue-se a dívida em nome do devedor-fiduciário.

Ainda, sobre a temática, fundamentais são os ensinamentos de Oliveira e Tartuce:

A ideia é, portanto, de evitar que, em caso de financiamento residencial, o devedor, além de perder tudo o que pagou para adquirir a sua moradia e de ficar sem o imóvel, ainda fique endividado. Há o dever implícito de o credor, nesses casos socialmente mais sensíveis de financiamento residencial, agir mediante o princípio do crédito responsável, retirado do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se, pois, de norma de proteção à parte em situação socialmente sensível, qual seja, a de financiamento residencial (Oliveira, Carlos E. Elias de; Tartuce, Flávio. 2024, p 39).

Reitera-se, ainda, que a regra da *negative equity guarantee* – a regra pela qual a dívida se extingue para o devedor, após a realização do segundo leilão – aplica-se exclusivamente aos casos de financiamento de imóveis residenciais alienados fiduciariamente. Em segundo lugar, tal regra não é extensível aos casos envolvendo o sistema de consórcios, uma vez que, nesse regime, a extinção da dívida por parte de um dos consorciados ensejaria a redistribuição do montante remanescente, impondo aos demais consorciados a absorção da dívida excedente (Oliveira, 2023).

Um último aspecto diz respeito à aplicação da *negative equity guarantee*, é que independentemente do rito utilizado para cobrança do crédito fiduciário, isto é, mesmo que o credor opte pela via judicial, ainda é possível que o devedor fiduciário, em caso de financiamento residencial, seja abarcado por tal regra.

Ainda, uma vez que se trata de direito material, inerente ao tipo de negócio firmado entre as partes, este prevalece independentemente do método de execução escolhido, fato que será melhor destrinchado no terceiro capítulo, ao abordar o pacto marciano como um meio alternativo de execução da dívida fiduciária.

3 - PACTO MARCIANO: ASPECTOS SOBRE SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA, FORMATAÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA E APLICABILIDADE PRÁTICA

Neste capítulo, abordar-se-á o instituto do pacto marciano, discorrendo sobre o seu conceito, sua evolução histórica, sua estrutura formal, bem como os elementos que garantem a legitimidade das partes envolvidas e a legalidade na sua utilização e aplicação.

Ademais, faz-se uma análise do pacto comissório, utilizando-o como contraponto para expor os elementos que conferem validade ao pacto marciano, como também as razões pelas quais se justifica a proibição do pacto comissório no ordenamento jurídico brasileiro e em outros sistemas legais.

Na sequência, são apresentados detalhadamente os elementos constitutivos do pacto marciano, introduzindo conceitos e fundamentos que serão aprofundados no terceiro capítulo, quando será examinado o papel do pacto marciano como meio de execução no contexto da alienação fiduciária de bens imóveis.

3.1 ORIGEM HISTÓRICA DO PACTO MARCIANO

O pacto marciano constitui uma cláusula acessória estipulada entre as partes contratantes que estabelece que, no caso de inadimplemento do devedor, o credor está autorizado a apropriar-se do bem oferecido como garantia. Essa apropriação deve ocorrer após uma avaliação prévia do bem, assegurando-se ao devedor o direito de receber o eventual excedente que ultrapasse o montante do débito.

Para Maria Inês Pinheiro Crispim (2022, p. 17), o pacto marciano pode ser definido da seguinte maneira:

Pacto marciano é a convenção através da qual, na hipótese de o devedor não cumprir a obrigação a que está adstrito na data de seu vencimento, a propriedade do bem oferecido em garantia será transferida para a esfera do credor, mas, desta feita, a preço justo. Quer dizer isto que, nos moldes ditados pelo pacto marciano, o próprio credor, como condição da transferência do bem dado em garantia para sua esfera jurídica, constitui-se na obrigação de restituir ao devedor a quantia correspondente à diferença entre o valor do bem e o montante do débito.

As autoras Terra e Guedes (2016, p. 25), em mesmo sentido, conceituam o pacto marciano como sendo:

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

Dessa forma, é importante compreender o contexto histórico em que o pacto marciano se desenvolveu. A sua origem remonta ao Direito Romano, em um período marcado por mudanças significativas nas normas que regiam as garantias contratuais e a proteção dos devedores (Monteiro, 2015, p. 565). A partir deste ponto, será explorada a evolução desse instituto jurídico no contexto romano, evidenciando a forma com a qual o mencionado instituto se desenvolveu e consolidou-se como prática válida, legal e eficaz.

No Direito Romano, o desenvolvimento do pacto marciano constituiu uma resposta evolutiva às restrições impostas pela proibição do pacto comissório, decretada pelo imperador Constantino no ano de 320 d.C. Este último tipo de acordo permitia ao credor a apropriação definitiva dos bens garantidos, caso houvesse inadimplência por parte do devedor, prática essa considerada prejudicial à parte mais vulnerável na relação creditícia.

Diferentemente do pacto comissório - que será detalhado mais à frente, quando tratarmos acerca da legalidade do pacto marciano -, o pacto marciano foi concebido por Marciano, um notável jurisconsulto da época, que propôs um mecanismo mais equilibrado. Nesse contexto, Érico Andrade e Humberto Theodoro Filho (2024, p. 18) sustentam que, com a proibição do pacto comissório, o pacto marciano emerge como uma "espécie de corretivo", afastando os aspectos negativos inerentes ao pacto anteriormente vedado..

Implementado em um contexto de proteção ao devedor, o pacto marciano alinhava-se aos valores de equidade e justiça, fundamentais para o Direito Romano, que buscava preservar a ordem e o equilíbrio nas transações comerciais e financeiras. Este pacto não somente salvaguardava os interesses dos credores, fornecendo-lhes um meio eficaz de recuperar seus créditos, mas também protegia os devedores de perdas desproporcionais de seus patrimônios.

Assim, o pacto marciano estabeleceu-se como uma prática jurídica legítima, influenciando a legislação em diversos sistemas jurídicos europeus, à exemplo da Itália, Espanha, Portugal e França.

3.2 DA VEDAÇÃO AO PACTO COMISSÓRIO E A VALIDADE DO PACTO MARCIANO

Como antecipado, o pacto marciano foi legitimado como uma alternativa juridicamente aceitável frente à proibição do pacto comissório. Este último configura-se na apropriação automática do bem oferecido em garantia pelo devedor em caso de inadimplência, transferindo imediatamente a propriedade do bem ao credor sem a obrigação de compensar o devedor pelo valor excedente à dívida.

Essa transferência unilateral e irrevogável, inerente ao pacto comissório, resulta na impossibilidade de restituição ao devedor do saldo que supere o montante devido, configurando uma prática vedada pelo ordenamento jurídico devido ao seu caráter abusivo.

O que confere legitimidade ao pacto marciano é exatamente o que torna o pacto comissório ilegal. A questão central a ser analisada é que, no pacto comissório, não há qualquer garantia jurídica para o devedor, que estará sujeito à perda abrupta de sua propriedade sem a devida compensação financeira pela diferença remanescente entre o valor do bem expropriado e o montante da dívida, caso o primeiro supere o segundo.

O Código Civil veda expressamente o pacto comissório, conforme os artigos 1.365 e 1.428. Em particular, o artigo 1.365 estabelece o seguinte: “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” (Brasil, 2002).

Por sua vez, Terra e Guedes (2017, p.54), a esse respeito, propõem a seguinte reflexão:

A proibição do pacto comissório serve a duas principais funções: (i) proteger o devedor e (ii) preservar o princípio da *par conditio creditorum*. No que tange à primeira finalidade, é preciso reconhecer que, tal como concebida, a vedação ao pacto comissório é, de fato, instrumento voltado à proteção do devedor. Em verdade, se a cláusula fosse admitida no direito brasileiro, o credor, de regra, optaria por exercer a prerrogativa de se apropriar do bem objeto da garantia, sempre que seu valor superasse o da dívida por ele garantida.

As autoras aludem, primeiramente, à função essencial de assegurar que o devedor não seja submetido a um ônus desproporcional ao firmar um contrato que contenha cláusulas de garantia, as quais poderiam ensejar o enriquecimento sem causa do credor. Tal enriquecimento ocorreria em detrimento do devedor, que se veria

obrigado a conceder um bem em garantia de forma desproporcional e injusta. Essa função, portanto, visa a coibir o desequilíbrio contratual e proteger o devedor contra abusos que comprometam a equidade nas relações contratuais.

Os contratos que estabelecem tais garantias são, usualmente, firmados por adesão, isto é, o devedor subscreve um acordo cujas cláusulas são previamente estipuladas e redigidas pelo credor. Assim, a vedação ao pacto comissório tem por objetivo proteger o devedor, que, diante da necessidade de adesão ao contrato de crédito, pode ser compelido a aceitar cláusulas abusivas, resultando em prejuízos, especialmente por ser a parte hipossuficiente e, portanto, mais vulnerável no momento da celebração contratual.

Em mesmo sentido, Adolfo Wegmann Stockebrand (2009, 110), diz o seguinte:

Esta teoria, geralmente designada por “proteção jurídica do devedor”, na medida em que procura proteger os seus interesses contra possíveis abusos por parte do credor, significa, em suma, que o devedor não manifestaria consentimento válido ao aceitar o pacto, uma vez que a situação de necessidade ou carência em que se encontrasse restringiria a sua liberdade, de modo que esse consentimento, por ser forçado, não seria juridicamente válido. (tradução nossa)

A segunda finalidade da proibição do pacto comissório, por sua vez, está associada ao princípio do *par conditio creditorum*, segundo o qual os credores com iguais qualidades de crédito devem receber tratamento paritário. Assim, considerando que, pelo pacto comissório, o credor não está obrigado a restituir ao devedor o saldo remanescente, este credor se beneficiaria em detrimento dos demais, que eventualmente aguardariam a disponibilidade desse saldo para a quitação de suas respectivas obrigações.

No ordenamento jurídico pátrio, o pacto comissório, inicialmente previsto no Código Civil de 1916, tinha caráter de cláusula resolutória em contratos de compra e venda. Ele permitia que, em caso de inadimplemento do comprador, o vendedor desfizesse o contrato automaticamente, sem a necessidade de recorrer à via judicial. Esse mecanismo conferia ao credor um poder significativo para retomar o bem vendido, caso o preço não fosse pago, o que, com o tempo, gerou questionamentos sobre sua equidade e impacto, conforme pode-se observar da lição de Arnaldo Rizzardo (2023, seção 310):

Em termos amplos, o pacto comissório dava ao vendedor a opção entre rescindir a venda e exigir o preço. Mas, proposta a demanda por uma das alternativas, já não podia o vendedor variar de pedido. Para exercer esta

opção, concedia o Código revogado ao interessado a dilação de dez dias, contado o período do vencimento do prazo fixado para o pagamento do preço. Se neste interregno não pedia o preço, entendia-se que havia optado pela rescisão, a qual se operava de pleno direito.

Posteriormente, com a promulgação do Código Civil de 2002, a proibição do pacto comissório passou a ser explicitamente vinculada aos contratos de garantia, como penhor, hipoteca e alienação fiduciária. O art. 1.428 torna nula qualquer cláusula que autorize o credor a ficar com o bem dado em garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Essa proibição visa a evitar que o credor possa se apropriar do bem de forma automática, protegendo o devedor de um desequilíbrio contratual que poderia resultar na ruína desproporcional de seu patrimônio.

Assim, com a vedação expressa ao pacto comissório, o legislador brasileiro busca salvaguardar o devedor contra abusos, impedindo a apropriação automática de bens pelo credor sem a devida contraprestação pecuniária. Isto é, considerando que tal proibição decorre da própria natureza da propriedade fiduciária, a qual se destina exclusivamente a garantir o cumprimento da dívida assumida pelo devedor — conforme anteriormente explanado — e que deve ser exercida dentro dos estritos limites dessa obrigação, não há obstáculo à adoção de mecanismos que mitiguem os efeitos negativos que a proibição do pacto comissório almeja evitar.

Nesse contexto, o pacto marciano foi considerado lícito no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do Enunciado 626 da VIII Jornada de Direito Civil (Brasil, 2018), o qual dispõe da seguinte redação:

ENUNCIADO 626 – Art. 1.428: Não afronta o art. 1.428 do Código Civil, em relações paritárias, o pacto marciano, cláusula contratual que autoriza que o credor se torne proprietário da coisa objeto da garantia mediante aferição de seu justo valor e restituição do supérfluo (valor do bem em garantia que excede o da dívida)

Alinhados a este entendimento, diversos autores e doutrinadores advogam tanto pela licitude do pacto marciano, como pela possibilidade de sua aplicação, como é o caso de Terra e de Guedes (2016, p. 28):

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 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 adequa às necessidades do mercado e, sobretudo, à realidade brasileira.

Os pressupostos de validade do pacto marciano, portanto, envolvem dois elementos fundamentais que garantem a sua legitimidade e distinção em relação ao pacto comissório. Para Monteiro Filho (2017, p. 83), os dois elementos constitutivos são (i) a transferência de propriedade e a (ii) aferição do justo valor do bem:

Mostram-se recorrentes, pois, na análise de cada conceito formulado, pelo menos duas ideias centrais. A primeira, que também se faz presente na sistemática do pacto comissório, consubstancia-se em que o credor se torna proprietário da coisa objeto da garantia, expressa por fórmulas análogas — “a propriedade da coisa se transfere”, “faz sua a coisa objeto da garantia” ou “fica com a garantia”. A segunda ideia essencial à concepção do pacto marciano — esta, por sua vez, ausente no mecanismo da cláusula comissória — reside no fato de que a aquisição da propriedade ocorrerá após aferição do justo valor do bem dado em garantia, revelada de forma diversa em diferentes trechos, tais como “justa estimação do valor da coisa” e “preço justo”.

Um vez que se reconhece a transferência de propriedade resolúvel, em caráter pleno, do devedor para o credor, e também a justa avaliação prévia e independente, assegurando-se que o valor do bem esteja em conformidade com o preço de mercado no momento de execução da dívida, resta declarado não somente a distinção funcional e estrutural entre o pacto marciano do comissório, mas também os elementos que lhe conferem validade.

O primeiro requisito essencial é que a apropriação do bem pelo credor só poderá ocorrer mediante uma avaliação prévia e independente, realizada por um terceiro imparcial após o inadimplemento.

Diante do exposto, uma vez efetivada a transferência plena da propriedade do devedor ao credor e, ademais, reconhecida a avaliação justa, prévia e independente, que assegure a adequação do valor do bem ao preço de mercado vigente à época da execução da dívida, restam evidenciadas não apenas as distinções funcionais e estruturais entre o pacto marciano e o pacto comissório, mas também os elementos que conferem legitimidade jurídica ao primeiro, enquanto ocorre a expressa vedação ao segundo.

O segundo pressuposto de validade, o qual é extraído do próprio conceito do instituto, é que, uma vez avaliado e alienado o bem, o credor está obrigado a restituir ao devedor a diferença entre o valor do bem e o montante da dívida. A devolução do saldo ao devedor reforça o caráter justo do pacto marciano, garantindo que o credor

recupere apenas o valor correspondente ao débito, e não se aproprie de um montante superior, o que seria considerado abusivo.

Ao atender a esses requisitos — transferência da propriedade, avaliação imparcial do valor do bem, devolução do excedente — o pacto marciano se apresenta como uma forma legítima e equilibrada de garantir o cumprimento das obrigações, sem violar os direitos do devedor ou comprometer o equilíbrio contratual.

3.3 ELEMENTOS ESTRUTURANTES E PROCEDIMENTAIS DO PACTO MARCIANO

Conforme delineado no tópico precedente, a cláusula marciana encerra três elementos constitutivos que alicerçam sua conceituação, atribuindo-lhe tanto legitimidade quanto legalidade. Destarte, neste tópico, o propósito fundamental é apresentar tais elementos como pilares estruturantes do pacto, capazes de dotá-lo de mecanismos hábeis a qualificá-lo como um instrumento jurídico eficaz à autotutela executiva.

Como bem leciona Theodoro Júnior e Andrade (2021, p.4) “são admissíveis vários formatos de pacto marciano, mas se deve ter sempre em conta que, para sua validade, é preciso assegurar que o devedor receba eventual valor excedente do crédito”. Em síntese, não obstante a delimitação conceitual do pacto marciano e as diversas formas de sua aplicação e adaptação, a essência que se busca preservar é a obrigatoriedade da restituição ao devedor de qualquer valor que exceda o montante devido.

Nessa senda, dada a amplitude de abrangência do instituto em questão, a exposição estrutural do pacto marciano, aqui, se limita à sua aplicação no âmbito da alienação fiduciária de bens imóveis. Tal delimitação justifica-se pela singularidade de cada modalidade de garantia, que exige uma conformação específica. Assim, a ideia central reside em delinear a estrutura do pacto, sem perder de vista o recorte temático previamente estabelecido.

O primeiro elemento, que se refere à transferência de propriedade do patrimônio do devedor para o do credor, valer-se-á do pacto marciano como instrumento de consolidação dessa titularidade. Cumpre notar que, diante do inadimplemento, o bem previamente ofertado em garantia assumirá seu papel preponderante, destinando-se à satisfação da obrigação anteriormente constituída. Dessa maneira, o pacto marciano opera como meio para consolidar a propriedade,

que antes se encontrava sob condição resolúvel, conferindo-lhe caráter pleno em favor do credor.

No contexto da alienação fiduciária de bens imóveis, Monteiro Filho (2017, p. 85) refere-se a esse instituto como uma "aquisição da propriedade". Isso ocorre porque, conforme abordado no primeiro capítulo, ao tratar da propriedade fiduciária, a transferência da titularidade ocorre no momento da constituição da alienação fiduciária, com o registro no cartório de imóveis. Dessa forma, em respeito ao rigor técnico, o autor preferiu denominar essa transferência como aquisição da propriedade pelo credor fiduciário.

O primeiro elemento mencionado, conforme se pode observar, não difere dos demais modos de execução, sejam eles judiciais ou extrajudiciais, uma vez que, em ambos os casos, haverá a transferência de propriedade. Por outro lado, o segundo elemento, ao exigir a aferição do valor justo do bem dado em garantia, distingue-se tanto dos métodos tradicionais de execução quanto do pacto comissório.

A partir da aferição do valor justo do bem, a aquisição da propriedade pelo credor, seja ele fiduciário ou envolvido em outra modalidade de garantia, assegura que não haja desproporcionalidade na medida, visto que haverá a estrita diferenciação entre o valor do bem dado em garantia e o valor da dívida. Ademais, considerando que tal avaliação deve ser realizada por um terceiro imparcial, o preço justo do bem será arbitrado, garantindo sua transferência ao credor conforme estipulado na garantia.

Desse modo, é imprescindível ressaltar que a referida avaliação não pode, em hipótese alguma, ser realizada pelo próprio credor, uma vez que é fundamental que tal aferição assegure a imparcialidade necessária para garantir a segurança jurídica. Assim, o procedimento exige a participação de um terceiro independente, escolhido pelas partes para desempenhar essa função.

É a posição de Lafayette Rodrigues Pereira (1943, p. 21). Vejamos:

Esta proibição tem por fim proteger o devedor, sob a pressão da necessidade de momento, contra as exigências avaras do credor. É igualmente proibido pela mesma razão pactuar-se que a coisa ficará ao credor pelo preço em que ele a estimar. É permitido, porém, porque não subsiste a dita razão, estipular-se a venda da coisa ao credor pelo preço que for estimado por avaliadores

No trecho mencionado, Lafayette Rodrigues discorre sobre a proibição em relação ao pacto comissório, ressaltando, contudo, que esse entendimento pode ser ampliado também para abarcar o pacto marciano. Isso ocorre porque, sendo uma das

partes diretamente beneficiada pelo valor estipulado, faz-se imprescindível que a avaliação seja conduzida por um terceiro imparcial, alheio ao contrato. Embora o autor não determine expressamente quem será esse terceiro, ele faz alusão à presença de "avaliadores".

O procedimento de aferição do justo valor do bem não é padronizado em todos os ordenamentos jurídicos que adotam o pacto marciano como modalidade de execução de garantias em casos de inadimplência. No entanto, no sistema legal brasileiro, embora o pacto marciano seja permitido, não há um procedimento formalmente estabelecido que assegure sua execução.

Com base nesse entendimento, Pinto (2018, p. 162) apresenta o seguinte exemplo, envolvendo a figura de um terceiro "avaliador":

Inexiste no Brasil o *appraiser*, figura comum no Direito norte-americano. Trata-se de uma pessoa que avalia propriedades imobiliárias para fins judiciais ou extrajudiciais, normalmente investida de fé pública. O *appraiser* poderia, com fé pública, estabelecer o valor do bem para fins do contrato de forma rápida e segura. Avaliado o bem, as partes poderiam aplicar o pacto marciano, garantindo ao devedor-fiduciante a devolução do que sobejar a diferença entre o valor do bem avaliado e o valor da dívida.

Além da necessidade de que o valor justo seja avaliado por um avaliador imparcial, outro ponto que requer atenção especial é o momento em que essa avaliação será realizada. A esse respeito, destaca-se o entendimento de Monteiro Filho (2018, p.94):

Para efeito de aquisição pelo credor da propriedade plena da coisa dada em garantia, não parece haver uniformidade entre as fontes quanto ao exato momento em que se deve proceder à apuração de seu valor, identificando-se os seguintes entendimentos: (i) antes do vencimento da dívida; (ii) no seu vencimento; (iii) no inadimplemento e (iv) na efetiva aquisição da propriedade.

O momento em que ocorre a avaliação de um bem influencia diretamente o seu valor, uma vez que a depreciação ou valorização do bem oferecido como garantia pode variar de acordo com o período em que a avaliação é realizada. Isso é particularmente relevante no caso de bens imóveis, pois diversos fatores podem impactar o seu valor com o passar do tempo. Portanto, assegurar que a avaliação seja feita no momento adequado é essencial para garantir que a transferência de propriedade ocorra com base em um valor justo.

Conforme será discutido no terceiro capítulo, no contexto da alienação fiduciária de bens imóveis, a avaliação do bem realizada no momento da constituição

do contrato de garantia pode resultar em sua venda sem levar em conta fatores como benfeitorias no imóvel, que aumentam significativamente seu valor de mercado, ou melhorias na localização, que conferem uma posição privilegiada e impactam diretamente na valorização do bem, elevando seu valor venal.

Cumpra-se destacar que o termo "venda", nesse contexto, pode ser empregado tanto para se referir à transferência de propriedade realizada no pacto marciano e sua subsequente venda pelo credor, quanto para designar a alienação em caso de execução extrajudicial por meio de leilão. Embora estejamos tratando especificamente do procedimento do pacto marciano, nada impede que essa reflexão se estenda ao procedimento tradicionalmente aplicado em casos de inadimplemento de contratos de alienação fiduciária de bens imóveis.

De acordo com a lição de Monteiro Filho (2017, p. 97), o momento mais adequado para realizar a avaliação do bem é durante a aquisição do domínio, ou seja, no instante em que ocorre a transferência de propriedade:

Assim, pode haver interregno temporal entre os instantes de surgimento da obrigação e de transmissão de propriedade, de modo que se faz mais apropriada a avaliação do bem no efetivo momento da aquisição do domínio. Precedendo a aferição a este momento, a variação do valor do bem poderia gerar enriquecimento indevido tanto a favor do credor, no caso de valorização do bem, quanto a benefício do devedor, na circunstância de desvalorização. E é justamente tal desequilíbrio que o pacto marciano se presta a coibir.

Com o objetivo de eliminar qualquer vestígio de ilegalidade na medida, o último elemento constitutivo do pacto marciano é precisamente o dever do credor de restituir ao devedor qualquer saldo remanescente que exceda o valor obtido com a venda do imóvel.

Como consequência da referida regra, surgem algumas possibilidades. A primeira delas ocorre quando o valor do bem oferecido em garantia excede o valor da dívida, cabendo ao credor a obrigação de restituir ao devedor o eventual saldo remanescente. A segunda hipótese é a de que o valor do bem e o da dívida sejam equivalentes, extinguindo a obrigação para ambas as partes. Por fim, se o valor da dívida for superior ao do bem, recai sobre o devedor a responsabilidade de quitar o saldo remanescente da dívida.

Vê-se, portanto, que o pacto marciano assegura o equilíbrio contratual ao impedir qualquer forma de enriquecimento ilícito por parte do credor. Isso ocorre porque, em caso de inadimplemento, o credor somente poderá se apropriar do bem

dado em garantia após a devida avaliação do seu valor, sendo obrigado a restituir ao devedor qualquer saldo excedente decorrente da venda. Além disso, o pacto reforça a preservação do sistema de garantias, garantindo a eficácia do instituto ao assegurar ao credor o recebimento do crédito concedido.

A utilização do pacto marciano no sistema de garantias envolve a autonomia privada das partes, que, exercendo sua autonomia negocial, podem optar por integrá-lo ao instrumento contratual que formaliza a alienação fiduciária. Incorporado ao contrato, o pacto desempenha sua função cautelar e, em caso de inadimplemento, viabiliza a autotutela executiva, conforme se aprofundará no capítulo subsequente.

4 - O PACTO MARCIANO COMO UM INSTRUMENTO DE AUTOTUTELA EXECUTIVA NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

Os conceitos previamente expostos seguem uma narrativa coerente que se dedica a unir, neste capítulo, dois elementos fundamentais: o pacto marciano e a alienação fiduciária. Ambos, devidamente descritos e apresentados em suas naturezas jurídicas e finalidades, convergem para uma alternativa eficaz de aprimoramento do sistema legal de garantias, especialmente a partir da possibilidade de autotutela executiva.

A autotutela executiva configura uma modalidade em que as partes envolvidas na relação jurídica podem, por meios próprios, proteger seus direitos na promoção da execução. Nesse contexto, o pacto marciano, devidamente revestido de legalidade, insere-se nos contratos de crédito, mediante alienação fiduciária de bens imóveis, permitindo ao credor a apropriação da propriedade dada em garantia, com as devidas nuances do pacto marciano, tornando o procedimento mais ágil, eficiente e menos oneroso para ambas as partes.

4.1 A AUTOTUTELA EXECUTIVA COMO UM ELEMENTO DA AUTONOMIA PRIVADA

O pacto marciano, detalhadamente abordado no capítulo anterior, configura-se como um instrumento jurídico inserido no conceito de autotutela executiva, isto é, encontra-se estabelecido fora dos mecanismos judiciais de execução. Trata-se, portanto, de um meio alternativo legítimo e reconhecido de expressão da autonomia privada, o qual possibilita às partes a defesa direta de seus direitos.

No entanto, ainda que esse mecanismo funcione de forma autônoma, permanece a possibilidade de fiscalização estatal quanto ao exercício da autotutela privada, assegurando, assim, o controle de sua aplicação. A propósito, a autonomia privada, nas palavras de Gabriel Machado Marinelli (2017, p. 139), é:

A autonomia privada, por sua vez, é princípio do Direito Privado que confere, ao sujeito de direitos, poderes de autodeterminação, isto é, poderes para estabelecer um regramento específico acerca de seus atos e que representa fonte de efeitos jurídicos.

O mencionado princípio, nas palavras de Amaral Neto (2010, p.3), “surge como um poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica”.

Com efeito, a autonomia privada realiza-se nos espaços em que o poder jurídico estatal reconhece e regula, sendo que seu exercício ocorre dentro dos limites legais. Dessa forma, à medida que se reconhece a liberdade e a autonomia com base no princípio mencionado, cumpre destacar que tal prerrogativa não se reveste de caráter absoluto. A própria legislação que regula o exercício da liberdade individual estabelece, simultaneamente, restrições, de modo que a manifestação da vontade do indivíduo somente passe a produzir efeitos jurídicos quando observados os limites impostos pela ordem legal.

Um exemplo clássico de autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade contratual, que faculta às partes, de acordo com sua autonomia de vontade e com base em um caráter essencialmente subjetivo, celebrar contratos de maneira livre. Contudo, há diversos elementos intrínsecos ao próprio direito contratual que vedam cláusulas ou disposições que contrariem o equilíbrio contratual, a boa-fé objetiva e outros princípios voltados à proteção das partes contratantes. O Código Civil (Lei nº 10.406/02), determina o seguinte:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) (Brasil, 2002).

Observa-se que a liberdade contratual está intimamente vinculada aos limites delineados pela própria legislação. Assim, é imperativo que as partes, ao exercerem a faculdade de auto regulamentar seus interesses, não contrariem quaisquer preceitos legalmente estabelecidos.

Marinelli (2017, p. 149) afirma que “pela autonomia privada verifica-se a liberdade das partes tanto de contratar como de estabelecer o conteúdo do negócio jurídico”. Assim, seguindo os estritos limites legais, nada impede que as partes adotem, em decorrência da autonomia privada, mecanismos adequados para atuação dos direitos, reformulando o seu conteúdo, e dando-lhes uma roupagem mais eficaz e dinâmica, como é o caso da autotutela executiva.

O mencionado instituto da autotutela executiva é uma das performances de valorização da autonomia privada, na medida em que faculta ao credor a possibilidade

de satisfazer diretamente o seu direito creditório, dispensando a intervenção judicial, configurando uma forma de autossatisfação desse direito. Nas palavras Érico Andrade e Humberto Theodoro Junior (2024, p. 110):

A autotutela executiva vem ganhando novos contornos como importante mecanismo de tutela de direitos, especialmente quando gerados pela autonomia negocial das partes, instituído pela via contratual, perspectiva em que o próprio credor exerce a função executiva-satisfativa da obrigação na via extrajudicial.

De fato, a autotutela executiva opera no sentido de dispensar a tutela judicial processual para a satisfação de um eventual direito material inadimplido, reconhecendo que o processo judicial é lento e oneroso para as partes. Nesse contexto, promove-se a possibilidade de que os próprios interessados, munidos de instrumentos jurídicos adequados, possam buscar diretamente a satisfação de seus créditos.

Em mesmo sentido Andrade, Gonçalves e Milagres (2021, p. 2) comentam:

No âmbito da realização dos direitos materiais inadimplidos, a partir da valorização atual da autonomia privada e do reconhecimento das dificuldades que os meios estatais – e mesmo não estatais – têm encontrado para a realização dos direitos – em razão, por exemplo, da reconhecida lentidão e custos do processo estatal ou dos custos e dificuldades implicados na arbitragem –, encontra-se, no direito comparado, recentíssima reflexão sobre autonomia privada e tutela de direitos fora do processo (estatal e não estatal, como a arbitragem ou mediação), a partir do surgimento de novos meios, designados de autotutela executiva, que possibilitam a realização direta do direito pelo seu titular e podem levar até mesmo à releitura ou ao repensamento da tradicional proibição da autotutela.

Cumprido esclarecer que a autotutela executiva não se confunde com o movimento de “desjudicialização da execução”, isto porque, enquanto um se concentra na “não-judicialização”, mas encontra amparo nos próprios instrumentos executivos estatais, o outro se concentra em as próprias partes realizarem a justiça. Nas palavras de Márcio Carvalho Faria (2023, p. 13):

O termo “desjudicialização” (associado à ideia de atuação judicial) remete ao desenvolvimento de procedimentos dissociados da atuação jurisdicional clássica a qual se dá por meio do processo, mas, não necessariamente, fora dos espaços judiciários.

Por sua vez, Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade (2021, p. 3), propõem a mencionada diferenciação ao sugerirem que, enquanto a autotutela executiva

concede às partes a prerrogativa de conduzirem diretamente o rito executivo, sem a intervenção estatal, a desjudicialização representa um movimento que visa afastar o rito judicial, embora o faça ainda dentro da esfera estatal. Isso ocorre porque a execução extrajudicial é realizada por um ente estatal, como exemplificam as execuções conduzidas por órgãos cartorários:

A autotutela em geral, numa primeira aproximação, exprime a ideia de que o exercício dos remédios para atuação dos direitos é realizado pelo próprio titular do direito violado ou ameaçado, indicando a doutrina italiana que a autotutela implica na possibilidade de a parte realizar a “justiça” por si mesma e, por isso, não se confundiria com outras formas de realização dos direitos fora da justiça estatal, como a arbitragem ou outros métodos de solução de conflitos extrajudiciais que envolvem a atuação da figura de um terceiro para atuação dos direitos, razão pela qual a autotutela se diferencia, por exemplo, da “desjudicialização” da execução em sentido estrito que, como se verá mais adiante, tende a se desenvolver sob a gestão de um terceiro, seja este um notário ou outro profissional que atue como agente de execução.

Portanto, a autotutela executiva, como expressão da autonomia privada entre as partes, vale-se de mecanismos diversos para que o credor obtenha a satisfação de seu crédito em caso de inadimplemento, estruturando o procedimento de maneira proporcional ao interesse das partes envolvidas. A ideia central é a de que “a autotutela implica a possibilidade de a parte realizar “justiça” por si mesma” (Andrade, Érico; Júnior, Humberto Theodoro. 2024, p. 107).

Por outro lado, a “desjudicialização”, como o próprio termo sugere, remete à utilização de meios extrajudiciais. No entanto, esses meios não se encontram, obrigatoriamente, desvinculados do aparato estatal. Um exemplo de desjudicialização pode ser observado no processo de alienação fiduciária de bens móveis e imóveis, que, por meio de instrumentos estatais, possibilita que todo o procedimento executivo, em caso de inadimplemento, seja conduzido por vias extrajudiciais, como as cartorárias, por exemplo. Logo, não passa pelo procedimento executivo judicial, mas, mesmo no procedimento extrajudicial, o aparato é estatal.

Os autores mencionados, Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade, ao proporem uma análise sobre a autotutela executiva, recorrem ao direito comparado para explicar e expor as nuances desse instituto. Com tal pretensão, apresentam o pacto marciano como um instrumento de execução, que, conforme já exposto, possibilita ao credor apropriar-se do bem oferecido em garantia no caso de inadimplemento, mediante a adequada avaliação do valor venal do bem. Ademais, o

pacto estabelece a devolução da quantia excedente, caso o valor do bem supere o montante da dívida.

No direito italiano, o pacto marciano configura-se como um dos mecanismos de autotutela executiva, que, com base na autonomia negocial entre as partes, é incorporado ao contrato. Com a expressa anuência do devedor, o credor obtém o direito de satisfazer diretamente o seu crédito em caso de inadimplência. Nesse sentido, destacam os autores anteriormente citados:

O pacto marciano, portanto, constitui interessante mecanismo de que as partes podem se valer, com base na sua autonomia privada, que promove aceitável incursão da autonomia negocial no terreno da responsabilidade patrimonial e da execução forçada do crédito, via atuação do remédio extrajudicial da autotutela executiva, que se coloca ao largo da vedação do pacto comissório e da hoje inexistente exclusividade da tutela jurisdicional executiva. (Andrade; Theodoro Júnior, 2024, p. 117).

Considerando a relevância da autonomia privada enquanto princípio fundamental para a concretização da justiça, a qual é promovida pelos próprios envolvidos na relação jurídica, a autotutela executiva desponta como um mecanismo capaz de conferir celeridade aos procedimentos de execução, oferecendo uma alternativa mais econômica e eficiente em relação ao rito judicial tradicional.

Nesse sentido, o pacto marciano, inserido como um instrumento de autotutela executiva no âmbito das relações creditícias, desempenha uma dupla função (Andrade; Theodoro Júnior, 2024. p. 117) . Primeiramente, atua como uma medida cautelar incorporada ao contrato que rege essa relação jurídica. Em segundo lugar, no caso de inadimplência, viabiliza uma execução célere, conduzida diretamente pelo credor.

4.2 O PACTO MARCIANO COMO UM INSTRUMENTO ALTERNATIVO DE EXECUÇÃO NO ÂMBITO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

A legitimidade do pacto marciano, no contexto do direito brasileiro, já foi amplamente debatida. Contudo, é oportuno recordar que esse instituto adquiriu respaldo jurídico em nosso ordenamento apenas em 2018, com o Enunciado 626 da VII Jornada de Direito Civil (Brasil, 2018). Entre as justificativas apresentadas para a edição do referido enunciado, destacam-se a função preventiva do pacto e a

preservação do sistema de garantias, proporcionando ao credor, simultaneamente, uma forma mais célere e menos onerosa de satisfazer seu crédito.

As autoras Terra e Guedes (2015, p. 10) defendem que a adoção do pacto marciano constitui "mais uma forma de satisfação do crédito, ao lado do leilão público, cabendo às partes, no exercício de sua autonomia privada, optar por uma ou outra, conforme suas conveniências."

De imediato, as autoras supracitadas introduzem o pacto marciano como uma alternativa legítima e juridicamente válida para suprimir o que denominam "deficiências e insuficiências" (Guedes; Terra, 2015) na regulamentação da alienação fiduciária de bens imóveis. Dessa forma, o pacto marciano desponta como um mecanismo que, ao se amparar na autonomia negocial das partes, oferece benefícios tanto para o credor quanto para o devedor, preenchendo as mencionadas lacunas na disciplina legal.

A primeira lacuna recai sobre a problemática do leilão extrajudicial de bens imóveis. Isso ocorre porque a Lei nº 9.514/97, antes das modificações introduzidas pelo Marco Legal das Garantias, estabelece que, em caso de inadimplemento, a dívida seria extinta após a quitação do crédito mediante a alienação do imóvel em hasta pública. Dessa forma, caso o valor obtido com a venda superasse o montante da dívida, o saldo remanescente deveria ser devolvido ao devedor.

Assim, caso o montante da dívida superasse o valor de arrematação do bem em leilão, com a efetiva alienação do imóvel, o devedor seria exonerado, extinguindo-se a obrigação, ainda que a dívida não fosse totalmente quitada. A situação, portanto, revela uma deficiência na relação contratual, visto que, ao se proceder com a execução pela via extrajudicial, havia clara possibilidade de que a dívida fosse executada e extinta sem a necessária amortização integral de seu valor.

Com o advento do Marco Legal das Garantias (Lei nº 14.711/23), o procedimento extrajudicial passou por significativas modificações. Com a introdução do art. 26-A, §4º, nos contratos de financiamento destinados à aquisição ou construção de imóvel residencial pelo devedor, caso ocorra inadimplemento e o valor obtido na alienação do bem seja insuficiente para a quitação integral da dívida, esta será extinta, de modo que o devedor se libera do débito e o credor passa a dispor livremente do imóvel.

Ainda, o §5º do referido artigo estende essa previsão ao caso em que o credor opte pelo procedimento judicial, reforçando que a norma se aplica ao direito material,

independente da modalidade de execução escolhida. Em contrapartida, a previsão se encontra restrita ao caso de financiamento para fins residenciais, logo, nas demais situações, uma vez frustrada a satisfação do crédito pela via extrajudicial, o credor poderá proceder com a execução na via judicial, procurando sua satisfação com outros bens do devedor.

A título ilustrativo, imaginemos que determinado credor conceda crédito a um devedor, pessoa jurídica, para o financiamento de capital de giro, estabelecendo como garantia um imóvel de sua propriedade. Durante a vigência do contrato, sobrevém a inadimplência do devedor, o que motiva o credor a iniciar o procedimento de execução extrajudicial. Contudo, ao fim do leilão, o valor arrecadado com a alienação do bem revela-se insuficiente para a quitação integral da dívida.

Nessa circunstância, uma vez que não se trata de concessão de crédito ou financiamento para fins residenciais, ao credor será facultado promover a execução judicial do saldo remanescente, visando à satisfação do crédito ainda pendente, mediante a busca de outros bens do devedor, conforme os meios processuais de localização e constrição patrimonial.

A situação exposta, mesmo após as atualizações introduzidas pelo Marco Legal das Garantias, ainda evidência problemáticas que enfraquecem o sistema de crédito e tornam o inadimplemento uma problemática. Em primeiro lugar, a execução extrajudicial acarreta elevados riscos, especialmente pela possibilidade de não se atingir o valor integral da dívida mediante a alienação do imóvel oferecido em garantia, no contexto do leilão. Em segundo lugar, apesar de se tratar de um procedimento menos formal do que a execução judicial, este continua a revelar-se oneroso e moroso, limitando sua eficiência e celeridade.

Em verdade, a execução extrajudicial impõe que, após a realização dos procedimentos necessários à purgação da mora e à notificação do devedor, conforme delineado no item 2.5, seja escolhida a figura do leiloeiro responsável. Em seguida, o imóvel é conduzido à primeira praça, sendo seu valor base o estipulado originalmente no ato de assinatura do contrato de financiamento da alienação fiduciária, conforme procedimento descrito no art. 22 da Lei nº 9.514/97. Assim, o primeiro leilão terá como lance mínimo o valor estipulado no contrato.

Na referida modalidade, caso o imóvel seja arrematado em primeira praça, desconsidera-se por completo o valor de eventuais benfeitorias realizadas pelo devedor. Isso ocorre porque o valor estipulado no contrato é anterior à execução das

melhorias, devido a uma limitação temporal. Como resultado, qualquer valorização do bem ocorrida nesse intervalo de tempo é perdida, em detrimento do devedor.

Ademais, conforme discutido anteriormente, se o primeiro leilão restar infrutífero, o procedimento estabelece que o imóvel seja novamente levado a leilão. Nesse segundo leilão, a regra dispõe que "o piso do segundo leilão é o valor da dívida, vedados, porém, lances abaixo de metade do valor de avaliação do imóvel" (Oliveira; Tartuce, 2024, p. 51). Dessa forma, mesmo com a proibição de arrematação por preço vil – ou seja, abaixo de 50% do valor de avaliação – há a possibilidade de o imóvel ser arrematado por um montante inferior ao estipulado contratualmente, resultando, mais uma vez, na perda do valor agregado pelas benfeitorias realizadas pelo devedor.

O procedimento extrajudicial “visa coibir que a alienação seja feita do modo pela qual se realiza entre particulares, independentemente de leilão ou hasta pública” (2015, p. 7). Assim, há uma limitação para a apropriação definitiva do bem pelo credor antes da frustração do segundo leilão, objetivando, de forma inequívoca, evitar que se configure o cenário previsto no pacto comissório. Ademais, ressalta-se que as normas aplicáveis ao procedimento extrajudicial são de caráter de ordem pública, impedindo que as partes disponham em sentido contrário.

Assim, nada obsta que o credor, antes da realização do leilão, se aproprie do bem por meio do rito executivo previsto no pacto marciano. Importa salientar que as restrições impostas à proibição da apropriação não se aplicam à hipótese de incidência do pacto marciano, cuja validade e legalidade se mostram vantajosas tanto para o devedor quanto para o credor. Nesse sentido, Terra e Guedes (2015, p. 13) ressaltam que o pacto marciano representa uma solução eficaz para as lacunas existentes na disciplina legal:

É manifesta, portanto, a inadequação da disciplina legal, que raramente permitirá ao devedor obter um ressarcimento compatível com os investimentos feitos no imóvel. Também aqui, a apropriação direta e definitiva pelo credor promovida pelo pacto Marciano se afigura a solução mais equitativa e adequada: ao fixar o valor pelo qual o bem deve ser incorporado definitivamente ao patrimônio do credor, o árbitro levará em consideração o estado do imóvel – incluindo as benfeitorias nele realizadas –, e o avaliará pelo preço justo e condizente com as contemporâneas condições do mercado, impondo - se ao credor entregar ao devedor a quantia que sobejar a satisfação de seu crédito.

Nesta perspectiva, o pacto marciano configura-se como uma alternativa que confere maior eficiência ao procedimento executivo. Isso ocorre pois, após a avaliação

do imóvel, o bem será incorporado ao patrimônio do credor pelo valor justo, devendo este restituir ao devedor qualquer eventual saldo excedente. Ademais, considerando que a apropriação do bem pelo credor ocorre em procedimento célere, evita-se, por consequência, a possibilidade de desvalorização do bem — situação comum nos casos de execução judicial, e especialmente quando, após o segundo leilão infrutífero, o credor opta por prosseguir a execução pela via judicial.

O instrumento em questão, por conseguinte, não impede que o credor exija do devedor – caso o valor obtido na venda do imóvel seja inferior ao montante da dívida – o pagamento da diferença remanescente. Desse modo, as possibilidades de exoneração do devedor, excetuadas as referentes a imóveis destinados à habitação, uma vez que estas se vinculam ao direito material, e não ao processual, mantêm-se no pacto marciano. Esse pacto permite ao credor não apenas a economia de custos, ao evitar emolumentos e taxas cartorárias derivadas da execução extrajudicial, mas também a faculdade de demandar o saldo devedor que não tenha sido quitado com a venda do bem.

Nesse cenário, Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade (2024, p. 132), ao concluírem sua obra dedicada à análise da autonomia da autotutela executiva e do pacto marciano, apresentam a seguinte proposição:

Tais características do marciano “útil” asseguram tanto a posição do credor, oferecendo mecanismo célere e eficiente para satisfação direta do crédito, quanto do próprio devedor, com a garantia procedimental da apuração do valor do bem por perito especializado e imparcial, escolhido de comum acordo por ambas as partes. O pacto marciano, permeado por tal garantia procedimental, se mostra benéfico para o devedor, que nem judicialmente tem assegurada a aplicação do preço justo ou preço de mercado do bem; ao que se soma a obrigação do credor de restituir ao devedor eventual valor a maior do bem em relação ao crédito. Ademais, pode-se considerar que a venda ou expropriação extrajudicial também pode favorecer o devedor, ao se considerar que sua realização, no âmbito do processo de execução, além de lenta e ineficiente, implica a imobilização improdutiva do bem por longo prazo e não assegura, por si só, que o bem irá alcançar preço adequado.

Em síntese, os autores demonstram que, além das lacunas previamente expostas, há um aspecto de fundamental importância que não deve ser ignorado: a segurança jurídica em relação ao devedor. Os métodos convencionais de execução – seja pelo rito judicial, seja pelo extrajudicial – visam prioritariamente assegurar que o crédito retorne ao credor em tempo hábil. Tal enfoque não constitui, em si, um

equivoco; contudo, observa-se uma carência de atenção voltada à tutela dos direitos do devedor.

A título ilustrativo, considere-se a situação de uma pessoa jurídica que adquire um imóvel financiado para fins de moradia, sendo este o único bem passível de aquisição por determinado indivíduo. Durante o contrato, o devedor estabelece residência no imóvel e realiza benfeitorias, como a construção de área de lazer e alterações na estrutura, além de usufruir de uma valorização natural do imóvel devido a mudanças na região onde se encontra localizado. Decorrido um certo tempo de pagamento, o devedor, no entanto, torna-se inadimplente, dando início ao rito extrajudicial de execução, ocasião em que o imóvel é alienado em segundo leilão pelo valor correspondente a apenas 50% do montante estipulado em contrato.

Nessa situação, o devedor perde o investimento realizado a título de benfeitorias, assim como os ganhos advindos da valorização espontânea do imóvel, fruto de fatores externos. Pelas normas vigentes, o credor, por se tratar de imóvel financiado para fins residenciais, não poderá exigir o saldo remanescente – o que constitui um ponto positivo para o devedor. No entanto, o devedor se encontra em situação de desequilíbrio patrimonial, assim como o próprio credor.

Observe-se que, de forma concomitante, o devedor sofre prejuízo, pois o imóvel foi alienado por valor inferior ao seu preço venal, desconsiderando-se as benfeitorias realizadas. Por outro lado, o credor também não obteve montante suficiente para a integral satisfação do saldo devedor. Assim, ambas as partes, simultaneamente, são privados do retorno econômico esperado da alienação do bem imóvel.

Dessa forma, utilizando-se da autonomia privada, mediante possibilidade de autonomia negocial, o pacto marciano surge como uma alternativa legítima de autotutela executiva no âmbito da alienação fiduciária de bens imóveis. Por um lado, configura-se como um mecanismo cautelar, incorporado ao contrato de alienação fiduciária; por outro, como meio eficaz de transferência direta da propriedade fiduciária – passando-a do devedor ao credor –, o que torna o processo de execução mais ágil, menos oneroso e capaz de corrigir deficiências no sistema de garantias.

4.3 REQUISITOS E PROCEDIMENTOS PARA A EFETIVIDADE DO PACTO MARCIANO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA IMOBILIÁRIA

A alienação fiduciária de bens imóveis figura como um dos principais instrumentos de garantia para a aquisição da casa própria, “além de ser o principal instrumento no Brasil a possibilitar a conversão de ativos imobilizados em capital, o que gera enormes ganhos econômicos para o país” (Siqueira; Penchel, 2022, p. 17).

Neste sentido, o presente estudo se propõe a explorar a figura do pacto marciano, especialmente no contexto da alienação fiduciária, destacando sua relevância enquanto modalidade de garantia real de ampla preferência. Isso se deve, em grande parte, à consolidação de um sistema que privilegia a segurança jurídica e um procedimento extrajudicial mais célere, do que comparado a outras modalidades de garantia como a hipoteca, além de ser menos oneroso, uma vez não torna obrigatória sua constituição por meio de instrumento público.

Outrossim, conforme discutido, mesmo com as inovações trazidas pelo Marco Legal das Garantias, subsistem aspectos polêmicos anteriores à sua promulgação. Justamente nessas lacunas, o pacto marciano surge como um instrumento executivo alternativo com potencial para aprimorar o procedimento de execução no âmbito da alienação fiduciária de bens imóveis.

Apesar das implicações positivas que o mencionado pacto apresenta nos ordenamentos jurídicos em que possui atuação consolidada, ainda é raramente aplicado no sistema jurídico brasileiro. Ao consultar a jurisprudência do STF e do STJ sobre o referido pacto, verifica-se a ausência de decisões relevantes. Nos tribunais estaduais, embora se encontre um número satisfatório de menções realizadas por desembargadores, em nenhum dos casos identificados observou-se a efetiva aplicação do pacto. Trata-se, de referências por similaridade a alguma cláusula utilizada em contratos, ou, ainda, do repúdio a determinada cláusula por semelhança com a disposição vedada do pacto comissório.

Nesses termos, depreendem-se duas situações paralelas: primeiramente, a ausência de uma regulamentação normativa que estabeleça um procedimento específico para a adoção do pacto marciano fragiliza sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que há possibilidade de análise posterior de validade pelo Poder Judiciário. Em segundo lugar, observa-se a necessidade de instrumentos específicos, como a designação de um terceiro imparcial para a avaliação do imóvel. Assim, alguns elementos podem ser sugeridos como premissas para a utilização adequada do pacto.

Para Marcos Mello Ferreira Pinto (2018, p.162) a aplicabilidade do pacto marciano exige a inclusão de cláusulas específicas no contrato que garantam sua função cautelar (conforme mencionado), além de definir claramente quem será responsável pela avaliação do imóvel e o momento dessa avaliação. Nesse contexto, o autor citado apresenta como exemplo a figura do “appraiser”, profissional amplamente utilizado no direito norte-americano e incumbido de realizar avaliações de propriedades imobiliárias, tanto para fins judiciais quanto extrajudiciais.

No contexto brasileiro, por sua vez, nada impede que as partes possam designar um terceiro, com capacidade técnica notável, para, no momento do inadimplemento, em que o imóvel será consolidado em nome do credor, realizar a avaliação do imóvel, resguardando todas as problemáticas anteriormente mencionadas no tópico 4.2.

Assim, uma vez cumpridos todos os requisitos que conferem validade ao pacto marciano — como a avaliação do imóvel por um terceiro imparcial e a devolução ao devedor do valor excedente ao montante da dívida —, nada impede que o referido pacto seja adotado por instituições financeiras e operadores do direito na formação do contrato, desde que este contenha os elementos constitutivos necessários.

Além dos pontos previamente abordados, cabe mencionar que o pacto marciano não colide com as atualizações propostas pelo Marco Legal das Garantias, pois não impede que o credor, após a alienação do imóvel, ainda possa, judicialmente, buscar a quitação de eventual saldo remanescente da dívida não coberta pela venda. Ademais, a norma que impede que, em financiamentos de imóveis residenciais, o credor perdoe a dívida após a venda do bem, devido à sua natureza material, manter-se-á aplicável independentemente do rito executivo empregado, não gerando risco de uso da cláusula para prejudicar os direitos do devedor.

Nessa perspectiva, o pacto marciano não enfrenta obstáculos à sua aplicabilidade no contexto da alienação fiduciária de bens imóveis, constituindo ainda um elemento capaz de promover maior equidade entre credor e devedor. Em caso de inadimplemento, o pacto assegura segurança jurídica no momento da execução da dívida, além de garantir a devida proteção a todos os direitos envolvidos.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo o presente trabalho, reitera-se a relevância do pacto marciano como instrumento eficaz e legitimador na alienação fiduciária de bens imóveis, especialmente frente ao panorama atual do mercado de crédito e as recentes inovações legislativas introduzidas pelo Marco Legal das Garantias. Ao longo deste estudo, buscou-se examinar detalhadamente os aspectos constitutivos, evolutivos e funcionais do pacto marciano, bem como sua aplicação no âmbito da alienação fiduciária, com vistas à simplificação e maior eficácia do sistema de execução extrajudicial, conferindo maior segurança jurídicas ao credor e devedor.

No primeiro capítulo, foi apresentada uma análise minuciosa dos elementos constitutivos da alienação fiduciária de bens imóveis, aprofundando-se no exame da natureza jurídica deste instituto, além dos sujeitos envolvidos na relação fiduciária e da evolução normativa que culminou no atual regime regulatório. Destacou-se a importância das alterações promovidas pela Lei nº 14.711/2023, que introduziu significativas inovações, como a possibilidade de alienações fiduciárias sucessivas, a figura do agente de garantias e a inclusão de cláusulas de cross default, fortalecendo a segurança jurídica dos contratos de crédito e modernizando o mercado de garantias.

Verificou-se que, embora vantajosa, a alienação fiduciária apresenta lacunas que comprometem sua aplicação plena, como as dificuldades inerentes ao processo de execução extrajudicial, que, em muitos casos, revela-se dispendioso e sujeito a incertezas. Essas problemáticas são agravadas pelas deficiências na disciplina legal do processo de leilão, que pode resultar em frustração dos leilões e depreciação do bem dado em garantia, conforme destacado no terceiro capítulo.

Observou-se que a propriedade fiduciária, uma vez transferida para o credor, possui natureza resolúvel e caráter de patrimônio de afetação, conferindo inviolabilidade até a resolução da obrigação, garantindo proteção ao bem alienado frente a credores quirografários. Ademais, a possibilidade de subalienações fiduciárias trouxe uma nova dinâmica ao mercado de crédito, permitindo que um mesmo bem seja utilizado como garantia para diferentes dívidas, respeitando a hierarquia entre os credores, conforme estabelecido nos parágrafos 3º e 4º do artigo 22 da Lei nº 9.514/97.

O segundo capítulo tratou especificamente do pacto marciano, abordando sua evolução histórica, conceito e validade jurídica, comparando-o ao pacto comissório,

que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme o artigo 1.428 do Código Civil. Verificou-se que o pacto marciano, ao possibilitar que o credor se aproprie do bem dado em garantia mediante avaliação justa e restituição ao devedor de eventual saldo remanescente, configura uma solução mais equânime e menos gravosa, protegendo tanto o credor quanto o devedor.

Esta análise permitiu compreender que o pacto marciano não fere a proibição do pacto comissório e se revela um mecanismo viável para assegurar a autotutela executiva, com respeito aos princípios da função social do contrato e da proporcionalidade. Diferentemente do pacto comissório, o pacto marciano promove um equilíbrio contratual, garantindo que, em caso de inadimplência, o devedor não seja prejudicado pela perda do bem sem uma justa compensação, assegurando a restituição do valor excedente após a venda do bem.

No terceiro capítulo, foram discutidas as problemáticas que persistem no sistema de execução extrajudicial, especialmente no que tange à insegurança e à morosidade do procedimento de leilão, além da possibilidade de depreciação do bem garantido e das dificuldades em assegurar a satisfação do crédito devido. Verificou-se que, embora a alienação fiduciária ofereça vantagens em relação a outras garantias reais, as deficiências na regulamentação da execução extrajudicial ainda comprometem a eficácia do procedimento e geram insegurança tanto para credores quanto para devedores.

Assim, a conclusão deste estudo é que o pacto marciano se apresenta como uma alternativa adequada e eficiente para superar as deficiências e insuficiências do modelo atual de execução da alienação fiduciária de bens imóveis, contribuindo para a promoção da segurança jurídica, da simplificação do procedimento executivo e do fortalecimento do mercado de crédito.

A inclusão do pacto marciano como cláusula executiva nos contratos de alienação fiduciária é capaz de atender aos interesses dos credores, ao proporcionar um meio eficaz de recuperação do crédito, e dos devedores, ao garantir-lhes a devolução de valores excedentes, promovendo um maior equilíbrio contratual e favorecendo a continuidade das relações creditícias.

Finalmente, este trabalho conclui que a adoção do pacto marciano como instrumento de execução alternativa deve ser considerada como uma forma de aperfeiçoar o regime de garantias no direito brasileiro, principalmente em razão das

demandas contemporâneas do mercado de crédito, que exigem soluções cada vez mais céleres e eficazes.

A análise realizada ao longo dos três capítulos permite afirmar que o pacto marciano pode contribuir de maneira significativa para a simplificação do sistema de execução, ao mesmo tempo em que se mostra respeitoso aos direitos dos contratantes, equilibrando as necessidades do mercado e a proteção ao consumidor. Dessa forma, este instituto desponta como um mecanismo valioso e adequado à realidade brasileira, merecendo maior atenção e consideração no âmbito das relações contratuais garantidas

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

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 dos direitos. **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. RT, v. 322, p. 437-476, dezembro de 2021.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, vol. 2, p. 579-606, 2010.

BESSA, Mateus Castello Branco A. **Alienação Fiduciária de Bem Imóvel: Questões Processuais**. São Paulo: Grupo Almedina, 2023. E-book. ISBN 9786556278179. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556278179/>. Acesso em: 11 ago. 2024.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários**. VIII Jornada de Direito Civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018. 145 p.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.906.475 - AM. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 18 maio de 2021. Terceira Turma. Publicação: DJe 20 maio 2021. Disponível em: <https://stj.jus.br>. Acesso em: 14 de agosto de 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo em Recurso Especial nº 1019560, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgamento em 17 de abril de 2018. Publicação: DJe 24 de abril de 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.844.655/MS (2021/0052902-5). Quarta Turma. Relatora: Ministra Maria

Isabel Gallotti. Brasília, DF, julgado em 13 nov. 2023. CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária: negócio fiduciário. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DANTZGER, Afranio Carlos C. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, 3ª edição**. Rio de Janeiro: Método, 2010. E-book. ISBN 978-85-309-4226-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-4226-7/>. Acesso em: 11 out. 2024.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais, 21ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. E book.. ISBN 978-85-309-4392-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-4392-9/>. Acesso em: 10 out. 2024.

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. **Civilística**, ano 4, n. 1, 2015. Disponível em: <https://civilistica.com>. Acesso em: 08 de setembro de 2024.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Pacto comissório vs. pacto marciano: estruturas semelhantes com repercussões diversas. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. RT, março 2018.

FARIA, Márcio Carvalho. Reformar e racionalizar a execução civil: um caminho necessário. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 239-282, jan./jun. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a236>. Acesso em: 01 de outubro de 2024.

KONDER, Carlos Nelson. Controle de validade da cláusula cross default no ordenamento jurídico brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 3, p. 109-121, nov. 2022. DOI: 10.5433/2178-8189.2022v26n3p109. ISSN: 2178-8189.

LEFOSSE ADVOGADOS. Marco legal das garantias: soluções e inovações trazidas pela 14.711. **Lefosse Advogados**, 5 set. 2023. Disponível em:

<https://lefosse.com/noticias/marco-legal-das-garantias-solucoes-e-inovacoes-trazidas-pela-lei-14-711/>. Acesso em: 10 out. 2024.

LUMINOSO, Angelo. Patto marciano e sottotipi. **Rivista di diritto civile**, n. 6, p. 1398-1415, 2017.

MARMO, Leandro. Alienação Fiduciária de Bens Imóveis: **Nulidades e Aspectos Polêmicos de Acordo com a Lei nº 14.711/2023. 2ª edição**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado, Negócios Jurídicos, Representação, Conteúdo, Forma, Prova**. Tomo III.1ª ed. Rio de Janeiro: 1954.

MONTEIRO, Marisa do Rosário Lopes da Silva. **Quo vadis, pacto comissório? O artigo 694.º do Código Civil: da razão de ser ao ludíbrio e deste ao quesito da (des)necessidade de reponderação à luz do paradigma de execução do penhor financeiro**. 2015. 453 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Empresariais) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

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

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Lei das Garantias (Lei nº 14.711/2023): uma análise detalhada. **Coluna Migalhas Notariais e Registrais**. 24 out. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais>. Acesso em: 10 out. 2024.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. TARTUCE, Flávio; **Lei das Garantias: Alienação Fiduciária, Execução Extrajudicial, Cartórios, Desjudicialização e outros Temas**. 1º ed. Rio de Janeiro, Forense, 2024. 248 p.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Coisas. **Coleção Histórica do Direito Brasileiro**. 2ª Edição. Brasília: Senado Federal, 2004.

PINTO, Marcos Mello Ferreira. **SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO BRASILEIRO, CONTRATOS E A CIRCULAÇÃO DE CRÉDITO**. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

ROCHA, Debora Cristina de Castro da; ROCHA, Edilson Santos da. Direitos reais de garantia: hipoteca e alienação fiduciária de imóveis. **Migalhas**, 7 ago. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/391251/direitos-reais-de-garantia-hipoteca-e-alienacao-fiduciaria-de-imoveis>. Acesso em: 07 de Outubro de 2024

SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino. **Novas tendências, diálogos: desjudicialização da execução e Autotutela executiva**. Belo Horizonte: Instituto de Direito Processual, IDpro. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DAhBNAdhWk>. Acesso em: 06 out. 2024.

SIQUEIRA, Alexis Mendonça Cavichini Teixeira de; PENCHEL, Silvia Renata de Oliveira. **Alienação fiduciária**. 2. ed. Rio de Janeiro: COP Editora, 2022. Disponível em: . Acesso em: 11/10/2024.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. A apropriação do objeto da garantia pelo credor: da vedação ao pacto comissório à licitude do pacto marciano. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 70, p. 51-77, jan./jun. 2017. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2017v70p51.

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