LUIZA PERRELLI BARTOLO

Garantias fidejussórias: os contratos de fiança, garantia autônoma e seguro garantia. Aspectos atuais

Dissertação de Mestrado
Orientador: Professor Titular Dr. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2017

LUIZA PERRELLI BARTOLO

Garantias fidejussórias: os contratos de fiança, garantia autônoma e seguro garantia. Aspectos atuais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Civil, sob a orientação do Professor Titular Dr. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2017

Nome: Luiza Perrelli Bartolo

Título: Garantias fidejussórias: os contratos de fiança, garantia autônoma e seguro garantia. Aspectos atuais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Civil, sob a orientação do Professor Titular Dr. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO.

Banca realizada em:

Resultado:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ao meu pai, por me obrigar a ser forte.

À minha mãe, por ser garantidora dos meus sonhos, sem opor a eles, jamais, qualquer exceção.

E à minha irmã, por me ensinar que o Princípio Geral da Vida é Amar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu orientador ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO. Pude gozar, durante três anos, de seu agradabilíssimo convívio. Para sempre, sentir-me-ei honrada de ter sido orientada por ele.

Trabalho no escritório fundado e de titularidade de SERGIO BERMUDES. Inúmeros motivos me fazem ser grata a ele. Nesse momento, agradeço-lhe o fato de possuir uma biblioteca enorme, onde encontrei quase que a totalidade das obras utilizadas neste trabalho. Aos bibliotecários LUIZ CRUZ e DANIELA PALIOTTA: muito obrigada pela colaboração, sempre com boa vontade e, mais importante, bom humor.

O trajeto percorrido para se concluir um mestrado é sempre longo. No meio dele, encontrei JOSÉ REYNALDO PEIXOTO DE SOUZA. Ele leu e opinou sobre cada página deste trabalho, com paciência incansável – e inexplicável, não fosse sua notória generosidade e grandeza de espírito. Querido Desembargador, agradeço-lhe sinceramente por ter me auxiliado com os seus livros, com as suas ideias e, o mais importante, com o seu apoio.

Na fase de maiores dificuldades e inseguranças, três pessoas acolheram-me e ajudaram-me a continuar firme: HELOISA VIANNA, MONICA PERÍN DIEZ e MARIA NAZARÉ BARBOSA. Em sua casa, redigi praticamente toda a dissertação. Eu realmente não sei se teria conseguido concluir este trabalho se não fosse sua valiosa ajuda.

Agradeço ao FERNANDO NAGAO, por ter me alimentado durante esse período. Com amor e com comida. Agradeço também às amigas ALICE KEIKO, BEATRIZ PORCIUNCULA, FLAVIA MORAYAMA, PATRICIA IEZZI e VIVIAN MACEI DRUDI, que se preocuparam e torceram por mim como se estivessem eles próprias redigindo este trabalho: “Amigo fiel é poderosa proteção: quem o encontrou, encontrou um tesouro” (Eclo 6-14).

Não menos importante foi o apoio de DANIELA PAIANO, que obteve recentemente o título de Doutora em Direito Civil, igualmente orientada por ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO. Agradeço-lhe por ter respondido pacientemente todas as minhas dúvidas em uma clara demonstração de que sua vocação é mesmo ensinar.

Por fim, agradeço às minhas avós, por ter certeza de que foram elas que começaram a sonhar esse sonho.

Dai-me a penetração da inteligência,
a faculdade de lembrar-me,
o método e a facilidade do estudo,
a profundidade na interpretação
e uma graça abundante de expressão.

Fortificai o meu estudo,
dirigi o seu curso, aperfeiçoai o seu fim,
Vós que sois verdadeiro Deus
e verdadeiro homem,
e que viveis nos séculos dos séculos.

Amém.

(Trecho final da *Oração* de SÃO TOMAS DE AQUINO para os estudos.)

RESUMO

BARTOLO, Luiza Perrelli. *Garantias fidejussórias*: os contratos de fiança, garantia autônoma e seguro garantia. Aspectos atuais. 2017. 179 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Por meio deste trabalho, buscou-se analisar algumas das difíceis questões que envolvem, atualmente, os contratos de fiança, garantia autônoma e seguro garantia, os quais se inserem no gênero das garantias fidejussórias. A cada dia que passa, os credores desejam obter maior certeza de que, na hipótese de descumprimento das obrigações a cargo dos devedores, as garantias oferecidas pelos últimos serão ágeis e eficazes na reparação dos danos causados. Justamente por isso a garantia autônoma, contrato atípico ao qual nos dedicamos no terceiro capítulo deste trabalho, vem sendo cada vez mais utilizada no âmbito das operações econômicas, sejam elas internas ou internacionais. Muitas vezes as partes querem gozar dos benefícios decorrentes do caráter autônomo da obrigação sem se sujeitar ao regramento, ou melhor, à falta de regramento dos contratos atípicos. Por isso, tem sido extremamente comum se deparar com contratos denominados fiança, contendo a previsão de que o fiador renuncia à possibilidade de opor as exceções extintivas da obrigação garantida. Ocorre que a referida previsão vai de encontro a uma das nuances da acessoriedade, característica intrínseca desse tipo contratual de fiança, sobre o qual se assenta todo o seu regime. Um mecanismo muito usado para conferir agilidade ao funcionamento das garantias tem sido a inclusão da chamada cláusula *on first demand*. Por meio dela, o garante se obriga a fazer o pagamento da quantia prevista ao credor beneficiário mediante a simples informação de que houve o descumprimento por parte do devedor, sem ser necessário comprová-lo. Buscou-se verificar se essa cláusula é compatível com os regimes do contrato de fiança e de seguro garantia, concluindo pela incompatibilidade em relação ao primeiro e pela compatibilidade em relação ao último. O contrato de seguro garantia carrega consigo todas as vantagens inerentes aos contratos de seguro, em especial, a possibilidade de compartilhamento dos riscos por meio do instituto resseguro. Entretanto, o procedimento necessário para a obtenção da indenização é, muitas vezes, penoso para o credor segurado, pois, para demonstrar que o risco segurado se concretizou, ele terá que demonstrar seu caráter culposo. Apresentamos as soluções que nos parecem, atualmente, possíveis para tornar o aludido procedimento, comumente designado de regulação, menos penoso, esperando contribuir, ao menos, para a reflexão sobre o tema.

Palavras-chave: obrigação; cumprimento; garantia; acessoriedade; autonomia; risco; prejuízo; indenização.

ABSTRACT

BARTOLO, Luiza Perrelli. *Fiduciary guarantees*: surety bond agreements, autonomous guarantees and insurance guarantee policies. Current aspects. 2017. 179 p. Dissertation (Master's Degree) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo.

In this study, the author examines certain current issues pertaining to surety bonds, autonomous guarantees and insurance guarantee policies, all of which are classified as 'fiduciary guarantees'. Obligees (contractual 'creditors') increasingly seek a greater degree of certainty that, in the event of breach of contractual duties by the obligors, the performance bonds/guarantees offered by said obligors can be relied upon to effectively and efficiently cover any ensuing losses. It is precisely for this reason that the use 'autonomous guarantee agreements' (which are deemed to be 'atypical contracts' under Brazilian law) is increasing in the ambit of domestic and international economic operations. Frequently, contractual parties wish to benefit from the autonomous nature of guarantee obligations without subjecting the agreement to the rules (or, in many cases, the lack of defined rules) applicable to contracts classified as 'atypical' under Brazilian law. As such, it is very common for surety bond agreements to contain a waiver by the surety of the right to assert legal grounds for the extinction of the guaranteed obligation. Such waivers, however, run contrary to the one of the tenets of accessory contracts. The type of surety bond agreements in question are accessory contracts and all the applicable rules pertaining to such sureties are based on this characteristic of the agreement being an accessory contract. Furthermore, so-called 'on first demand' clauses are increasingly used as a means of promoting agility in the functioning of guarantees. Pursuant to such clauses, the guarantor agrees to effect payment of the stipulated amount to the beneficiary obligee upon presentation of information that the obligor has failed to perform its obligations, with no proof being necessary. In this study, the author considers whether such clauses are compatible with the legal rules pertaining to surety bond agreements and insurance guarantee policies. She concludes that 'on first demand clauses' are not compatible with the rules on surety bond agreements but are compatible with the rules on insurance guarantee policies. Insurance guarantee policies have all the inherent advantages of insurance contracts, in particular the possibility of apportioning the risks by means of reinsurance. However, the necessary procedure for obtaining indemnity is frequently arduous for the insured obligee, in that, in order to demonstrate that the insured risk has materialized said obligee needs to prove the existence of culpability. The author sets out the solutions she considers to be a viable means of easing these difficulties in the loss adjustment process, her main aim being to contribute to further reflection on this issue.

Keywords: obligation; performance; guarantee; accessory nature; autonomy; risk; loss; indemnity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

CAPÍTULO 1 – ENQUADRAMENTO DO ESTUDO 17

1.1 A distinção primária entre garantia geral e garantia especial 17
1.2 Classificação tradicional das garantias especiais 20
1.3 Panorama histórico. As garantias fidejussórias no direito romano 22

CAPÍTULO 2 – O CONTRATO DE FIANÇA 34

2.1 Conceito e características 35
2.2 Requisitos e modalidades 47
2.3 Fiança locatícia 50
2.4 Fiança conjunta 52
2.5 Efeitos 53
2.6 Subfiança e retrofiança 68
2.7 Extinção da fiança 69
2.8 Questões importantes 77
2.8.1 A distinção entre a fiança e a solidariedade 77
2.8.2 O regime da fiança remunerada 80

CAPÍTULO 3 – O CONTRATO DE GARANTIA AUTÔNOMA 85

3.1 Noção 85
3.2 Natureza jurídica. Contrato atípico e causal 87
3.3 Formas de constituição 89
3.4 Sua principal característica: a autonomia 92
3.4.1 Consequências da modificação do contrato-base 94
3.4.2 Modificação do conteúdo da garantia 95
3.4.3 O direito de garantia pode ser cedido? 96
3.5 Modalidades 100
3.6 A cláusula *on first demand* 102
3.7 A fiança *on first demand*. Isso é possível? 104
3.8 Duração da garantia 111
3.9 Execução 113

3.9.1 Obrigações da instituição garante para com o devedor, diante da solicitação da garantia 113
3.9.2 Hipóteses em que a instituição garante não estará obrigada a pagar 114
3.9.3 Meios dos quais o devedor pode se utilizar para impedir a execução da garantia 117
3.10 Regresso 118
CAPÍTULO 4 – O CONTRATO DE SEGURO GARANTIA 123
4.1 Definição de seguro garantia 123
4.2 O contrato de seguro. Breves considerações 124
4.3 Elementos essenciais do seguro garantia 129
4.3.1 As partes 129
4.3.2 O interesse segurável e o risco garantido 133
4.3.3 Proposta e apólice 134
4.3.4 O prêmio 139
4.4 Natureza jurídica do seguro garantia. Seguro de danos 140
4.5 A incidência do princípio indenitário 144
4.6 Seguro por conta de outrem e a favor de terceiro 145
4.7 Acessoriedade ou autonomia? Uma falsa questão 147
4.8 Execução 150
4.8.1 Regulação de sinistro 150
4.8.2 Regulação de sinistro no âmbito do seguro garantia. O segurador como árbitro do descumprimento 152
4.8.3 As exceções oponíveis com fundamento no contrato de seguro 156
4.9 Conclusão da regulação 159
4.9.1 Indenização e sub-rogação 159
4.9.2 Negativa de sinistro 161
4.10 Questões importantes 162
4.10.1 Propositura de ação judicial durante o procedimento de regulação 162
4.10.2 A cláusula *on first demand* no domínio do seguro garantia 165
CONCLUSÃO 169
REFERÊNCIAS 175

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, buscou-se enfrentar algumas das difíceis questões que envolvem, atualmente, os contratos de fiança, garantia autônoma e seguro garantia.

Para tanto, traçou-se, em primeiro lugar, a distinção entre a garantia geral das obrigações e as garantias especiais, estas comumente denominadas caução.

Viu-se que a garantia geral das obrigações corresponde ao patrimônio do devedor, sobre o qual recairá sua responsabilidade em caso de inadimplemento; demonstrou-se, contudo, que a garantia geral pode não se identificar, de forma exata, ao seu patrimônio, existindo bens que, por determinação legal, são impenhoráveis, por exemplo, o bem de família.

No entanto, muitas vezes, os credores não se sentem seguros em contratar possuindo como garantia somente o conjunto de bens penhoráveis constante no patrimônio do devedor. Assim, buscam obter reforços para tal garantia geral, fazendo-o por meio da constituição de garantias denominadas especiais.

Explicou-se que, em geral, as garantias especiais possuem como objeto a atribuição, ao credor, de determinados direitos sobre certos bens do próprio devedor ou de terceiro, ou a responsabilização de outro patrimônio, ou outros patrimônios, pelo cumprimento da obrigação. No primeiro caso, estar-se-á diante de uma garantia real, ao passo que, no segundo, se estará perante uma garantia pessoal ou fidejussória. Os contratos que constituem o objeto do nosso estudo correspondem a contratos de garantia fidejussória.

Traçadas tais distinções, ocupou-se de estudar o surgimento das garantias fidejussórias no seio do direito romano e o tratamento que receberam nesse sistema. Nas origens da fiança, tal como se conhece atualmente, encontra-se a *fideiussio justinianea*, que corresponde, por sua vez, ao desenvolvimento da *sponsio* e da *fidepromisso*. Verificou-se que uma das regras mais importantes do contrato de fiança, isto é, a regra que proíbe ao fiador se obrigar perante o credor de modo mais gravoso do que o devedor (*in duriorem causam*), já vigorava naquele sistema. Em suas *Institutas*, GAIO afirmava que “também neste ponto a

condição de todos, sponsores, fidepromitentes e fidejussores, é idêntica, pois não se podem obrigar de modo a deverem mais do que o devedor principal”.[1]

No segundo capítulo, dedicou-se especificamente ao estudo do contrato de fiança, identificando suas partes, a prestação a cargo do fiador, bem como suas principais características: trata-se de um contrato (a) unilateral; (b) benéfico e solene; (c) *intuitu personae*; (d) gratuito; (e) acessório; e (f) subsidiário.

No tocante à acessoriedade – característica mais importante do contrato de fiança e que integra sua natureza –, destacaram-se suas principais consequências. Em primeiro lugar, qualificando-se a obrigação do fiador como acessória, ela irá seguir, necessariamente, o destino da obrigação principal, a cargo do devedor afiançado. Além disso, conforme já previam os romanos, a obrigação do fiador não poderá ser contraída em condições mais onerosas do que a obrigação principal.

Viu-se também que, em virtude da referida acessoriedade, o fiador poderá opor ao credor, além de suas exceções pessoais, todas as exceções extintivas da obrigação que competem ao devedor principal.

Nesse capítulo dedicado ao contrato de fiança, destacaram-se, por fim, as diferenças entre o seu regime e o regime da solidariedade passiva, assim como as possíveis consequências da previsão da remuneração do fiador.

Em seguida, tratou-se do contrato de garantia autônoma, modalidade atípica de garantia, cada vez mais utilizada nas operações econômicas, sejam elas internas ou internacionais.

A característica mais marcante desse contrato é a autonomia da obrigação de garantia em relação à obrigação garantida; as vicissitudes desta não se comunicam àquela, motivo pelo qual a instituição garante não poderá opô-las ao credor beneficiário no momento em que ele alegar o descumprimento por parte do devedor. Notou-se que a referida autonomia da obrigação não conduz à abstração do contrato: ao contrário, o referido contrato possui

---

[1] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano.* Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2, p. 191.

natureza causal, na medida em que ele desempenha uma função econômico-social própria, isto é, a garantia das obrigações contraídas pelo devedor.

A tais contratos pode se acrescentar a cláusula de pagamento *on first demand* – também chamada de cláusula à primeira solicitação ou cláusula de pagamento automático. Por meio de tal cláusula, a instituição garante se obriga a pagar ao credor a quantia predeterminada, sem poder exigir a comprovação do descumprimento por parte do devedor.

Mostrou-se também que nem todos os contratos de garantia autônoma são automáticos. Em algumas hipóteses, as partes podem optar por não prever a cláusula de pagamento *on first demand*. Nesses casos, a instituição garante, cuja obrigação é autônoma, não poderá opor ao credor quaisquer exceções fundadas na obrigação garantida, mas poderá exigir-lhe que demonstre o descumprimento incorrido pelo devedor.

Atualmente, é muito comum que as partes incluam, em contratos denominados de fiança, a cláusula de pagamento *on first demand*. Buscou-se analisar se tal previsão é compatível com a natureza do contrato de fiança, concluindo, como se verá, que não.

Com efeito, afirma-se que a inclusão da referida cláusula não retiraria da obrigação do fiador seu caráter acessório, na medida em que ele poderia apresentar as exceções extintivas da obrigação principal no âmbito de uma ação de repetição de indébito, a ser proposta contra o credor depois de realizar o pagamento. Entretanto, ao se estudar o contrato de fiança, viu-se que a acessoriedade da obrigação não se esgota na autorização para que o fiador oponha as exceções extintivas da obrigação garantida, mas também impossibilita que ele se obrigue de forma mais gravosa que o devedor principal.

Não há dúvidas de que a cláusula de pagamento *on first demand*, ao obrigar o fiador a pagar imediatamente à solicitação do credor, coloca-o em uma situação mais onerosa do que a do devedor afiançado, traduzindo-se em uma agressão à característica da acessoriedade, sobre a qual se assenta toda a estruturação do contrato de fiança.

No fim do capítulo dedicado à garantia autônoma, destacou-se que sua independência estrutural e funcional se presta, por vezes, a abusos por parte do beneficiário. Assim, caberá a instituição garante se opor ao pagamento sempre que constatar que a solicitação foi feita de modo fraudulento ou com abuso de direito. Foram dados alguns exemplos de possíveis condutas do credor que caracterizam a referida fraude ou o abuso,

salientando que a oposição ao pagamento somente pode ocorrer, contudo, quando a instituição garante dispuser de provas “líquidas e inequívocas” a respeito da fraude e do abuso de direito.

O terceiro e último contrato estudado foi o contrato de seguro garantia, conceituado como um seguro de obrigações e contratado pelo devedor do contrato com a seguradora, que garantirá indenizar o credor pelos prejuízos decorrentes da eventual mora ou inadimplemento do devedor.

Fixaram-se, inicialmente, os elementos essenciais do contrato de seguro: o interesse, o risco, a garantia e o prêmio. Dedicou-se a analisar a natureza jurídica do contrato de seguro; se é um contrato comutativo, na medida em que a obrigação primária do segurador é garantir os riscos que incidem sobre o interesse segurado, ou um contrato aleatório, pois sua obrigação mais relevante consistiria no pagamento da indenização. Posicionou-se por sua natureza comutativa, por entender, na esteira de importantes doutrinadores, que a principal vantagem obtida pelo segurado é a eliminação do “estado de potencial dano”.

Em seguida, passou-se a dedicar especificamente ao contrato de seguro garantia. Trataram-se de seus elementos: (a) suas partes (segurador, tomador e segurado); (b) o interesse segurável e o risco garantido, (c) a proposta e a apólice; e (d) o prêmio a cargo do tomador.

Coube, também, analisar sua natureza jurídica, tema amplamente discutido pela doutrina especializada no tema, que diverge a respeito de sua caracterização como um contrato de fiança ou como um contrato de seguro. Concluiu-se por sua natureza de seguro de danos, identificando tratar-se de um contrato por conta de outrem e em favor de terceiro. Com efeito, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, lei que o regule expressamente. Há, no entanto, a Circular n.º 477, expedida pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), em 30.09.2014, que dispõe a seu respeito, à qual se fez ampla referência.

Ocorrendo o descumprimento da obrigação garantida pelo devedor, o credor segurado irá noticiar tal evento ao segurador; na gíria do mercado securitário, diz-se que o segurado irá avisar ou reclamar o sinistro. Em virtude das características próprias dos seguros de danos, especialmente seu caráter reparatório, a seguradora dará início ao procedimento de regulação do aviso (ou regulação do sinistro), em que verificará se o referido descumprimento se enquadra nos riscos garantidos, se causou danos e, ainda, a extensão dos eventuais danos.

Destacou-se o fato de que, em geral, as apólices de seguro garantia preveem, de forma simplória, que o risco garantido consiste no “descumprimento da obrigação garantida”. Com efeito, no ordenamento jurídico, a caracterização do ato ilícito depende da comprovação da culpa do agente, motivo pelo qual será necessário comprovar que o descumprimento perpetrado pelo tomador possui caráter culposo para conseguir enquadrá-lo nos riscos garantidos.

Nesse sentido, explicou-se que o fundamento para que o segurador se oponha ao pagamento da indenização com base em exceções ligadas à obrigação garantida não decorre do caráter acessório de sua obrigação, mas sim do fato de que, caso o descumprimento seja escusável, o risco garantido não estará concretizado. Aliás, posicionou-se pela natureza autônoma do contrato de seguro garantia.

Muitas vezes, o tomador irá tentar demonstrar que sua conduta não foi culposa, cabendo ao segurador o papel de verdadeiro árbitro do descumprimento. Na realidade, a apuração do referido caráter culposo é efetivamente difícil, fazendo com que o procedimento de regulação demore mais do que o adequado. Sugeriu-se que os riscos das apólices de garantia sejam definidos de modo mais preciso, parecendo possível prever que o risco garantido corresponde ao descumprimento objetivo das obrigações garantidas.

Por fim, analisou-se a questão referente à suspensão do procedimento de regulação na pendência de ação judicial em que se discutam questões com o mesmo objeto ou prejudiciais à regulação, assim como a questão relacionada à inclusão da cláusula de pagamento *on first demand* nas apólices de seguro garantia.

Revela-se muito comum que as partes do contrato garantido pela apólice de seguro garantia, diante do descumprimento imputado ao tomador, proponham ações para discuti-lo, postulando no Poder Judiciário não só a declaração a respeito do seu caráter – se culposo ou não –, como também a reparação eventualmente cabível.

Explicou-se que, quando questões com o mesmo conteúdo ou com conteúdo prejudicial às tratadas no procedimento de regulação são submetidas ao Poder Judiciário, as conclusões do segurador a respeito delas não serão oponíveis às conclusões obtidas no âmbito do processo judicial. Logo, por entender que o prosseguimento da regulação pode se revelar inútil, posicionou-se pela sua suspensão quando houver a propositura de ação judicial em tais

condições. A identidade e a prejudicialidade devem, contudo, ser analisadas em absoluta consonância com o princípio da boa-fé objetiva, acolhido pelo art. 422 do Código Civil, segundo o qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

No tocante à inclusão da cláusula *on first demand*, estudou-se a possível função que ela desempenharia nas apólices de seguro garantia. Diferentemente da posição que foi adotada a respeito do contrato de fiança, posicionou-se pela compatibilidade da referida cláusula com as apólices de seguro garantia, desde que se conserve ao segurador a possibilidade de propor uma ação de repetição de indébito caso ele conclua, ao fim da regulação, que os riscos garantidos não se concretizaram, que não houve prejuízos ou que foram inferiores ao montante entregue ao segurado. Desse modo, estar-se-á respeitando um dos principais princípios do seguro de danos, o princípio indenitário.

Na conclusão, buscou-se definir e resumir as possíveis respostas para as principais problemáticas referidas no início desta introdução e abordadas ao longo do trabalho, especialmente às relacionadas à formação de contratos atípicos decorrentes da mescla de elementos característicos de cada um dos contratos analisados.

CAPÍTULO 1 – ENQUADRAMENTO DO ESTUDO

1.1 A distinção primária entre garantia geral e garantia especial; 1.2 Classificação tradicional das garantias especiais; 1.3 Panorama histórico. As garantias fidejussórias no direito romano.

1.1 A distinção primária entre garantia geral e garantia especial

Ao tratar sobre o tema das garantias das obrigações, considerando-as os instrumentos disponíveis para incrementar a possibilidade de satisfação do direito de crédito detido pelo credor, é necessário, antes de tudo, proceder à distinção primária, feita pela lei e pela doutrina, entre a garantia geral e as garantias especiais.

Nas palavras de EDUARDO ESPÍNOLA, "é princípio universalmente reconhecido na moderna concepção do direito obrigacional que o patrimônio do devedor fornece uma garantia geral para os seus credores".[2]

Com efeito, o art. 789 do Código de Processo Civil brasileiro declara que "o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei".

Assim, constatado o inadimplemento do devedor, o credor, valendo-se de um título executivo, poderá recorrer ao conjunto de bens penhoráveis, disponíveis no patrimônio do devedor na altura.

Note-se que a garantia geral das obrigações pode não corresponder, de forma exata, ao patrimônio do devedor, uma vez que existem bens, seja por expressa determinação legal ou por ato de vontade, absolutamente impenhoráveis. O diploma processual brasileiro estabelece

[2] ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951. p. 313.

quais os bens do devedor são impenhoráveis, prevendo, também, as hipóteses em que a impenhorabilidade não pode ser oposta.[3]

Entre os bens impenhoráveis encontra-se o bem de família, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 8.009, de março de 1990, o qual corresponde, nos termos do seu art. 1.º, ao imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar.[4]

O Código Civil de 2002 contém artigos específicos sobre o bem de família. No que se pode considerar um grande avanço, o legislador previu a possibilidade de sua instituição convencional pelos cônjuges ou pela entidade familiar e, inclusive, por terceiro; todavia, o bem de família convencional não pode ultrapassar um terço do patrimônio líquido ao tempo de sua instituição, respeitadas as disposições contidas na lei especial sobre o imóvel residencial, e, quando instituído por terceiro, sua eficácia dependerá da aceitação expressa dos beneficiários.[5]

---

[3] Art. 833. São impenhoráveis: I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II – os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2.º; V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI – o seguro de vida; VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X – - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos; XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII – os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra. § 1.º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição. § 2.º O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8.º, e no art. 529, § 3.º. § 3.º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do *caput* os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

[4] Lei n.º 8.009, de 1990: "Art. 1.º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei".

[5] Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio

Em virtude de sua óbvia relevância para a tutela dos interesses do credor, o ordenamento jurídico conta com meios de conservação da garantia geral das obrigações, tais como o arresto ou o sequestro de bens, atualmente previstos no art. 301 do Código de Processo Civil. ARNOLDO WALD trata a seu respeito nos seguintes termos:

> As medidas conservatórias visam evitar o desaparecimento ou o desvio de certos bens encontrados no patrimônio do devedor e são reguladas pelo Código de Processo Civil, como medidas preparatórias, pois destinam-se a garantir a possibilidade futura de execução da condenação numa ação principal.[6]

Ao lado da garantia geral das obrigações encontram-se as garantias especiais, as quais consistem, conforme concorda a maior parte da doutrina, na constituição de um reforço da garantia geral em benefício de determinado credor. Segundo ANTUNES VARELA, "dizem-se *garantias especiais* os meios destinados a reforçar, em benefício de determinado credor, a garantia *comum* dos credores, dada a todos eles, em pé de plena igualdade, pelo patrimônio do obrigado".[7]

Diferentemente da garantia geral, cujo surgimento é concomitante ao surgimento do próprio crédito, as garantias especiais, também denominadas genericamente de caução, podem se constituir em um momento distinto da formação do vínculo obrigacional e do crédito, mediante um novo acordo de vontades.

Em geral, as garantias especiais possuem como objeto a atribuição, ao credor, de determinados direitos sobre certos bens do próprio devedor ou de terceiro ou a responsabilização de outro patrimônio, ou outros patrimônios, pelo cumprimento da obrigação. Nesse sentido, a lição de ORLANDO GOMES:

> A garantia do cumprimento de uma obrigação, em reforço do vínculo originário, pode ser oferecida pelo próprio devedor ou por terceiro. Quando o devedor vincula um bem ao pagamento da dívida, concedendo ao credor o

---

líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

6 WALD, Arnoldo. *Direito das obrigações.* Teoria geral das obrigações e contratos civis e comerciais. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 158.

7 VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 2, p. 471.

> direito de obtê-lo com o valor daquele, há garantia real, mas se a obrigação originária é reforçada por outra, assumida por terceiro, diz-se que há garantia pessoal. Oferecida esta garantia, haverá duas obrigações: a principal e a fidejussória. Deriva, esta última, da lei, de uma declaração de vontade, ou de um contrato. Quando este é sua fonte, a obrigação fidejussória representa garantia convencional.[8]

Neste ponto, parte-se para uma nova distinção, agora no âmbito das garantias especiais, entre as garantias pessoais e as garantias reais, tudo a fim de delimitar, precisamente, o objeto deste trabalho.

1.2 Classificação tradicional das garantias especiais

Quando o credor não se satisfaz com a garantia geral oferecida pelo conjunto dos bens penhoráveis disponíveis no patrimônio do devedor, ele pode requerer, como se disse, seja-lhe oferecido um reforço da possibilidade de satisfação do seu crédito.

Se o credor opta por acrescer, ao lado do patrimônio do devedor originário, outro patrimônio (ou outros patrimônios), que também se responsabilizará pela satisfação de seu crédito, a garantia escolhida será, então, uma garantia pessoal. Diz-se que se trata de um reforço quantitativo da garantia do credor, dado que ele possuirá um conjunto de bens maior para assegurar a satisfação do seu crédito.

Caso o credor opte, no entanto, por afetar determinado ou determinados bens, disponíveis no patrimônio do devedor, à satisfação preferencial de seu crédito, nessa hipótese, estar-se-á diante, então, de uma garantia real. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO explica que, "com a sua outorga, a coisa dada em garantia fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação",[9] e "dessa sujeição decorre a preferência do credor com garantia real a todos os demais".[10]

Trata-se de um reforço qualitativo da garantia do credor, pois, conquanto a quantidade e o valor dos bens passíveis de responsabilização permaneçam os mesmos, um

---

8 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 536.

9 BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil.* Direito das coisas. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3, p. 323.

10 Idem, ibidem.

específico bem estará afeto à satisfação de seu crédito. Há também a possibilidade de que o bem dado em garantia real não pertença ao próprio devedor, mas sim a terceiro; nesse caso, verificar-se-ão ambos os reforços quantitativos e qualitativos conjuntamente.

Diga-se, por fim, que a distinção tradicional entre garantias pessoais e garantias reais vem enfrentando graves críticas sob o fundamento de existirem, atualmente, figuras que não se encaixam, adequadamente, em nenhum dos dois tipos, por exemplo, a alienação fiduciária e o penhor de créditos.

No caso da alienação fiduciária, não se pode considerá-la simplesmente uma garantia real, porquanto não se limita a atribuir ao credor preferência sobre um bem do devedor ou de terceiro, investindo-o em sua propriedade. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO refere-se a tais nuances do contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel nos seguintes moldes:

> A alienação fiduciária de coisa imóvel é contrato de direito das coisas, que cria limitação à propriedade, que é resolúvel e com escopo de garantia. É um direito real de garantia, limitado em princípio, sobre coisa própria.
> Por esse contrato, utiliza-se a propriedade para fins de garantia, podendo o domínio sobre o imóvel consolidar-se, definitivamente, após a realização do segundo leilão, em caso de inadimplemento do contrato principal.[11]

No tocante ao penhor de créditos, não se vislumbra a transferência da posse da coisa, que caracteriza esse tipo de garantia.

O objeto deste trabalho restringir-se-á ao estudo das garantias pessoais, também chamadas de garantias fidejussórias, mais especificamente ao estudo dos contratos de fiança, garantia autônoma e seguro garantia.[12]

---

[11] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Direito civil.* Direito patrimonial e direito existencial – estudo em homenagem à Professora Giselda Maria Hinoraka. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 615.

[12] Por certo, existem outras modalidades de garantias fidejussórias. O próprio instituto da solidariedade passiva pode ser considerado uma garantia fidejussória, assim como o aval, utilizado para garantir as obrigações decorrentes de títulos de crédito.

1.3 Panorama histórico. As garantias fidejussórias no direito romano

Nas origens da fiança, tal como a conhecemos atualmente, encontra-se a *fideiussio justinianea*, que corresponde, por sua vez, ao desenvolvimento das modalidades de garantia anteriormente praticadas pelos romanos.

Com efeito, conforme relata Robert Villers, "les romains, qui ont de tout temps préféré les sûretés personelles aux sûretés réelle, ont donné um gran développment au cautionnement".[13] Nas palavras do jurista francês, "comme la cooréalitè, le cautionnement a pris naissance dans le cadre de la stipulation".[14]

Como se sabe, a *stipulatio* correspondia a uma modalidade de contrato verbal, caracterizando-se por gerar obrigações somente para o promitente, que aceitava a estipulação. A princípio, era indispensável que as perguntas e as respostas fossem feitas de forma solene.

Nas Institutas, Gaio afirma:

> 92. A obrigação verbal se constitui por meio de uma pergunta e duma resposta; por exemplo: PROMETES DAR? – PROMETO; DARÁS – DAREI; PROMETES SOB PALAVRA? – PROMETO SOB PALAVRA; MANDAS SOB PALAVRA? – MANDO SOB PALAVRA; FARÁS? – FAREI. 93. Mas a obrigação verbal PROMETES DAR? (*spondes*) – PROMETO (*spondeo*), é própria dos cidadãos romanos; as outras, pelo contrário, são do direito das gentes e por conseguinte valem para todos os homens, cidadãos romanos ou peregrinos.[15]

O romanista EBERT CHAMOUN destaca que, na época clássica, compreendida entre a Lei Aebutia e o fim do reinado de Diocleciano, a *stipulatio* consistia em "um modo abstrato de engendrar obrigações",[16] as quais podiam ser *solvendi causa*, *donandi causa*, *credendi causa*, entre outras.

Por meio da *stipulatio*, os promitentes podiam, então, se obrigar a assegurar o pagamento de uma dívida contraída por outra pessoa. Quando duas ou mais pessoas se

---

[13] VILLERS, Robert. *Droit Romain.* Les Obligations. Paris: Rousseau, 1952. t. II, p. 94. Tradução livre: "Os romanos, que sempre preferiram as garantias pessoais às garantias reais, deram à fiança um grande desenvolvimento".

[14] Idem, ibidem. Tradução livre: "[...] em realidade, a fiança tem sua origem na *estipulatio*".

[15] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano* cit., p. 179.

[16] CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 358.

obrigavam no mesmo sentido perante o mesmo estipulante, concretizava-se a *adpromissio*, cujas modalidades mais comuns na época clássica eram a *sponsio* e a *fidepromissio*.[17] A *fideiussio* consiste na terceira modalidade de garantia que contribuiu para a constituição do contrato de fiança tal como o conhecemos hoje, tendo se desenvolvido decisivamente no período justinianeu; na realidade, a *fideiussio* justinianea acabou por aglutinar os princípios e regras das outras duas modalidades, motivo pelo qual se diz que este é o contrato que efetivamente dá substrato à fiança moderna.

Note-se que a *sponsio* era própria dos cidadãos romanos, ao passo que a *fidepromissio* era acessível aos cidadãos romanos e aos peregrinos.[18] As fórmulas atinentes a cada uma delas eram as seguintes: na *sponsio*, depois de perguntar ao devedor "spondesne mihi centum dare?", o credor questionava ao fiador (*sponsor*) "idem dari spondes", obtendo a resposta "spondeo"; na *fidepromissio*, o credor perguntava ao fiador (*fidepromissor*) "idem fide tua proministe?", obtendo a resposta "fidepromitto".

Relativamente a *sponsio*, BIONDO BIONDI explica que se trata da "forma tipica di obbligazione riconosciuta da ius civile, anzi la figura più antica e l'orige stessa dell'obligatio". Nas palavras do autor, "sponsio e spondere sono termini adoperati anche fuori la cerchia delle garenzie ed implicano l'idea di responsabilità piutosto che quella di garenzia, sebenne sponsor indichi tecnicamente il garante".[19]

Deve-se destacar que as *adpromissio* encerravam, originariamente, regras muito rigorosas. Em primeiro lugar, tenha-se em mente que o *sponsor* e o devedor principal se obrigavam conjuntamente, sem que o primeiro pudesse exigir que o segundo fosse antes

---

[17] "Ambas – *sponsio e fidepromissio* – apenas serviam para garantir débitos contraídos por *stipulatio* (vide n.º 235), e deviam surgir imediatamente após a constituição da obrigação principal (por isso, o credor perguntava ao garante: *Idem mihi dari spondes*? – 'Prometes dar-me o mesmo que o devedor prometeu?')" (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2, p. 60) .

[18] "Das três, a *sponsio* – que é a mais antiga de todas – e a *fidepromisso* foram as que primeiro surgiram. A *sponsio* era um negócio jurídico do *ius civile*; a *fidepromissio*, um negócio jurídico do *ius gentium* – daí a única diferença substancial que existe entre elas: a *sponsio* só era acessível a cidadãos romanos; a *fidepromissio* o era a romanos e estrangeiros" (Idem, ibidem).

[19] BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1972. p. 443. Tradução livre: "A *sponsio* é a forma típica de obrigação reconhecida pelo *ius civile*, na verdade, a figura mais antiga e a própria origem da obrigação. *Sponsio* e *spondere* são termos utilizados também fora do conjunto das garantias e implicam a ideia de responsabilidade em vez da ideia de garantia, conquanto *sponsor* indique tecnicamente o garante".

demandado. Aliás, em caso de pagamento da dívida, o *sponsor* e o *fidepromissio* não dispunham de qualquer meio para obter o ressarcimento do valor pago.

Além disso, as *adpromissios* consistiam em procedimentos puramente verbais, que se realizavam mediante a dicção de determinadas palavras, para garantir dívidas cuja constituição também ocorria verbalmente. Conforme destaca o já citado autor francês ROBERT VILLERS, tal circunstância, isto é, o fato de que ambas as obrigações se constituíam verbalmente, fazia com que as *adpromissios* correspondessem a atos abstratos: "il en resulte que c'est un acte abstrait, qui peut être valable alors même que la dette principale ne le serait pas (promesse post mortem meam, obligation de la femme ou de l'impubère engangés sans l'aucoritas de leur tuteur)".[20]

Na mesma linha, BIONDO BIONDI afirma que "la sponsio importa responsabilità autônoma, tanto che può essere valida ancorchè il debitore principale non sia obligatus (Gai, 3, 119)".[21] Com efeito, no trecho das Institutas referido pelo autor italiano, GAIO declarava o seguinte:

> 119. Pois não se podem obrigar acessoriamente, excepto por obrigações verbais, embora quem houvesse prometido não se tivesse obrigado; por exemplo, se mulher ou pupilo houver prometido alguma coisa sem assistência do tutor ou se alguém o houver feito para depois da sua morte. Pergunta-se se o sponsor ou o fidepromitente se obriga no caso de aceder a promessas de escravos ou peregrinos. 119a. O fidejussor porém pode acrescentar-se em todas as obrigações, i.e., quer elas se tenham contraído *re*, por palavras, por escrito ou por consentimento. E não importa seja civil ou natural a obrigação a que se acrescenta um fidejussor; a tal ponto que este se obriga também pelo escravo, que seja estranho quem aceita o fidejussor do escravo, quer seja o próprio senhor o aceitante, relativamente ao seu débito.[22]

Com base nesse trecho das *Institutas* de GAIO os autores concluem que, ainda que a obrigação garantida fosse nula, o garante permaneceria obrigado perante o credor.

---

[20] VILLERS, Robert. *Droit Romain* cit., p. 96. Tradução livre: "como resultado, trata-se de um ato abstrato, que pode ser válido mesmo que a dívida principal não seja (promessa *post mortem*, obrigação da mulher ou do impúbere se contraídas sem autorização de seu tutor)".

[21] BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 443. Tradução livre: "A *sponsio* importa responsabilidade autônoma, tanto que pode ser válida ainda que o devedor principal não seja *obligatus* (Gai, 3, 119)".

[22] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano* cit., p. 187.

A partir do século III a.C., surgiram leis que suavizaram a situação dos garantes. Conquanto suas datas sejam incertas, normalmente referem-se-lhes na seguinte ordem:

- Lex Publilia:

  Por meio dessa lei, os *sponsores* passaram a ter uma medida judicial contra os devedores principais, sempre que os últimos deixassem de ressarci-los no prazo de seis meses a partir do pagamento feito ao credor. No período antigo, essa medida apresentava-se sob a forma da *manus injectio depensi*, em que havia a autorização para que se prendesse o devedor caso ele não pagasse a dívida.[23] No período clássico, a *manus injectio* do garante foi substituída pela *actio depensi*, que, de acordo com as *Institutas* de GAIO, autorizava-o a cobrar do devedor o dobro do montante efetivamente pago ao credor.[24]

  Destaque-se que a Lex Publilia e seu respectivo procedimento aplicam-se somente aos *sponsores*, não guardando relação, portanto, com a *fidepromissio*, que, na realidade, era pouco difundida à época da criação da lei, na medida em que os romanos costumavam buscar garantias perante os próprios romanos.

- Lex Appuleia:

  Essa lei aplicava-se aos casos em que havia mais de um *sponsor* como garante da obrigação do devedor principal.

  Antes de sua entrada em vigor, o credor poderia exigir de qualquer um dos *sponsores* que pagasse a integralidade do débito garantido. Assim, essa lei definiu que cada *sponsor* seria responsável por uma parte da dívida garantida, tendo conferido àquele que viesse a arcar com sua integralidade a possiblidade

---

[23] "O *nexum*, inicialmente um empréstimo, tornou-se mais tarde um processo para criar quaisquer obrigações de dinheiro. No fim de 30 dias podia o credor intentar a *legis actio per manus iniectionem* a qual o autorizava, se o devedor não pagasse nem apresentasse quem o fizesse (*vindex*), a prender o devedor (*nexum*) em sua prisão doméstica durante 60 dias, acorrentando-o e fazendo trabalhar *servorum loco*" (CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano* cit., p. 355).

[24] Nas *Institutas* de GAIO, lê-se: "127. Ainda neste outro ponto a condição de todos é idêntica, a saber, no terem acção de mandato contra o réu, para haverem o que pagaram por êle. E mais ainda do que isto, os *sponsores* têm, pela lei Publilia, uma ação própria, em dobro, chamada *actio depensi*" (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano* cit., p. 191).

de exigir dos demais *sponsores* o ressarcimento do valor que sobejasse o montante de sua responsabilidade.[25]

- Lex Furia:

A Lex Furia aplicava-se a ambas as modalidades de *sponsor* e *fidepromissio* constituídas no território da Itália.

Sua primeira disposição dizia respeito ao prazo de vigência de tais garantias. Com efeito, estabeleceu-se que, em vez de se obrigarem perpetuamente, os *sponsores* e *fidepromissores* ficariam obrigados perante o credor pelo prazo máximo de dois anos.

Além disso, a Lex Furia estabeleceu que "le crèancier ne peut plus réclamer à chaque caution que sa part virile".[26] Veja-se que, caso um dos fiadores se tornasse insolvente, o prejuízo seria do credor.[27] Tal disposição recebeu o nome de benefício da divisão.

Nas *Institutas*, GAIO explica:

> 121. Também, segundo a lei Fúria, o sponsor e o fidepromitente se desoneram depois de dois anos e a obrigação se divide entre eles em tantas partes quantos forem, ao mesmo tempo de o dinheiro ser exigível, responsabilizando-se cada um por parte igual. Pelo contrário, a obrigação dos fidejussores é perpétua; e qualquer que seja o seu número cada um deles responde solidariamente. Fica portanto livre o credor de exigir de quem lhe aprouver a totalidade da dívida. Agora, porém, em virtude duma epístola do divino Adriano, o credor é compelido a pedir, em parte, dos devedores solventes. Esta epístola, pois, difere da lei Fúria nisto: se um dos sponsores ou dos fidepromitentes não fôr solvente, os demais não respondem; mas

---

[25] "Le poids de cette dette est finalement réparti entre toutes les caution par part virile: celui qui a versé plus que cette part contributive a um recours contre ceux qui aront moins déboursé. La combinaison des lois Publilia et Appuleia assure le recours des sponsores" (VILLERS, Robert. *Droit Romain* cit., p. 97). Tradução livre: "O peso da dívida é finalmente repartido entre todos os garantes por quota viril: aquele que pagou mais do que sua parte possuirá uma medida contra os que tenham desembolsado menos".

[26] Idem, p. 97-98. Tradução livre: "o credor não pode demandar a cada um dos credores mais do que sua parte viril".

[27] "c) a lei *Furia*, que aplicando-se apenas ao *sponsor* ou ao *fidepromissor in Italia acceptus* (*sponsor ou fidepromissor* constituídos na Itália), determinava que a garantia decorrente da fiança se extinguia no prazo de dois anos, bem como que, se houvesse vários fiadores, cada um deles responderia por quota igual à dos demais, sem se levar em consideração se um dos fiadores, por insolvência, não podia pagar sua quota" (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano* cit., p. 61).

> pelos fidejussores insolventes respondem os demais. 121a. Como entretanto a lei Fúria só se aplica à Itália, sucede ficarem nas outras províncias os sponsores e os fidepromitentes obrigados para sempre, como os fidejussores, respondendo cada um solidariamente, a não ser que também eles sejam favorecidos em parte pela epístola do divino Adriano.[28]

Se o credor exigisse mais do que a quota-parte de qualquer um dos garantidores, o último poderia lhe opor a *manus injectio pro iudicato*, semelhante à medida fornecida pela Lex Publilia.

- Lex Cicereia

Em virtude das disposições dessa lei, o credor deveria proclamar (*praedicito*), no momento da constituição da obrigação e da garantia, em que consistia o objeto da obrigação garantida e qual o número de *sponsores* e ou *fidejussores* que se vinculariam ao seu cumprimento.

Tal disposição tinha como escopo evitar que o credor burlasse o benefício da divisão, pois, sem saber quantas pessoas figuravam como garantes da dívida, o *sponsor* ou o *fidejussor* não poderia limitar seu pagamento à sua quota viril.

Caso o credor não fizesse tal proclamação, chamada *praedicitio*, os *sponsores* e os *fidejusorres* poderiam requerer, no prazo de trinta dias, um julgamento prévio para que se declarasse se ela havia sido bem feita, nos termos da lei, ou não. Quando se verificava que a *praedictio* não havia sido bem feita, os *sponsores* e/ou os *fidepromissores* eram liberados.[29] Vale notar que, pelos usos e costumes, essa lei passou a ser aplicada também aos *fidejussores*.

---

[28] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano* cit., p. 188-189.

[29] "Si le crêancier ne fait pas la 'praedictio' requise, les *cautions*, *sponsores* et *fidepromissores* peuvent dans un delái de 30 jours demander la délivrance d'um *praejudicium* (formule *sans condemnatio*), chargeant le juge de rechercher si le créancier a bien fait la déclaration préalable prescrite par la loi. S'il se vérifie que cette déclaration n'a pas été faite, les cautions sont libérées" (VILLERS, Robert. *Droit Romain* cit., p. 98). Tradução livre: "Se o credor não fizer a *praedictio* na forma requisitada, os *fideiussores*, *sponsores* e *fidepromissores* poderão, em um período de 30 dias, requerer a liberação da obrigação de garantir por meio de um *praejudicium* (fórmula sem *condemnatio*), pedindo que o juiz verificasse se o credor havia feito bem a declaração prévia prescrita na lei. Se se verificasse que a declaração não havia sido feita, os garantes eram liberados".

- Lex Cornelia

Nas *Institutas*, GAIO declara que "o benefício da lei Cornélia é porém comum a todos".[30] Assim, pode-se entender que a lei aplicava-se aos *sponsores* e *fidepromitentes* e, inclusive, aos *fideiussores*.

Com efeito, essa lei determinava que os garantes só poderiam se obrigar, anualmente, em favor do mesmo devedor e perante o mesmo credor, por montante equivalente a, no máximo, vinte mil sestércios. Ainda que eles se obrigassem por montante superior, só lhes seria exigível o valor máximo de vinte mil sestércios.

Conquanto a limitação imposta pela lei se refira a um valor pecuniário, Gaio declara que "aquela lei abrange todas as coisas. Portanto, sendo objeto de estipulação vinho, trigo, um fundo ou escravo, tal lei deve ser observada".[31]

Nas palavras de ROBERT VILLERS, as obrigações contraídas pelos *adpromissores* "d'abord três strict, s'était beaucup adoucie à l'époque de la procédure formulaire".[32] Além do afrouxamento da garantia representado por essas leis, a verdade é que a *sponsor* e a *fidepromisso* continham em sua estrutura alguns inconvenientes, e os principais consistiam no fato de que elas serviam apenas para garantir obrigações verbais e deveriam ser formalizadas imediatamente após a constituição da obrigação principal, bem como no fato de que a responsabilidade dos *sponsores* e *fidepromissores* não se transmitia a seus herdeiros.

Portanto, no fim da República ou, possivelmente, no início do Principado, surgiu uma nova modalidade de garantia, a *fideiussio*.[33]

---

[30] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano* cit., p. 189.

[31] Idem, p. 129.

[32] VILLERS, Robert. *Droit Romain* cit., p. 99. Tradução livre: "[...] inicialmente muito rigorosas, suas obrigações se afrouxaram bastante na época do processo formulário".

[33] "Più recente è la *fideiussio*, che há più vasta applicazione: si trasmette agli eredi e può aggiungersi a qualunque obbligazione; si atua sempre *verbis*, secondo lo schema: *quod maevius debet id fide tua esse iubes*? *Iubeo*" (BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 444). Tradução livre: "Mais recente é a fideiussio, que possui aplicação mais vasta: se transmite aos herdeiros e pode ser acrescida a qualquer obrigação; se forma sempre verbalmente mediante os dizeres: *quod Maevius debet id fide tua esse iubes*? *Iubeo*".

Essa modalidade de garantia inseria-se no seio do *ius gentium*, podendo ser utilizada, portanto, por romanos e estrangeiros. Conquanto sua forma de concretização também fosse verbal, a *fideiussio* poderia garantir não somente obrigações verbais, mas também obrigações escritas, consensuais ou reais e, inclusive, obrigações naturais. Outra diferença relativamente às duas modalidades de *adpromissio* diz respeito à transmissão da obrigação do *fideiussor* ao seu herdeiro, o que não ocorria no âmbito da *sponsio* e da *fidepromissio*.[34]

As disposições da Lex Furia não se lhes aplicavam. Assim, os *fideiussores* possuíam responsabilidade perpétua pelo pagamento da dívida perante o credor e eles não gozavam, tampouco, do benefício da divisão. Ou seja, caso existisse mais de um *fideiussor* garantindo a mesma dívida, o credor poderia cobrar o montante integral de qualquer um deles. Pode-se dizer que os benefícios da *Lex Apuleia* e da *Lex Publilia* tampouco se lhes aplicavam, na medida em que, havendo pluralidade de *fideiussores*, aquele que pagasse a integralidade da dívida não possuiria qualquer medida contra os demais para obter a parte que sobejava sua quota nem contra o devedor principal.[35]

No entanto, deve-se dizer que a jurisprudência e as contribuições do Imperador Adriano foram, conjuntamente, abrandando o rigor da *fideiussio*, mesmo sem se valer das disposições contidas em tais leis.

Em primeiro lugar, o IMPERADOR ADRIANO emitiu a epístola por meio da qual introduziu o benefício da divisão no âmbito da *fideiussio*. Diferentemente da previsão contida na Lex Furia, o benefício engendrado por ADRIANO previa que, caso houvesse mais de um fiador, a obrigação garantida seria dividida entre eles, desde que solventes. Assim, sempre que

---

[34] "A *fideiussio*, como a *fidepromissio*, era um negócio do *jus gentium*. Podia ser utilizada por estrangeiros e romanos. Embora nascida, também, de uma *stipulatio*, servia para garantia de qualquer espécie de obrigação – e não apenas das decorrentes da *stipulatio* – inclusive obrigações naturais e obrigações futuras. A responsabilidade do *fideiussor* não cessava depois de transcorridos dois anos, mas era perpétua, transmitindo-se com a morte do *fideiussor* a seus herdeiros" (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano* cit., p. 62).

[35] "A responsabilidade do *fidejussor* não cessava depois de transcorridos dois anos, mas era perpétua, transmitindo-se com a morte do *fideiussor* a seus *herdeiros*. Em suma, não se aplicavam à *fideiussio* aqueles preceitos das leis Publilia, Apuleia e Furia, que tinham enfraquecido a garantia oferecida pela *sponsio* e pela *fidepromisso*" (Idem, ibidem, p. 62).

houvesse um fiador insolvente, sua quota-parte seria dividida entre os demais.[36] Por conta desse benefício, as disposições da Lex Cicereia passaram a ser aplicadas aos *fideiussores.*[37]

Além disso, a regra, como se disse, era de que o *fideiussor* que tivesse pagado integralmente a dívida não teria nenhuma medida contra o devedor principal tampouco contra os demais *fideiussores*, posto que ele pagava um débito próprio.

Em sua obra *Istituzioni di Diritto Romano*, BIONDO BIONDI explica que a jurisprudência passou a admitir a obtenção do regresso do que fora pago com base na relação existente entre o devedor e o garante. Se o garante pagasse a dívida com base numa relação de mandato, ainda que tácito, ele poderia se voltar contra o devedor para obter o que pagou por meio da *actio mandati contraria*, uma vez que se tratava de um dano ocorrido na execução do mandato; se o pagamento fosse feito espontaneamente, haveria a *actio negotium gestorum*, que pressupunha uma gestão útil a favor do devedor.[38] Ademais, a jurisprudência passou a admitir que o *fideiussor*, após o pagamento, passasse a gozar do mesmo *status* que o credor possuía relativamente ao devedor principal, por meio de uma "cessão" de ações.[39]

---

[36] "L'empereur Hadrien (Inst. Just. III, XX, § 4) introduisit alors le bénéfice de division dans la fidejussio. Ce benefice de division, plus rationnel que celui de la loi Furia, a l'effet de répartir la dette non entre les cautions vivantes, mais bien entre les cautions *solvables* au jour de l'echéance. La tâche du crêancier en est facilitée, pusqu'il est assuré de recevoir intégralment son paiement" (VILLERS, Robert. *Droit Romain* cit., p. 101-102). Tradução livre: "O Imperador Adriano introduziu o benefício da divisão no âmbito da *fidejussio*. Este benefício de divisão, mais racional que aquele previsto pela Lei Furia, possui o efeito de repartir a dívida garantida entre os fideiussores vivos, mais especificamente entre os fidejussores solventes no dia da cobrança. A tarefa do credor é facilitada, já que ele tem a segurança de obter seu pagamento integral".

[37] "Le jeu du benéfice d´Hadrien a entraîne l'application de la loi Cecereia aux fidejussores" (Idem, p. 102). Tradução livre: "Em virtude do benefício de Adriano, iniciou-se a aplicação da Lex Cicereia aos fidejussores".

[38] "La giurisprudenza però lo ammette in base al rapporto intercedente tra debitore e garante; se il garante à intervenuto in base ad un mandato, anche tacito, del debitore, como in qualunque mandato, può rivolgersi contro il debitore per avere il rimborso di quanto há pagato, giacchè si tratta di danno súbito in ocasione della esecuzione del mandato; si poi il *fideiussore* è intervenuto spontaneamente, si acorda *l'actio negotio gestorum*, pressuponendo un'utile gestione a favore del debitore, a meno chi egli sia intervenuto *donandi animo* oppure nel proprio interesse o nonostante il divieto del debitore" (BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 445-446). Tradução livre: "A jurisprudência, no entanto, admite o regresso com base na relação existente entre o devedor e o garante; se o garante agiu com base em um mandato, ainda que tácito, do devedor, como em qualquer mandato, pode voltar-se contra o devedor para obter o reembolso de quanto pagou, já que se trata de dano ocorrido durante a execução do mandato; se o *fideiussor* agiu espontaneamente, prevê-se a *actio negotiorum gestorum*, que pressupõe uma gestão útil a favor do devedor, a menos que ele tenha agido *donandi animo* ou mesmo no seu próprio interesse ou ainda a despeito da proibição do devedor".

[39] "Il *fideiussiore* all'atto del pagamento può farsi cedere l'azione che il creditore há contro il debitore. (BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 446). Tradução livre: "O *fidejussor* no ato do pagamento adquire compulsoriamente as ações que o credor tenha contra o devedor".

A princípio, a obrigação decorrente da *fideiussio* não era subsidiária em relação à obrigação do devedor principal, motivo pelo qual o credor poderia cobrar o pagamento de um ou de outro indistintamente. No entanto, em virtude dos efeitos da *litis contestatio*, a escolha feita revelava-se irrevogável, o que representava, por certo, graves inconvenientes aos credores.

A *litis contestatio*, note-se, consistia na aceitação, por ambas as partes, da fórmula pronunciada pelo magistrado, nos termos em que seria submetida a julgamento, de modo que, a partir desse momento, a obrigação a cargo do devedor transformava-se em um dever de suportar a condenação. Ademais, tendo em vista que, a partir da *litiscontestatio*, a ação se consolidava, não se poderia mais propô-la com o mesmo fundamento, de acordo com o princípio *bis de eadem re ne sit actio.*[40]

Por isso, o credor que demandasse contra um fiador que se tornou insolvente não poderia se voltar depois contra o devedor principal, e vice-versa.

Por isso, na prática, as partes começaram a criar alguns mecanismos para burlar os inconvenientes decorrentes da aplicação da *litis contestatio* no âmbito da *fideiussio*; a adoção de tais mecanismos foi se tornando de tal modo generalizada que, em 531, JUSTINIANO aboliu o referido efeito extintivo da *litis contestatio*. A partir de então, se o credor cobrasse determinado *fideiussor* e não obtivesse a satisfação do crédito, ele poderia se voltar contra o devedor principal ou contra outro *fideiussor*, se houvesse, até a satisfação integral da dívida.[41]

---

[40] "Concedida a fórmula, o autor a comunicava ao réu, o qual aceitava sujeitar a demanda ao juiz, nos termos da própria fórmula (*accipere iudicium*). O juiz era ainda escolhido ao alvedrio das partes, dentre pessoas plenamente capazes ou numa lista de senadores, depois, também de cavaleiros e de cidadãos possuidores de certa riqueza (*album iudicium*). Ao acordo entre as partes, ocasionado pela aceitação da fórmula, dava-se o nome de *litis contestatio*. Importantíssimos são os efeitos da *litis contestatio*. Em primeiro lugar, a ação que com ela se consolida não mais pode ser repetida com o mesmo fundamento, de acordo com o princípio *bis de eadem re ne sit actio*, já assente no processo das ações da lei" (CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano* cit., p. 130 e 318).

[41] "L'effet extinctif de la *litis contestatio* est supprimé definitivement par une constitution de 531: on confirme l'usage de la renonciation à cet effet extinctif, usage inventéré dans la pratique: dès lors le créancier qui a actionné en vain une caution peut se retourner contre une autre ou contre le débiteur principal jusqu'à parfait paiement" (VILLERS, Robert. *Droit Romain* cit., p. 103-104). Tradução livre: "O efeito extintivo da *litis contestatio* é definitivamente suprimido por uma constituição de 531: confirma-se o costume da renúncia ao referido efeito extintivo, costume esse desenvolvido pela prática: a partir de então, o credor que houver demandado em vão o *fidejussor* pode se voltar contra outro ou contra o devedor principal até o pagamento integral".

Quatro anos depois de abolir o efeito extintivo da *litis contestatio*, JUSTINIANO inseriu no ordenamento romano o *beneficium excussiones*, que dispunha que o credor deveria cobrar primeiramente o devedor principal e, caso não conseguisse a satisfação do crédito, aí, então, poderia se voltar contra o *fideiussor*.[42] Esse benefício somente não poderia ser oposto pelo fiador em caso de insolvência notória por parte do devedor principal.

Como se vê, a *fideiussio* foi se desenvolvendo de modo a adquirir, no período pós-clássico, uma importante característica da fiança moderna: a subsidiariedade.

No entanto, em relação à principal característica da fiança em seu enquadramento moderno, isto é, a acessoriedade, pode-se dizer que seus efeitos se limitavam, até então, à impossibilidade de que o fiador se vinculasse *in duriore causam*, isto é, de modo mais gravoso do que o devedor principal, e na duração da obrigação do *fideiussor*, que se extinguia quando a obrigação do devedor principal se extinguisse.

A esse respeito, as *Institutas* de GAIO declaravam o seguinte:

> 126. Também nêste ponto a condição de todos, sponsores, fidepromitentes e fidejussores é idêntica, pois não se podem obrigar de modo a deverem mais do que o devedor principal. Podem pelo contrário, obrigar-se por menos, como dissemos ao tratar do adstipulante. Pois, como a obrigação do adstipulante, também a dêles é acessória da obrigação principal, e não pode incluir mais o acessório do que o principal.[43]

Por relevante, refira-se também às *Institutas* de JUSTINIANO, que são muito claras:

> 5. Os fiadores não podem obrigar-se de modo a deverem mais do que aquêle pelo qual se obrigam. Pois, a obrigação dêles é acessória em relação à principal e não pode haver mais no acessório que no principal. Mas inversamente, podem obrigar-se por um débito menor. Portanto, se o réu prometer dez soldos de ouro, o fidejussor se obriga vàlidamente por cinco;

---

[42] "Nel diritto giustinianeo non solo è scomparso l'effetto consuntivo della litis contestatio (§§ 96, 103) e il beneficium divisionis è generalizzato (Nov. 99), ma la obbligazione fideiussoria assume decisamente il carattere di obbligazione sussidiaria di garenzia com l'introduzione del beneficium excussionis, per cui il creditore deve rivolgersi prima contro il debitore e poi contro il garante, salvochè il primo sia assente od insolvente (Nov. 4)" (BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 445). Tradução livre: No direito justinianeo, não somente desapareceu o efeito constitutivo da *litis contestatio* (§ 96, 103) e o *beneficium divisionis* se generalizou (Nov. 99), como também a obrigação fidejussória assumiu decisivamente o caráter de obrigação subsidiária de garantia com a introdução do benefício da excussão, pelo qual o credor deve se voltar primeiro contra o devedor e depois contra o garante, salvo se o primeiro estiver ausente ou insolvente (Nov. 4)".

[43] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano* cit., p. 191.

> não pode porém obrigar-se de modo inverso. Ainda, se o devedor prometeu puramente, o fiador pode prometer sob condição, mas não ao inverso. O mais e o menos se estende em relação, não só à quantia, mas também ao tempo maior e menor; mais é dar uma coisa já; menos, depois de um certo tempo.[44]

Com essas considerações, encerra-se a parte do trabalho dedicada ao estudo da evolução das principais garantias fidejussórias no seio do direito romano, confiante em que este estudo auxiliará na compreensão das nuances dos contratos que são objeto desta dissertação.

---

[44] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano* cit., p. 533 e 535.

CAPÍTULO 2 – O CONTRATO DE FIANÇA

2.1 Conceito e características; 2.2 Requisitos e modalidades; 2.3 Fiança locatícia; 2.4 Fiança conjunta; 2.5 Efeitos; 2.6 Subfiança e retrofiança; 2.7 Extinção da fiança; 2.8 Questões importantes; 2.8.1 A distinção entre a fiança e a solidariedade; 2.8.2 O regime da fiança remunerada.

2.1 Conceito e características

Entre todas as garantias fidejussórias, pode-se dizer que a fiança corresponde a sua modalidade mais típica.

Ao celebrar o contrato de fiança, o fiador se compromete a satisfazer, por meio do conjunto de bens disponíveis em seu patrimônio, o direito de crédito do credor, caso o devedor principal não o faça. A fiança pode ser dada às obrigações de dar, de fazer e de não fazer, decorrentes da lei ou de convenção entre as partes.[45]

Em seus comentários ao Código Civil de 1916, CARVALHO SANTOS assevera que "o contrato de fiança pode ser definido como aquêle mediante o qual um terceiro se submete pessoalmente, perante o credor de uma obrigação, a satisfazê-la, caso o devedor não a cumpra".[46]

Da doutrina italiana colhe-se o conceito dado por MESSINEO:

> Fideiussione è l'obbligazione (*accessoria: arg*. 1939), che taluno (fideiussore, o garante, o mallevadore) assume, come *dovere diretto* (personale e autonomo, rispetto a quello di altro soggetto) *verso il creditore*, di garantire *l'adempimento* di un'altra obbligazione *non-propria*, ossia di quel soggetto (chiamato *debitore principale*) (1936 primo comma).[47]

---

[45] "A fiança pode ser dada a toda espécie de obrigação, legal ou convencional, e de qualquer natureza, de dar, de fazer ou de não fazer" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, p. 496.)

[46] CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil interpretado*. Direito das obrigações – Arts. 1.363-1.504. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 19, p. 433.

[47] MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale.* Codici e norme complementari. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1959. v. 3, p. 165. Tradução livre: "Fiança é a obrigação (acessória: art. 1939), que

a) Partes do contrato

Na fiança, figuram como partes o credor e o fiador. Nas palavras de SILVIO RODRIGUES, "trata-se de negócio feito diretamente entre o credor e o fiador, que prescinde não só da presença do devedor, como pode ser mesmo efetuado sem sua ciência ou sem seu consentimento (art. 1.484)".[48]

Justamente porque, muitas vezes, a fiança se encontra prevista no instrumento que consubstancia o contrato principal, celebrado entre o credor e o devedor, cria-se certa confusão, imaginando-se que o devedor também é parte do contrato de fiança. A esse respeito, o prestigiado doutrinador MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES afirma, categoricamente:

> Não se trata, porém, de um contrato integrado por três partes contratantes. De modo nenhum. Pelo contrário, há dois contratos distintos: o contrato principal, entre credor e devedor; o contrato acessório, entre fiador e credor. A triplicidade subjetiva provém da circunstância de que, estando o acessório vinculado ao principal, os seus efeitos se projetam não só entre o fiador e o credor garantido fidejussoriamente, como ainda alcançam o afiançado em relação ao fiador, criando uma categoria de efeitos especiais emanantes da sub-rogação, caso o fiador, pela inadimplência do devedor principal, venha ele próprio realizar a prestação garantida.[49]

No mesmo sentido, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA assevera que "não há, também, na fiança uma relação contratual tripartite, porém dois negócios jurídicos distintos, que se ligam pela ideia de acessoriedade".[50]

b) Contrato unilateral

O contrato de fiança é um contrato unilateral, na medida em que gera obrigações somente para o fiador em relação ao credor.

---

determinada pessoa (fiador) assume como dever direto (pessoal e autônomo, em relação àquele do outro sujeito) perante o credor, de garantir o adimplemento de outra obrigação não própria, a saber, do sujeito chamado devedor principal (1936, primeira parte)".

[48] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3, p. 369.

[49] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. v. 4, p. 501.

[50] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos cit., p. 497.

Importantes doutrinadores, como ORLANDO GOMES e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, destacam existir alguma divergência nessa classificação. Isso porque juristas de relevo, como CLÓVIS BEVILÁQUA e CARVALHO DE MENDONÇA, afirmaram, em suas obras, que a fiança corresponderia a um contrato bilateral imperfeito.

Com efeito, nos comentários de CLÓVIS BEVILÁQUA ao Código Civil de 1916, encontra-se menção ao caráter bilateral imperfeito da fiança somente no momento em que o autor classifica o contrato;[51] CARVALHO DE MENDONÇA, por sua vez, explicitou seu raciocínio asseverando o seguinte:

> Se, porém, como no caso mais comum, ela é contratada entre o fiador e o devedor, o contrato é bilateral imperfeito, pois que, ao formar-se, sòmente origina obrigações do fiador para com o credor. Mas, se o fiador pagar mais tarde a dívida, surgem obrigações para o devedor, obrigado desde então ao reembôlso.[52]

Conforme destaca ORLANDO GOMES, "essa opinião assenta no falso pressuposto de que o contrato se realiza entre o fiador e o devedor. Insustentável, demais disso, porque, cumprida a obrigação do fiador, se extingue o contrato de fiança".[53]

De fato, como se viu, a fiança consiste em um contrato de garantia que se conclui entre o fiador e o credor da obrigação, sendo possível celebrá-la, inclusive, sem o consentimento do devedor.[54] Além disso, nas palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, tais obrigações do devedor correspondem "a mera consequência da sub-rogação e simples repercussão dos efeitos do pagamento, o que permite ao fiador proceder contra o devedor, sem que se afetem as relações contratuais estabelecidas entre fiador e credor".[55]

---

[51] "A convencional é um contracto accessorio, bilateral, imperfeito, expresso e ordinariamente benéfico em relação ao devedor, a quem o fiador presta, por via de regra, um serviço gracioso" (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. v. 4, p. 613).

[52] CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. t. II, p. 813.

[53] GOMES, Orlando. *Contratos* cit., p. 537.

[54] Art. 820. Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade.

[55] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos cit., p. 494.

c) Prestação do fiador. Obrigações futuras e naturais

O art. 818 do Código Civil de 2002 declara que, "pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra". Com efeito, a leitura do dispositivo sugere a concepção de que, por meio do contrato de fiança, o fiador se compromete a cumprir a obrigação assumida pelo devedor.

Ocorre que a doutrina mais moderna entende que o fiador contrai uma obrigação própria, embora ele prometa ao credor um bem – ou um resultado – idêntico ao prometido pelo devedor. Nas palavras do doutrinador português MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, "o fiador fica adstrito à realização de uma prestação própria, mas a sua fisionomia e conteúdo são ditados pela prestação a cargo do devedor".[56]

Quando a obrigação do devedor se tratar de obrigação fungível, o credor pode exigir do fiador a realização de uma prestação idêntica àquela a cargo do devedor; aliás, pode-se dizer que, no âmbito do contrato de fiança, o mais natural é que as partes prevejam que o fiador deverá cumprir a obrigação nos moldes da obrigação primitiva garantida. Entretanto, quando se tratar de obrigação infungível, a prestação a cargo do fiador consistirá na satisfação econômica do credor, por meio do pagamento da indenização em caso de inadimplemento.

A esse respeito, PONTES DE MIRANDA declara o seguinte:

> Desde que o crédito não seja de prestação que só sirva ao credor se feita pessoalmente pelo devedor, é óbvio que pode ser concluído o contrato de fiança. Porém, mesmo a respeito da dívida só exequível pelo devedor, há a dívida de indenização pelo devedor inadimplente (Código Civil, art. 880, cf. arts. 929 e 1.056); e a fiança, que foi dada, entende-se que é garantia de qualquer modo de adimplemento. O contrato pode determinar que o fiador adimpla a obrigação de fazer, executável por terceiro, ou que faça ser executada por outrem, se não se trata de prestação que só o devedor pessoalmente poderia fazer. A pecuniariedade não é essencial. Se a dívida é de prestar bem infungível, como o prédio da rua tal, n. tanto, o adimplemento pelo fiador pode ser com a transmissão da propriedade, ou com o correspondente à indenização que teria de prestar o devedor (cf.

[56] COSTA GOMES, Manuel Januário da. *Assunção fidejussória de dívida*. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Coimbra: Almedina, 2000. p. 134.

> Emilio Pacifici-Mazzoni, Istituzioni di Diritto Civile Italiano, v. 2, 5.ª ed., 498; Ricardo Fubini, Il Contratto di Locazione di Cose, I, 315).[57]

Como se adiantou, podem ser objeto de fiança as obrigações de dar, de fazer e de não fazer, decorrentes de lei ou de convenção entre as partes. Há significativa doutrina tratando também sobre fianças de obrigações futuras e de obrigações naturais.

O Código Civil de 2002, repetindo *ipsis litteris* regra contida no Código Civil de 1916, declara, em seu art. 821, que "as dívidas futuras podem ser objeto de fiança; mas o fiador, neste caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor".

No tocante às obrigações futuras, pode-se dizer que o ponto nodal da questão consiste em saber se a fiança já seria um contrato existente e válido, antes mesmo de a obrigação garantida se tornar exigível, ou se sua existência e validade estariam condicionadas à aludida exigibilidade. Isso porque, entendendo-se que sua existência e validade estariam condicionadas, o fiador poderia se exonerar de sua obrigação de garantia enquanto a obrigação principal não se tornasse exigível.

Nas palavras do doutrinador SERPA LOPES, "o fato da fiança pressupor a existência de um débito, não dá lugar, no débito futuro, a que ela somente se considere existente a partir da existência do débito garantido".[58] Ao explicar a teleologia da regra contida no Código Civil de 1916, o autor afirma que "quer aquele dispositivo que a fiança comece desde logo a existir, como contrato, apenas a exigibilidade da responsabilidade dela decorrente é que ficará dependendo do momento em que venha a se tornar líquida e certa a obrigação principal do devedor".[59]

Assim, adotando-se tal interpretação, pode-se dizer que o fiador não pode se exonerar livremente da fiança mesmo durante o período em que a obrigação principal não for exigível.

---

[57] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Parte especial. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. t. XLIV, p. 95.

[58] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 508.

[59] Idem, ibidem.

Quanto às obrigações naturais, há alguma divergência doutrinária acerca da possibilidade de dar fiança para garanti-las. Com efeito, SERPA LOPES entende que, "se a obrigação natural decorre de uma causa ilícita, como nas dívidas de jogo e aposta (cfr. n.º 715, *supra*), não há que se falar em sua eficácia, pois, de modo nenhum, se pode concebê-la".[60-61] Entretanto, quando a obrigação natural tem origem lícita, o autor sustenta que "os juristas, em grande maioria, são acordes em que, neste caso, é possível falar de fiança".[62]

Contrariamente, CARVALHO DE MENDONÇA se posiciona no sentido de que, entre as espécies de obrigação que podem ser objeto de fiança, "excluímos as sedizentes *obrigações naturais*, que modernamente não são obrigações nem no conceito romano a seu respeito e por isso não podem ser as principais de que a fiança seja acessória".[63]

Na doutrina recente, SÍLVIO VENOSA afirma que "é ineficaz a fiança de obrigação natural, porque, por ser inexigível, não pode ser cobrado o fiador".[64] Segundo o mesmo autor, "a ineficácia da fiança nas obrigações naturais reside na impossibilidade de ser acionado o devedor. Consequentemente, não há possibilidade de ser aflorada a garantia, que é acessória. De outro modo, a fiança converter-se-ia em obrigação principal".[65]

De fato, entendemos que não há óbice para que se constitua fiança de obrigação natural. No entanto, se o fiador for demandado pelo credor e a cumprir, ele não terá como se ressarcir, perante o devedor principal, justamente por lhe faltar à obrigação natural – na qual o fiador se sub-roga – o "poder de exigibilidade".

---

60 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 509.

61 Atenta-se apenas ao excessivo rigor do autor, ao indicar nessa parte de sua obra que as dívidas decorrentes de jogo e aposta, por terem origem ilícita, não seriam afiançáveis. Isso porque, ao tratar especificamente sobre o jogo e a aposta, o autor afirma que, "se a lei estabeleceu um regime uniforme para os jogos e apostas de todas as espécies, nada autoriza uma distinção entre os lícitos e os ilícitos, para se excluir destes o caráter de obrigação natural" (Idem, p. 481). De fato, o Código Civil não distingue entre os jogos lícitos e ilícitos, e os últimos encontram-se descritos e tipificados tão somente pela legislação penal. No entanto, para os fins desta seção do trabalho, extrai-se a conclusão de que o autor se posiciona favoravelmente à fiança de obrigações naturais.

62 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 509.

63 CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro* cit., p. 815.

64 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil.* Contratos em espécie. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3, p. 488.

65 Idem, ibidem.

d) Contrato benéfico e solene

Considera-se um contrato benéfico na medida em que gera vantagens somente para uma das partes, o credor.

Em sua obra intitulada *Fiança*, o doutrinador OTHON SIDOU faz referência à doutrina de POTHIER, afirmando que o francês nega tal característica à fiança por entender que, "em face do credor, ele não recebe, por esse contrato, nada mais do que lhe é devido, e se benefício há na ação do fiador para com o afiançado, não será essa boa ação que rotule o contrato, porque ele, devedor, não o integra".[66]

No entanto, na esteira da maior parte da doutrina brasileira, entendemos que se trata de um contrato benéfico, na medida em que, por meio dele, o credor obtém o reforço da garantia patrimonial dada pelo devedor principal. Ou seja, se, por meio do contrato principal, o credor poderá atingir somente o patrimônio do devedor principal em caso de não cumprimento, com a celebração da fiança, ele poderá se valer também do patrimônio do fiador, o que lhe representa evidente benefício.

Tal caráter atrai a incidência do art. 114 do Código Civil, segundo o qual "os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente".

Cumpre notar a interessante repreensão de CARVALHO DE MENDONÇA ao afirmar que a fiança não se conforma, em nenhum aspecto, à doação. Isso porque, segundo o autor, "a fiança não envolve a idéia, o elemento de empobrecimento de uma parte em favor do aumento do patrimônio da outra e mantém-se com seu caráter de promessa até que a falta do devedor lhe dê realidade".[67] Conclui ele que, "entretanto, se o fiador não reclamar do devedor aquilo que por êle pagou, a doação existe, mas existe somente desde a desistência expressa dêsse direito de regresso".[68]

---

[66] SIDOU, J. M. Othon. *Fiança – Convencional – Legal – Judicial*: no direito vigente e no Projeto de Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 18.

[67] CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro* cit., p. 814.

[68] Idem, ibidem.

Enfim, justamente porque representa uma liberalidade do fiador, deve ser reduzida à forma escrita, ainda que a obrigação garantida seja verbal, nos termos do art. 819 do Código Civil, segundo o qual “a fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”.

e) Intuitu Personae

Entre suas características, a doutrina normalmente inclui o caráter *intuitu personae* do contrato de fiança. Embora se reconheça que, atualmente, grande parte das fianças é celebrada por instituições bancárias, pode-se dizer que tal circunstância não se lhe retira o aludido caráter *intuitu personae*, uma vez que, mesmo nessa situação, é a confiança que o credor possui na capacidade de satisfação, pelo fiador, do seu direito de crédito, que o faz celebrá-lo.

Com efeito, o art. 825 do Código Civil reflete fortemente tal caráter *intuitu personae*, ao declarar que, “quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação”.

Em seguida, no art. 826, consta a previsão no sentido de que, “se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído”. Pode-se dizer que tal regra corresponde a um reflexo da norma contida no art. 477, segunda parte, do Código Civil segundo a qual “se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recursar-se à prestação que lhe incumbe até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de fazê-lo”.

f) Contrato gratuito

Na maior parte dos manuais de direito civil, encontra-se a referência ao caráter gratuito da fiança, afirmando-se que a gratuidade é da natureza do contrato e não de sua essência. Assim, mesmo quando os fiadores recebem certa remuneração pela disponibilização do seu patrimônio na hipótese de inadimplemento do devedor principal, o contrato de fiança não restaria descaracterizado.

É esse o entendimento de renomados doutrinadores, como MARIA HELENA DINIZ e SILVIO RODRIGUES, como se vê pelos seguintes excertos, respectivamente:

> Todavia, a gratuidade é da natureza da fiança e não de sua essência; logo, nada obsta que o fiador reclame certa remuneração, o que é muito comum na fiança bancária, em que os bancos assinam termos de responsabilidade em favor de seus clientes, em troca de uma percentagem sobre o montante garantido. O mesmo ocorre com determinadas firmas especializadas em prestar fiança, mediante percentagem. Nesses casos está claro que a fiança será onerosa.[69]

-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.-.

> Trata-se, finalmente, de negócio no mais das vezes gratuito, porque o fiador, através da fiança, nada procura receber em troca. De fato, em regra, o fiador se inspira no propósito de ajudar o afiançado em quem confia e que, espera, não faltará ao compromisso assumido.
>
> Nada impede, entretanto, que o fiador reclame, em troca da garantia que oferece, determinada remuneração. O procedimento de há muito se instalou no comércio bancário, em que os bancos assinam termos de responsabilidade em favor de seus clientes, em troca de uma porcentagem sobre o montante garantido. É a chamada fiança bancária. Modernamente, encontram-se firmas especializadas em prestar fiança, mediante percentagem. Nestas hipóteses, o negócio é oneroso, pois está presente o propósito especulativo.[70]

É de se atentar que PONTES DE MIRANDA, por sua vez, é categórico ao inadmitir a fiança remunerada:

> Se alguém, para dar fiança, recebe algo, ou vai receber algo, há outro negócio jurídico, subjacente, justajacente, ou sobrejacente, em que ressaltam a promessa de prestar a fiança e a promessa de retribuir a prestação do ato negocial. Pode tratar-se de seguro de crédito, de modo que não se poderia invocar o que é peculiar à fiança, está adimplido – com o contrato unilateral – o dever que se irradiara do contrato bilateral, aliás pré-contrato.[71]

De fato, na prática atual, verifica-se que a maior parte dos contratos de fiança prevê a remuneração do fiador, em vez de sua atuação gratuita. No entanto, revela-se necessário perquirir quais as consequências do inadimplemento da obrigação de se remunerá-lo. Não obstante, a medida e as consequências de tal exceção serão abordadas em tópico próprio.

---

[69] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 613.

[70] Idem, p. 371.

[71] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Parte Especial cit., p. 102-103.

g) Contrato acessório

Sem sombra de dúvida, pode-se dizer que a acessoriedade é a característica mais marcante do contrato de fiança.

Ao defini-la, SERPA LOPES assevera que "o caráter acessório da fiança consiste em não poder ela existir senão pressupondo um contrato a que deve ficar vinculada como elemento de garantia".[72] Note-se que o doutrinador português PEDRO ROMANO MARTINEZ chega a afirmar que "a acessoriedade é uma característica que faz parte da natureza da fiança, pelo que não pode ser afastada por vontade das partes, sob pena de pôr em causa a essência do instituto".[73]

Entre as consequências que decorrem do caráter acessório do contrato de fiança, a maior parte dos doutrinadores brasileiros identifica as seguintes:

(a) A obrigação do fiador segue a sorte da obrigação principal:

> Com isto, quer-se dizer que, quando a obrigação principal for nula, a fiança será igualmente nula; quando a obrigação principal for anulada, a fiança não será exigível; extinguindo-se a obrigação principal por qualquer um dos modos de pagamento, a fiança será extinta.
>
> Deve-se dizer que o Código Civil prevê uma exceção para tal regra, estabelecendo, na segunda parte do art. 824, que a fiança permanecerá válida quando a nulidade da obrigação garantida resultar da incapacidade pessoal do devedor, nos seguintes termos: "as obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor".

(b) A obrigação do fiador possui, em regra, a mesma extensão da obrigação do devedor principal, não podendo, contudo, ser contraída em condições mais onerosas:

---

[72] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 501.

[73] MARTINEZ, Pedro Romano; DA PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de cumprimento*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 84.

O caráter acessório da obrigação do fiador faz com que, em regra, ela se ligue em todos os pontos à obrigação do devedor afiançado. Assim, quando as partes não estabelecem limitação à obrigação do fiador, deve-se entender que ele obrigou-se nos mesmos moldes do devedor. Nesse sentido, o art. 822 do Código Civil declara que, "não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador".

Repetindo o art. 1.487 do Código Civil de 1916, o art. 823 do código em vigor declara que "a fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada".

Relativamente à impossibilidade de que o fiador se obrigue *in duriorem causam*, CLÓVIS BEVILÁQUA explica, em seus comentários ao Código Civil de 1916, que "o caracter mais oneroso da obrigação póde resultar da quantidade devida, do tempo e do logar em que se deve operar a solução, da condição, e do encargo".[74]

Deve-se perceber também que, por expressa disposição legal, não há dúvidas a respeito de que a obrigação do fiador pode ser limitada em relação à obrigação contraída pelo afiançado. Nas palavras de CLÓVIS BEVILÁQUA, a fiança "póde referir-se, apenas, a uma parte da dívida; ter prazo mais curto; ser exigível em logar mais commodo para o fiador; ser condicional quando a divida fôr pura e simples; estabelecer um encargo para o devedor".[75]

O doutrinador italiano MESSINEO também se pronuncia neste sentido, afirmando que "in dipendenza del suo carattere accessorio, la fideiussione non puó eccedere ciò che è dovuto dal debitore principale ('*durior causa'*), nè puo

---

[74] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado* cit., p. 618.

[75] Idem, ibidem.

> esse prestata a *condizioni* (tempo, luogo, modalità) *piú onerose*",[76] mas que, entretanto, "può prestarsi per uma *parte* soltanto del debito (fideiussiune *parciale*; '*melior causa'*) o a condizioni *meno onerose*".[77]

Outra consequência da acessoriedade diz respeito à possibilidade de o fiador invocar, perante o credor, as exceções extintivas da obrigação que competem ao devedor pessoal, nos termos do art. 827 do Código Civil. Entretanto, tal consequência será abordada em tópico específico, quando for analisada a relação jurídica entre credor e fiador.

h) Obrigação subsidiária

O caráter subsidiário da obrigação do fiador diz respeito ao momento em que o cumprimento da prestação pode ser exigido. Segundo o doutrinador português MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, "o direito acessório é, assim, um direito *conforme* um outro; o direito subsidiário é um direito de exercício *posterior* a um outro".[78]

Pode-se dizer que, no contrato de fiança, a subsidiariedade concretiza-se no benefício da excussão, que consiste na possibilidade conferida ao credor de exigir que os bens do devedor sejam executados antes de qualquer agressão ao seu patrimônio.

O *caput* do art. 827 do Código Civil de 2002 declara que "o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor"; seu parágrafo único dispõe que "o fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito".

Trata-se de regra dispositiva, podendo o fiador renunciar ao referido benefício, conforme previsto pelo próprio Código Civil, no inciso I do art. 828. Entretanto, mesmo havendo a renúncia, caso o fiador seja demandado autonomamente, terá ele a faculdade de

---

[76] MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale* cit., p. 169. Tradução livre: "Em virtude de seu caráter acessório, a fiança não pode exceder aquilo que é devido pelo devedor principal ('durior causa'), nem pode ser prestada em condições (tempo, lugar, modo) mais onerosas".

[77] Idem, ibidem. Tradução livre: "Pode ser prestada para apenas uma parte do débito (fiança parcial; melhor causa) ou a condições menos onerosas".

[78] COSTA GOMES, Manuel Januário da. *Assunção fidejussória de dívida* cit., p. 112.

chamar o devedor ao processo, conforme dispõe o art. 130, inciso I, do Código de Processo Civil, para que o título executivo seja simultaneamente constituído contra ambos.

De igual maneira, caso o fiador se obrigue como principal pagador ou devedor solidário, o benefício não se lhe aproveita, bem como nos casos em que o devedor principal venha a falir ou se torne insolvente, dado que, nessa hipótese, não haverá bens livres e desembaraçados para satisfazer a dívida afiançada.[79]

Interessante notar que, no Código Civil italiano, a sistemática relativa ao benefício da excussão é contrária à adotada pelo ordenamento brasileiro. Com efeito, o art. 1.944 do Código italiano prevê que o fiador obriga-se solidariamente com o devedor principal, sendo que as partes podem acordar que o fiador não fique obrigado a pagar o credor antes da excussão dos bens do devedor principal. Ou seja, lá a regra é a solidariedade, ao passo que, aqui, a regra é a subsidiariedade.

2.2 Requisitos e modalidades

Para que se possa considerá-lo válido, o contrato de fiança possui alguns requisitos:

(a) Requisitos subjetivos:

> Conforme explica CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "em linha de princípio, basta a capacidade genérica; mas quem não a tem para contratar não pode afiançar".[80]
>
> A famigerada regra que proibia às mulheres prestar fiança (*senatus-consulto Veleiano*) não vigora mais. Neste ponto, incide tão somente a regra que impõe a outorga uxória do cônjuge para que a fiança prestada – pelo homem ou pela mulher – seja válida, salvo se o regime matrimonial for o da separação absoluta de bens (art. 1.647).

---

[79] Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador: I – se ele o renunciou expressamente; II – se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário; III – se o devedor for insolvente, ou falido.

[80] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos cit., p. 495.

Há, ainda, algumas restrições de ordem legal, devido ao ofício ou função exercida, como no caso dos tutores e curadores, por exemplo, que não podem afiançar as obrigações contraídas por seus pupilos e curatelados.

(b) Requisitos objetivos:

A fiança depende da validade da obrigação afiançada.

Como já se demonstrou, a fiança pode ser dada à qualquer espécie de obrigação. Pode ser dada inclusive às obrigações sujeitas à condição suspensiva, as quais, embora existentes e válidas, não são eficazes até que tal condição se concretize. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA afirma que "os códigos suíço (art. 492) e italiano (art. 1.938) aludem à fiança dada à obrigação condicional, o que é cientificamente certo e traduz relação jurídica incensurável, ainda na falta de texto expresso".[81]

(c) Requisitos formais:

A fiança representa uma liberalidade do fiador e, justamente para não haver quaisquer dúvidas quanto à extensão do benefício, o ordenamento jurídico lhe impõe a forma escrita, *ad solemnitatem*, nos termos do art. 819 do Código Civil de 2002.

A título de curiosidade, deve-se dizer que o Código Civil português prevê diversamente, bastando para a validade do contrato de fiança que ele obedeça à forma da obrigação principal. O art. 628, n.º 1, do referido diploma declara que "a vontade de prestar fiança deve ser expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal".

Quanto às modalidades do contrato de fiança, podemos classificá-las em relação ao seu objeto e à sua forma.

---

[81] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos cit., p. 496.

Levando-se em consideração o objeto da fiança, isto é, a obrigação garantida, ela poderá ser civil ou comercial.

De acordo com MARIA HELENA DINIZ, a fiança será civil "se o devedor afiançado não for empresário ou se a obrigação garantida não tiver natureza mercantil, como p. ex. a outorga a respeito de locação imóveis (AJ, 109: 165)".[82] A mesma autora afirma que a fiança será comercial "se o devedor afiançado for empresário ou a obrigação afiançada tiver uma causa ou natureza mercantil, ou quando vier a assegurar negócio oriundo de atividade empresarial, embora o fiador não seja empresário".[83]

Pode-se dizer que tal classificação revelava-se útil e importante durante a vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916, uma vez que tais diplomas davam tratamento distinto às fianças mercantis e civis, respectivamente. Entre tais diferenças, a mais significativa consistia no fato de que, tratando-se de fiança comercial, o fiador se obrigava sempre solidariamente, não se admitindo pactuar o benefício da excussão (art. 258). Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que unificou o tratamento das obrigações civis e comerciais, e a consequente revogação da primeira parte do Código Comercial, a referida classificação perdeu a importância que possuía anteriormente.

Considerando-se a forma da fiança, podemos classificá-la em convencional, legal ou judicial.

A fiança será convencional sempre que sua celebração se dever exclusivamente à vontade do fiador e do credor, mesmo sem a anuência do devedor, como já se indicou. Será, entretanto, legal, quando sua constituição decorrer de uma determinação legal, como a contida no art. 1.280, por exemplo, segundo o qual "o proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente". Poderá ser, por fim, judicial, sempre que as

---

[82] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais cit., p. 617.

[83] Idem, ibidem.

partes a celebrarem com o escopo de garantir uma obrigação submetida à lide judicial ou até mesmo em virtude de uma determinação judicial *ex officio*.[84]

2.3 Fiança locatícia

Como se sabe, a Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990, que regula a impenhorabilidade do bem de família, declara, em seu art. 1.º que "o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei"[85].

O art. 3.º do aludido diploma dispõe, por sua vez, a respeito das hipóteses em que a impenhorabilidade não é oponível nos processos de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, aludindo, em seu inciso VI, às ações movidas "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação".

Conforme destaca ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, "tal exceção, como posta, poderia parecer verdadeira incongruência; pois, tendo o inquilino como impenhoráveis os bens que guarnecem sua residência, poderia seu fiador sofrer execução de seu bem de família, sua residência".[86]

De fato, nessa hipótese, estar-se-ia diante de uma situação em que a obrigação a cargo do fiador seria mais onerosa do que a obrigação sob a responsabilidade do afiançado, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

---

[84] Entre outros exemplos, cite-se o § 2.º do art. 835 do Código de Processo Civil, que trata sobre os pedidos formulados pelo devedor para a substituição da penhora, declarando que, "para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento".

[85] Parágrafo único do art. 1.º: "A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados".

[86] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família (Penhora em fiança locatícia e direito de moradia). In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogerio (Org.). *Responsabilidade civil*: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009. p. 71.

Ocorre que, muitas vezes, o fiador de contratos de aluguel de imóveis urbanos oferece um bem específico em garantia, móvel ou imóvel, que fica gravado por um contrato de penhor ou de hipoteca. O § 1.º do art. 38 da Lei n.º 8.245, de 1991, estabelece que "a caução em bens móveis deverá ser registrada em cartório de títulos e documentos; a em bens imóveis deverá ser averbada à margem da respectiva matrícula".

Consoante ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, a partir do momento em que tais providências registrárias são tomadas, "não se cuida de mera garantia fidejussória, que vincula, mais, a pessoa do garantidor",[87] tratando-se, na realidade, "de direito real sobre coisa alheia".[88] Assim, conclui o autor que, quer se trate de bem móvel ou imóvel, "esse ato jurídico perfeito, cuja validade se estende a terceiros, é *erga omnes*; não há que se falar em sua desconstituição por ser bem de família".[89]

Deve-se dizer que a própria lei traz exceção atinente aos casos de imóveis que se caracterizam como bem de família, mas foram oferecidos em hipoteca pela própria entidade familiar. Nos termos do inciso V do referido art. 3.º, a impenhorabilidade do bem de família não será oponível "para execução de hipoteca sobre o bem imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar". Nesses casos, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO afirma que "também seria procedimento de alta má-fé que o proprietário de um bem o conferisse em garantia de uma relação jurídica, para não cumprir o avençado ou já sabendo da impossibilidade de fazê-lo".[90]

Adotamos a mesma posição do referido autor, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, entendendo que, sempre que a fiança locatícia se concretize com a dação de um bem imóvel em garantia do cumprimento das obrigações do locatário, mesmo que se caracterize como um bem de família, tal bem imóvel poderá ser penhorado.

---

[87] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família (Penhora em fiança locatícia e direito de moradia) cit., p. 71.

[88] Idem, ibidem.

[89] Idem, ibidem.

[90] Idem, p. 72.

2.4 Fiança conjunta

Conforme explica CLÓVIS BEVILÁQUA, "a mesma dívida póde ser garantida por diversos fiadores",[91] sendo que "se cada um delles assume a sua obrigação em acto separado, o credor póde accionar o que escolher, pela totalidade da dívida".[92]

Há, no entanto, a possibilidade de que os fiadores prestem fiança conjuntamente, no mesmo instrumento. Tal possibilidade encontra-se regulada pelo *caput* do art. 829 do Código Civil, nos seguintes termos: "a fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão".

Como se vê, o nosso Código Civil presume a solidariedade, autorizando, entretanto, que os fiadores se valham do benefício da divisão. Nos comentários ao *caput* do referido dispositivo, CARLOS FERNANDO MATHIAS explica que "tem que ser expressa a divisão estipulada no contrato de fiança, precisamente, para definir o limite ou a extensão da obrigação de cada um dos fiadores".[93] Com efeito, o parágrafo único do referido dispositivo declara que, "estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento".

Nesse caso, o ordenamento italiano possui sistemática semelhante à nossa. O art. 1.946 do 'Codice' declara que "se più persone hanno prestato fideiussione per un medesimo debitore e a garanzia di un medesimo debito (1292), ciascuna di esse e obbligata per l'intero debito, salvo che sia stato pattuito il beneficio della divisione".[94] Ou seja, lá também se presume a solidariedade dos fiadores, permitindo-lhes, contudo, estabelecer o benefício da divisão.

---

91 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado* cit., p. 627.

92 Idem, ibidem.

93 MATHIAS, Carlos Fernando. *Código Civil comentado* – Direito das obrigações. Várias espécies de contrato (fiança, transação e compromisso). Atos unilaterais. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004. v. 9, p. 39.

94 Tradução livre: "Se mais de uma pessoa prestou fiança para o mesmo devedor e para a mesma dívida, qualquer uma delas está obrigada pela integralidade do débito, salvo quando tiver sido estabelecido o benefício da divisão".

Há que se perquirir, entretanto, quais os efeitos da insolvência de um dos cofiadores quando houver sido estabelecido o benefício da divisão. Nesse caso, a resposta deve ser semelhante à dada pelos romanos: a parte do insolvente deve ser dividida entre os solventes, na mesma proporção em que se obrigaram a pagar a dívida principal. É essa a lição de CARVALHO SANTOS: "na insolvência de um ou mais fiadores, a sua contribuição para o pagamento recai sobre os fiadores solváveis na mesma proporção em que devem suportar o pagamento da dívida principal".[95]

Não se pode deixar de dizer que tais disposições e soluções jurídicas representam reflexos diretos das criações do direito romano, especificamente da Lex Appuleia e da Lex Furia, bem como da Epístola de Adriano, conforme já se teve a oportunidade de analisar.

É de se notar que o Código Civil, depois de permitir estipular o benefício da divisão, afastando, desse modo, a solidariedade quanto à cobrança da dívida garantida, autoriza que "cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado" (art. 830). Ou seja, com fundamento nesse artigo, os fiadores que prestarem conjuntamente a fiança podem fixar sua responsabilidade livremente, cada qual por determinada parte, sem que haja tal divisão seja necessariamente proporcional.

2.5 Efeitos

Ao identificarmos as partes do contrato de fiança, destacamos que este se celebra somente entre o fiador e o credor da obrigação garantida. Entretanto, por ser um contrato acessório, que se liga ao contrato principal com a finalidade de garantir seu cumprimento, a fiança ganha, nas palavras de SERPA LOPES, "um aspecto triangular, pois que envolve a pessoa do fiador, do credor e do afiançado".[96]

Por isso, ao tratar dos efeitos do contrato, a maioria dos doutrinadores opta por analisá-los em dois planos: no primeiro plano, examinam-se as relações entre o fiador e o

---

[95] CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil interpretado.* Direito das obrigações – Arts. 1.363-1.504 cit., p. 468.

[96] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 519.

credor, ao passo que, no segundo, verificam-se as relações entre o fiador e o devedor garantido.

a) Relações entre o fiador e o credor

Vencida a dívida, o credor tem o direito de exigir do fiador seu pagamento.

Importante dizer que, a partir do vencimento da dívida, seja ele decorrente da interpelação (*ex persona*) ou do atingimento do termo (*ex re*), o credor pode exigir a satisfação da dívida pelo fiador, sem interpelar novamente o devedor ou demonstrar seu incumprimento. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES trata a esse respeito nos seguintes moldes:

> Não estabelecendo as partes no contrato de fiança condições diferentes para o vencimento da obrigação fidejussória – condições que, para serem eficazes, terão de ser mais vantajosas para o fiador – o vencimento da obrigação principal projecta-se no da obrigação fidejussória. Tal significa que o credor não tem que aguardar o incumprimento de um para agir contra o outro: não tem, concretamente, que aguardar – e subsequentemente provar – o incumprimento do devedor para poder agir contra o fiador.[97]

O benefício da excussão – ou benefício de ordem – se insere, por assim dizer, no âmbito da oposição do fiador à solicitação de pagamento.

Com efeito, se ele gozar do referido benefício, poderá exigir, até a contestação da lide, que os bens do devedor sejam executados primeiramente; nesse caso, deverá indicar tais bens, livres e desembargados, que estejam no mesmo município e sejam suficientes para solver o débito (art. 827, *caput*, e parágrafo único).

Atualmente, revela-se bastante comum que o fiador renuncie a tal benefício ou se obrigue como principal pagador e/ou devedor solidário, conforme preveem os incisos I e II do art. 828 do Código Civil. Caso o devedor seja insolvente ou falido, o benefício de ordem tampouco se lhe aproveitará, por expressa disposição legal, que é absolutamente

---

[97] COSTA GOMES, Manuel Januário da. *Assunção fidejussória de dívida*. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador cit. p. 979.

compreensível, na medida em que não existirão bens livres ou desembaraçados para serem indicados pelo fiador.

Em todo caso, seja no âmbito da ação proposta diretamente contra si ou no âmbito da ação proposta depois da tentativa de satisfação da dívida com base no patrimônio do devedor, o fiador poderá opor determinadas exceções à pretensão do credor. Com efeito, o art. 837 do Código Civil declara que "o fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor".

A primeira parte do dispositivo autoriza que o fiador oponha ao credor as exceções que lhe sejam pessoais. De fato, o fiador possui, como se viu, uma obrigação própria, de natureza acessória; assim, nada mais natural do que autorizá-lo a opor quaisquer exceções que digam respeito a essa obrigação, tais como vícios de consentimento, que tornariam a obrigação de garantia anulável, ou os modos alternativos de adimplemento e extinção das obrigações, como a novação, a confusão, a compensação, a transação e a remissão. O fiador pode, ainda, opor as exceções decorrentes da falta de outorga uxória, a nulidade da fiança, sua exoneração pela ocorrência do prazo fixado, assim como outras que eventualmente se verifiquem no plano da respectiva obrigação acessória.

Esse é o entendimento de CARLOS FERNANDO MATHIAS, em seus comentários à primeira parte do referido dispositivo:

> Como obrigação acessória, a fiança não só se extingue com o principal, mas também por quaisquer das causas pelas quais se extinguem as obrigações como, por exemplo, o pagamento, a compensação, a novação, a transação, a confissão e o advento do termo de remissão.
>
> Ademais, o fiador pode opor ao credor, quando acionado, as exceções que lhe são pessoais, tais como a nulidade da fiança, a extinção da dívida ou a falta de outorga uxória.
>
> Em outras palavras, o fiador, como qualquer devedor, pode opor exceções que lhe são pessoais, como a incapacidade para ser fiador, a nulidade da fiança ou a exoneração pela ocorrência do prazo fixado.[98]

[98] MATHIAS, Carlos Fernando. *Código Civil comentado* cit., p. 53.

No entanto, o fiador pode opor ao credor, também, as exceções "extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor" (art. 837, 2.ª parte).

Tal possibilidade decorre do caráter acessório da obrigação fidejussória. Com efeito, nas palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "a relação de dependência estabelecida entre a acessória e a principal tem várias consequências, todas porém subordinadas à regra *accesorium sequitur principale*. Assim, se a obrigação principal se extingue, a acessória automaticamente desaparece".[99]

A maior parte dos doutrinadores cita, como exceções do devedor ligadas ao crédito e, por isso, oponíveis pelo fiador, a nulidade da obrigação principal, o pagamento, a novação, a compensação ou a confusão havida entre o devedor e o credor, a remissão da dívida e a prescrição. A respeito de tais exceções, podem ser feitas algumas observações:

(a) Nulidade:

Tratando-se de nulidade absoluta do negócio afiançado, a fiança também será nula.

Há, porém, casos em que a nulidade é relativa; trata-se dos casos de anulabilidade do negócio jurídico. Nessas hipóteses, se o devedor garantido convalidar a obrigação defeituosa, na forma do art. 172 do Código Civil, entende-se que a obrigação acessória do fiador também se torna válida e definitiva. Nas palavras de SERPA LOPES, "a ratificação feita pelo legítimo interessado, revalidando o contrato principal anulável, não pode ser impugnada pelo fiador, por isso que a obrigação acessória torna-se definitiva a partir do momento em que a principal é ratificada".[100]

---

[99] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: obrigações. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2, p. 117.

[100] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 521.

(b) O pagamento:

Conforme ressalta CARVALHO SANTOS, "o pagamento da dívida pelo devedor principal extingue de pleno direito a obrigação da fiança".[101] Entretanto, "se o pagamento feito é anulado, ou julgada improcedente a consignação, a fiança renasce, sem necessidade de ato jurídico especial".[102]

Deve-se ter em mente que, caso o pagamento seja feito por terceiro, as partes poderão convencionar a sub-rogação, com a transferência das garantias de que dispunha o credor ao terceiro sub-rogado, consoante os arts. 347, I, e 349 do Código Civil. Nessa hipótese, não haverá a extinção da fiança.

Interessante questão surge quando, existindo fiança parcial, o pagamento é feito também parcialmente e sem imputação. Nesse caso, deve-se perquirir se o pagamento tem efeito liberatório ou não sobre a obrigação do fiador. Segundo CARVALHO SANTOS, "a conclusão é que, se a fiança incide somente sobre parte da dívida, o pagamento feito pelo devedor deve imputar-se preferentemente sôbre a parte não afiançada".[103] De acordo com o autor, tal conclusão decorreria do fato de que os contratantes sabiam, muito provavelmente, que o devedor não poderia solver a dívida em sua integralidade, e, por isso, a fiança se destinaria a garantir justamente a parte que ele ficaria devendo por último.

(c) A novação:

Como se sabe, a novação é um dos modos de extinção das obrigações sem que se realize o pagamento. De acordo com CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "pode ser conceituada como a constituição de uma obrigação nova, em

---

[101] CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil interpretado.* Direito das obrigações – Arts. 1.363-1.504 cit., p. 487.

[102] Idem, ibidem.

[103] CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil interpretado.* Direito das obrigações – Arts. 1.363-1.504 cit., p. 488.

substituição de outra que fica extinta".[104] O art. 360 do Código Civil regula suas respectivas hipóteses.

Justamente por implicar a criação de uma obrigação nova, os acessórios e as garantias da obrigação anterior serão, com ela própria, extintos. As partes podem, entretanto, prever o contrário, na forma do art. 364, primeira parte: "A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário".[105] O art. 366 regula especificamente a hipótese em que a obrigação novada era garantida por fiança, estabelecendo que "importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consenso com o devedor principal".

Ou seja, ainda que as partes estipulem, no instrumento da novação, que os acessórios e as garantias serão mantidos, a obrigação do fiador somente permanecerá exigível se ele tiver consentido com os termos da obrigação nova. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA explica que "os privilégios e garantias prestados por terceiro dependem da anuência deste, incluindo na mesma exigência as garantias fidejussórias, que não prevalecem no silêncio dos que a hajam prestado".[106]

(d) A compensação:

Nos termos do art. 368 do Código Civil, "se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem".

Sempre que o credor seja, ao mesmo tempo, devedor do afiançado, este poderá lhe opor que sua dívida está extinta, até o limite da compensação. Ora, se o devedor principal deixa de ser devedor, o fiador não está mais, consequentemente, obrigado.

---

[104] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: obrigações cit., 27. ed., v. 2, p. 233.

[105] Teor integral do art. 364: A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressalvar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

[106] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: obrigações cit., 27. ed., v. 2, p. 242.

Diga-se que o devedor não poderá opor ao credor da obrigação afiançada a existência de créditos de titularidade do fiador. Com efeito, a extinção da obrigação principal extingue, na mesma medida, a obrigação acessória, mas o contrário não se opera. Há regra específica sobre isso: "o devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever; mas o fiador pode compensar sua dívida com a de seu credor ao afiançado" (art. 371).

(e) A confusão:

A confusão se opera quando, na mesma pessoa, confundem-se as qualidades de credor e devedor (art. 381, CC).

Entre os exemplos mais comumente dados pela doutrina, está o da sucessão *mortis causa*, em que o herdeiro recebe, no bojo da herança, determinado crédito cujo devedor é ele próprio. Extinguindo-se a obrigação, já que ninguém irá prestar a si próprio, o fiador também fica desobrigado.

Entretanto, hipótese distinta verificar-se-ia se o herdeiro recebesse, também no bojo da herança, determinado crédito garantido por fiança dada por si próprio. Nesse caso, confundem-se as pessoas do credor e do fiador, permanecendo hígida a obrigação principal.

(f) A remissão:

Na dicção do Código Civil, a remissão possui natureza contratual, na medida em que, para produzir seus efeitos liberatórios, precisa ser aceita pelo devedor. O art. 385 do Código Civil declara que "a remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro".

Com efeito, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA acentua tratar-se de "liberação direta, como o pagamento, e não por via de consequência, como a novação ou a compensação".[107] O doutrinador afirma também que "pode, ainda, ser total, quando tem por objeto a completa extinção da obrigação, e parcial, quando

[107] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: obrigações cit., 27. ed., v. 2, p. 262.

por via dela concede o credor a redução na dívida, que subsiste em parte e é em parte remitida".[108]

Extinguindo-se a obrigação principal pela remissão, extinguir-se-á, via de consequência, a obrigação acessória do fiador. Se a remissão for parcial, o fiador continuará obrigado a satisfazer o crédito remanescente, que não fora objeto da liberação, caso o devedor principal não o faça.

Pode o credor entender por bem remitir a obrigação fidejussória, hipótese em que a obrigação do devedor principal se manterá hígida, como explica CLÓVIS BEVILÁQUA: "a remissão feita em benefício do fiador não extingue a dívida principal; importa apenas em renúncia da garantia fidejussória"[109].

(g) A prescrição:

Quando a obrigação do devedor principal deixa de ser exigível em virtude da prescrição, a obrigação do fiador, que lhe é acessória, também deixará de sê-lo. Assim, quando demandado, o fiador poderá opor a prescrição da dívida, que se consuma no prazo aplicável à relação jurídica mantida entre credor e devedor principal. Isso porque, recorrendo-se novamente à lição de CLÓVIS BEVILÁQUA, "a prescripção não extingue diretamente a fiança; actua somente sobre a dívida principal".[110]

Deve-se ter em mente que, nos termos do art. 204, § 3.º, do Código Civil, "a interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador".

Quanto à possibilidade de o fiador invocar eventuais vícios na declaração de vontade do devedor, que inquinem a relação jurídica principal, há alguma divergência na doutrina, principalmente em virtude da regra contida na segunda parte do art. 177, segundo a qual "a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de

---

[108] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: obrigações cit., 27. ed., v. 2, p. 264.

[109] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado* cit., p. 637. O autor prossegue afirmando que "o mesmo se dará com respeito aos outros modos de extincção directa commum da fiança, porque o acessório não arrasta o principal" (Idem, ibidem).

[110] Idem, ibidem.

ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade".

Segundo SERPA LOPES, "como a matéria de anulabilidade é de âmbito restrito quanto aos que podem argui-la, é claro que ao fiador não compete invocá-la, sem que o verdadeiro interessado a tenha oposto e pedido a sua declaração judicial".[111]

Por sua vez, SÍLVIO VENOSA entende que, "se, por exemplo, a obrigação principal é nula ou foi obtida mediante vício de vontade do devedor, dolo ou coação, pode a matéria ser alegada pelo fiador, embora esses vícios não lhe sejam próprios, isto é, o fiador pode alegar exceção que não lhe é pessoal".[112]

O argumento decisivo vem de CLÓVIS BEVILÁQUA, em seus comentários ao art. 152 do Código Civil de 1916, quando ele define quem seriam os interessados com legitimidade para obter a anulabilidade do negócio em virtude da incapacidade relativa do agente ou de defeitos da vontade: "por interessados entendem-se a parte em favor da qual existe a nullidade, ou seus successores ou sub-rogados, credores e, ainda, terceiros prejudicados".[113]

Para se concluir a favor da possibilidade do fiador invocar como exceção o vício de consentimento na declaração do devedor principal, deve-se ter em conta, também, o motivo pelo qual a lei restringiu a legitimidade para postulação do decreto de anulabilidade às partes interessadas. Diferentemente dos casos de nulidade dos negócios jurídicos, as hipóteses de anulabilidade não traduzem uma agressão ao interesse público, mas dizem respeito tão somente à conveniência das partes.

Ora, não restam dúvidas de que o fiador se obriga perante o credor na mesma "medida" que o devedor principal o faz. Pode-se dizer, recorrendo-se a uma composição de imagens, que a obrigação fidejussória se baseia e está sobre a obrigação garantida.

Por isso, entendemos que, se a declaração que dá origem à obrigação garantida encontra-se viciada, o fiador pode sim alegar tal vício para obstar a pretensão do credor, ainda

---

[111] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 522.

[112] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil.* Contratos em espécie cit., p. 506.

[113] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado* cit., v. 2, p. 419.

que o devedor principal não o faça; de fato há uma mácula na obrigação principal, que projeta reflexos sobre a obrigação acessória. Se, no entanto, o devedor principal confirmar o negócio jurídico anulável por vício, consoante permite o art. 172 do Código Civil, o fiador estará então sujeito à obrigação fidejussória nos exatos termos de seu contrato de fiança.

Cumpre salientar que o Código previu, na segunda parte do art. 837, uma exceção à regra de que o fiador não poderá invocar as exceções pessoais do devedor, mas tão somente aquelas ligadas ao crédito garantido, dispondo que ele poderá invocar a incapacidade do devedor nos casos de mútuo feito a pessoa menor. Com efeito, a exceção se coaduna com a regra contida no art. 588 do Código Civil, segundo a qual "o mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores".

Por fim, cumpre analisar os moldes em que o fiador encontra-se obrigado quando a obrigação afiançada possui termo para vencimento. Com efeito, SERPA LOPES destaca, inicialmente, que "um princípio assente em matéria de fiança é o da não exigibilidade da fiança senão no termo fixado para a obrigação principal".[114]

Contudo, há, como se sabe, a possibilidade de ocorrer o vencimento antecipado da dívida, nomeadamente nas hipóteses previstas pelos incisos do art. 333 do Código Civil, assim como outras, que as partes eventualmente venham a estipular.

Nesses casos, a doutrina majoritária entende que o fiador somente estará obrigado ao pagamento quando expirar o termo inicialmente fixado na obrigação principal. Este posicionamento baseia-se no disposto no parágrafo único do referido artigo, segundo o qual "nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes".

O mesmo doutrinador, SERPA LOPES, afirma que "é de se observar não ter o nosso Código expressamente incluído o fiador, mas não temos dúvidas em equipará-lo ao devedor solidário solvente".[115] Prossegue: "a objeção de ser a fiança um contrato acessório carece de

---

[114] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 519.

[115] Idem, p. 520.

procedência, desde quando se considere que esse caráter acessório não obsta a que ela possua uma certa autonomia".[116]

PONTES DE MIRANDA manifesta-se no mesmo sentido, asseverando que "o fiador não pode ser constrito ao adimplemento antes do têrmo fixado para o adimplemento da dívida principal, mesmo se se abre concurso de credores do devedor (concurso civil de credores, falência ou liquidação coativa)".[117]

Não vemos impedimento para que as partes estipulem de modo distinto, ou seja, prevendo que, em caso de vencimento antecipado da dívida, "a aceleração" ocorrerá também contra o fiador. Diga-se, somente por desencargo de consciência, que o que não pode ocorrer, em hipótese alguma, é a previsão de que o vencimento da obrigação do fiador ocorrerá antes do vencimento da obrigação do devedor, em virtude da incidência do princípio que veda ao fiador sua vinculação *in duriorem causam*.

b) Relações entre o fiador e o devedor

Nas relações entre o fiador e o devedor, o que releva mais importante é o benefício da sub-rogação.

Trata-se, com efeito, de um benefício engendrado pelo próprio direito romano, durante o desenvolvimento da *fideiussio*.

Como se viu, no período clássico, os romanos não possuíam instrumentos para fazer com que o *fideiussor* que pagasse a dívida do devedor principal obtivesse o ressarcimento da referida quantia. Posteriormente, quando a jurisprudência passou a permitir tal ressarcimento, admitiu-se também que o *fideiussor*, após o pagamento, passasse a gozar do mesmo *status* que o credor possuía relativamente ao devedor principal, por meio de uma "cessão" de ações, que recebeu o nome de *beneficium cedendarum actionum*.

Ao tratar sobre o referido benefício, SERPA LOPES explica que se tratava de "uma forma já conhecida do Direito Romano; dependia, para a sua concessão, de ser ela exigida do

---

[116] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 520.

[117] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Parte Especial cit., p. 211.

credor pelo fiador, no momento de pagar o débito afiançado, ocasião em que o credor, sendo satisfeito, teria de transferir ao fiador todas as ações inerentes ao crédito".[118] O autor destaca que, "no nosso direito, a orientação foi a da sub-rogação legal, em consequência do simples pagamento da dívida pelo fiador".[119]

De fato, no nosso ordenamento, a sub-rogação em favor do fiador opera-se *ope legis*, declarando o art. 831 do Código Civil, primeira parte, que "o fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor". Trata-se, na realidade, de especificação da regra contida no inciso III do art. 346 do Código, segundo a qual "a sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor [...] do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte".

Em seus comentários ao art. 1.495 do Código Civil de 1916, substituído pelo art. 831 do Código de 2002, com idêntica redação, CARVALHO SANTOS afirma que a sub-rogação "consiste na operação por meio da qual uma pessoa que paga uma dívida, ou que fornece ao devedor os meios necessários para que pague sua dívida, substitui o credor primitivo, adquirindo os direitos e ações que a este cabiam".[120] Segundo o autor, "verifica-se aí um fato interessante", na medida em que "a dívida, apesar de paga, reputa-se subsistente com todos os seus acessórios".[121]

Com efeito, conquanto a sub-rogação corresponda a uma modalidade de pagamento, seu grande atributo é o fato de que a dívida originária do devedor não é extinta. Ele continua obrigado, mas, no entanto, perante credor diverso. A esse respeito, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA leciona o seguinte:

> A explicação mais consentânea com a etiologia da sub-rogação é a que assenta na análise da relação obrigacional, nos seus dois aspectos, ativo e passivo. Com o pagamento pelo terceiro, é satisfeito o credor, que não tem mais o poder de exigir do devedor o cumprimento. Mas, como este não solveu, continua para ele existindo o dever-prestar, o qual, agora, é em relação ao terceiro solvente, estranho à relação obrigatória primitiva, até que a *solutio* de sua parte venha extinguir de todo o vínculo. Na verdade, quando

---

[118] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 528

[119] Idem, ibidem.

[120] CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil interpretado.* Direito das obrigações – Arts. 972-1.036 cit. 9. ed., v. 13, p. 55-56.

[121] Idem, ibidem.

> o terceiro solve o crédito de outrem, extingue neste o poder sobre o patrimônio do devedor, mas deixa sobreviver o débito, isto é, a obrigação de prestar, que efetivamente desaparece somente no momento em que o devedor executa o que lhe cabe.[122]

Assim, imaginando-se que o credor originário goze de garantia real contra o devedor principal, o fiador que solver a dívida garantida poderá se valer de tal garantia real na cobrança de seu crédito. Em relação à garantia de alienação fiduciária de bens imóveis, há disposição expressa na Lei n.º 9.514, de 1997, que regula tal modalidade de garantia, segundo a qual "o fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária".

Além da conservação das garantias em favor do credor, a sub-rogação conduz à conservação das próprias características do crédito garantido, pois, a despeito do pagamento, o vínculo jurídico permanece.

Tal circunstância revela-se extremamente relevante na medida em que, muitas vezes, as instituições bancárias dão fiança para garantir o pagamento de créditos tributários ou trabalhistas, por exemplo, que possuem tratamento diferenciado no âmbito da Lei n.º 11.101, de 2005, que cuida das recuperações judiciais e falências. Assim, após o pagamento, os fiadores sub-rogados farão jus a tal tratamento diferenciado, o que sem sombra de dúvida lhes é altamente benéfico.[123]

Em sua segunda parte, o *caput* do art. 831 trata sobre a sub-rogação na hipótese de fiança conjunta; nos termos do dispositivo, o fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor, "mas só poderá demandar a cada um dos fiadores pela respectiva quota".

Conforme se explicou no item 2.3 *supra*, quando mais de um fiador se obriga, conjuntamente, a afiançar determinado débito, presume-se existir entre eles a solidariedade. Podem eles, entretanto, prever o benefício da divisão, de modo que cada fiador fique

---

[122] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: obrigações. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2, p. 213.

[123] O E. Tribunal de Justiça de São Paulo tem posição consolidada nesse sentido. A esse respeito, confira-se o julgamento proferido no Agravo de Instrumento n.º 0239075-48.2012.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Francisco Loureiro (1.ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo).

responsável somente pela parte que proporcionalmente lhe cabe na dívida (art. 829 e parágrafo único).

Com efeito, a norma contida no *caput* do art. 831 diz respeito às hipóteses em que os fiadores não preveem o benefício da divisão, podendo o credor demandar, de qualquer um deles, a satisfação integral da dívida. Por força da referida regra, o fiador que pagar integralmente a dívida e se sub-rogar nos direitos do credor poderá cobrar dos demais fiadores somente sua cota-parte.

Tal previsão causa, às vezes, certo estranhamento. Isso porque, tendo-se em mente que o fiador que paga a dívida afiançada se sub-roga nos direitos do credor, imagina-se que ele, o fiador sub-rogado, poderia se voltar indistintamente contra todos os demais fiadores, tal como o credor poderia fazê-lo. Ocorre que o benefício da sub-rogação restringe-se à relação entre o fiador e o devedor, não se estendendo às relações entre os fiadores.

Com efeito, quando o fiador paga a dívida, extingue-se entre ele e os demais fiadores o vínculo que existia e era solidário, o que não ocorre relativamente ao devedor garantido, que permanece obrigado a prestar, perante credor diverso, como se viu por meio da preciosa lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. Nesse sentido, CARVALHO SANTOS destaca: "note-se que só aos outros fiadores é que o fiador que pagou pode cobrar a dívida pela forma aqui prescrita. Do devedor, êle pode cobrar a dívida por inteiro, pois fica sub-rogado nos direitos do credor".[124]

Diga-se que o parágrafo único do referido dispositivo regula os casos em que os fiadores previram o benefício da divisão, declarando que "a parte do devedor insolvente distribuir-se-á pelos outros".

Pode-se ver, nas referidas normas, o reflexo da regra geral a respeito do pagamento feito por um dos devedores solidários, segundo a qual "o devedor que satisfez a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos codevedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os codevedores" (art. 283 do Código Civil).

---

[124] CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil interpretado.* Direito das obrigações – Arts. 1.363-1.504 cit., 8. ed., v. 19, p. 472.

Todavia, há hipóteses em que o fiador perde o benefício da sub-rogação, seja quando presta a fiança sozinho ou quando a presta conjuntamente. Da doutrina extraem-se três hipóteses:

a) Quando o fiador satisfaz a obrigação garantida, mas não comunica o devedor principal, que a cumpre em duplicidade:

Nas palavras de SERPA LOPES, "a *repetitio indebiti* competirá, em tal situação, ao fiador e não ao devedor principal".[125]

b) Quando o pagamento for feito em prejuízo dos direitos do devedor:

Por prejuízo, entendem-se os casos em que o pagamento seja feito em excesso ou quando o pagamento é feito antes de vencida a dívida. Quando o pagamento é feito em excesso, a sub-rogação se limitará ao valor da dívida; tratando-se de pagamento anterior ao vencimento da dívida, a sub-rogação somente se operará a partir do termo.

Há também o caso em que o fiador satisfaz a obrigação garantida sem avisar previamente o devedor e o último possuía uma exceção extintiva do crédito. Quando isso ocorre, pode-se dizer que a sub-rogação não se operará, pois o fiador pagou o que não era devido; para CARVALHO DE MENDONÇA, "é mui justo que o fiador, pagando a dívida sem dar conhecimento ao devedor, suporte da parte dêste todas as exceções oponíveis ao credor em cujos direitos se sub-rogou".[126]

c) Quando o fiador dá a garantia *animus donandi*:

Nesse caso há, na realidade, a desistência do direito de sub-rogação, não se tratando de uma hipótese impeditiva de seu exercício. O mesmo autor, CARVALHO DE MENDONÇA, afirma que "a fiança não envolve a ideia, o elemento de empobrecimento de uma parte em favor do aumento do

---

[125] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 529.

[126] CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro* cit., p. 837.

> patrimônio da outra e mantém-se com seu caráter de promessa até que a falta do devedor lhe dê realidade".[127]

Por fim, no tocante à sub-rogação, cumpre dizer que o Código Civil de 2002 conservou regra do Código Civil de 1916, inserindo-a em seu art. 834, cujo escopo principal é proteger o fiador que faz jus ao benefício da excussão. Para tanto, o dispositivo declara que, "quando o credor, sem justa causa, demorar a execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador promover-lhe o andamento".

Nas palavras de SILVIO RODRIGUES, "tem o fiador justo interesse em pôr termo à sua responsabilidade e em exigir que o resultado da ação seja logo apurado".[128] De fato, parece-nos contrário ao direito não permitir que o fiador, titular do benefício de excussão, tome medidas capazes de constranger o patrimônio do devedor e, com isso, obter a quitação da dívida garantida, quando se verifica que há bens suficientes para saldar a dívida afiançada, mas o credor demora em tomar as medidas referentes à execução da dívida.

2.6 Subfiança e retrofiança

O Código Civil de 1916 continha previsão no sentido de que o cumprimento da obrigação acessória do fiador poderia ser objeto de outra fiança. O art. 1.482 do antigo Código declarava que, "se o fiador tiver quem lhe abone a solvência, ao abonador se aplicará o disposto, neste capítulo, sobre fiança".

MARIA HELENA DINIZ explica que "o fiador do fiador era designado como abonador (CC de 1916, art. 1.482), o qual, por garantir a solvência do fiador, só respondia se houvesse inadimplemento do fiador principal".[129] Segundo a doutrinadora, "havia, então, uma responsabilidade fidejussória de segundo grau, pois o abonador somente respondia subsidiariamente pela solvência do fiador".[130] O Código Civil de 2002 não repetiu a regra

---

[127] CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro* cit., p. 814.

[128] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade cit., p. 375.

[129] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais cit., p. 616.

[130] Idem, ibidem.

contida no art. 1.482, mas nada impede que as partes ajustem nesse sentido por meio de um contrato atípico.

Por outro lado, o fiador pode exigir que o devedor constitua uma garantia em seu favor para lançar mão quando for executar seu direito de crédito decorrente da sub-rogação. Quando tal garantia consiste em uma fiança, estaremos diante do contrato de retrofiança.

O doutrinador português PEDRO ROMANO MARTINEZ explica que "o retrofiador garante o devedor perante o fiador que exerce o direito de crédito no qual ficou sub-rogado".[131] Além disso, destaca que "na retrofiança não se estabelece nenhuma relação com o credor primitivo, mas tão somente com o credor sub-rogado".[132]

Atualmente, pode-se dizer que tem sido muito comum na prática bancária a constituição de retrofianças em favor do fiador originário, assim como outras espécies de contragarantia.

2.7 Extinção da fiança

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA propõe uma interessante divisão para o estudo das causas de extinção da fiança. Segundo o autor, "a fiança pode cessar por três ordens de causas: fato do fiador, fato do credor, extinção da obrigação garantida".[133]

O fato do fiador ocorre quando ele decide se exonerar da fiança dada sem limitação de tempo. Tal hipótese é regulada pelo art. 835 do Código Civil, que declara que "o fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor".

Interessante notar que a liberação do fiador não está sujeita à aceitação pelo credor; o que se impõe ao fiador é tão somente que ele suporte os efeitos da fiança pelo prazo de sessenta dias, quando, a partir de então, estará liberado de pleno direito. Um dos exemplos

---

[131] MARTINEZ, Pedro Romano; DA PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de cumprimento* cit., p. 107.

[132] Idem, ibidem.

[133] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos cit., p. 502.

mais comuns de fiança dada sem limitação de tempo é aquela que assegura o cumprimento das obrigações do locatário "até a entrega das chaves" do imóvel alugado.

Nesse caso, a maior parte dos doutrinadores atuais chama a atenção para a diferença dos tratamentos dados pelo Código Civil de 2002 e o de 1916. Isso porque o Código Civil de 1916, no art. 1.500, declarava que o fiador poderia se exonerar da fiança sempre que lhe conviesse, ficando, entretanto, sujeito aos seus efeitos até o "ato amigável" do credor ou à sentença que o exonerasse.

Segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, tratava-se de "regra injusta, porque beneficiava o credor que maliciosamente procrastinasse o andamento do feito, estendendo no tempo os efeitos da garantia, e tirando proveito da própria má-fé, o que é contra a moral e o direito".[134] Veja-se que o próprio CLÓVIS BEVILÁQUA já criticava a disposição, afirmando, em seus comentários, que, "se o juiz reconhece que o fiador tinha o direito de exonerar-se da fiança, não devia o código sujeitá-lo às consequências do capricho do credor".[135]

De fato, pela disposição anterior, se o credor não quisesse liberar o fiador, o último ficaria sujeito aos efeitos da fiança até a decisão judicial, mesmo que o motivo dado pelo primeiro fosse rejeitado pelo juízo; CLÓVIS BEVILÁQUA sugeria que, "para evitar essa injustiça, poderá a sentença declarar o momento em que cessaram os efeitos da fiança. Evitará, por esse modo ao fiador, um accrescimo de responsabilidade que ele declarou não aceitar".[136]

Há, ainda, regra específica na Lei n.º 8.245, de 1991, que regula a vigência da fiança dada para a locação de imóveis urbanos.

O art. 39 da referida lei declara que, "salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei". O que releva no tocante a esse dispositivo é que, por força dele, não se aplica, no âmbito da locação de imóveis urbanos, o enunciado da Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "o fiador na

---

[134] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos cit., p. 502.

[135] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado* cit., p. 634.

[136] Idem, ibidem.

locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu". As partes podem, entretanto, dispor em contrário, tanto para limitar a fiança a um prazo determinado quanto para prever a possibilidade de desoneração pelo fiador.[137]

Quando o contrato de fiança é celebrado com prazo certo, não há dúvidas quanto ao termo de sua extinção, observando-se que, nesse caso, se o fiador desejar se exonerar, só poderá fazê-lo mediante a concordância do credor.

Observe-se que a morte do fiador também impõe a extinção do contrato de fiança, conservando-se, entretanto, sua responsabilidade até o falecimento. O art. 836 do Código Civil declara que "a obrigação do fiador passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança".

Em seus comentários ao Código Civil de 1916, que possuía artigo com idêntica redação, CLÓVIS BEVILÁQUA destaca a impropriedade jurídica da norma, que contém duas proposições contraditórias entre si, ao declarar inicialmente que a obrigação do fiador passa aos herdeiros e, em seguida, que a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador. Segundo o autor, as duas proposições deveriam ser conciliadas para "entender o pensamento da lei como se segue: a fiança extingue-se com a morte do fiador, mas a responsabilidade incorrida até esse tempo se transfere aos herdeiros".[138]

A parte final do dispositivo declara que a responsabilidade do fiador "não pode ultrapassar as forças da herança"; trata-se de um reflexo do princípio da irresponsabilidade *ultra vires hereditatis*, acolhido tanto pelo Código Civil anterior quanto pelo atual.

Os fatos do credor que podem conduzir à extinção da fiança, com a exoneração do fiador, ainda que ele tenha renunciado ao benefício da excussão, estão descritos nos incisos I, II e III do art. 838 do Código Civil; trata-se de hipóteses em que o fiador ficará desobrigado, ainda que tenha renunciado ao benefício da excussão.

---

[137] Nesse sentido: REsp 1412372/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª Turma, j. 07.04.2015, *DJe* 15.04.2015; e AgRg no REsp 1336452/MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª Turma, j. 25.03.2014, *DJe* 07.04.2014.

[138] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado* cit., p. 635.

Com efeito, o primeiro inciso do art. 838 diz respeito à hipótese em que o credor concede moratória ao devedor sem o consentimento do fiador. PONTES DE MIRANDA afirma que, "se o credor principal anui em *espera*, *dilação* ou qualquer *prazo de graça* ao devedor principal extingue-se a fiança".[139] Realmente, entendemos que não seria jurídico obrigar o fiador a ficar sujeito à exigibilidade da dívida garantida por mais tempo do que o que fora inicialmente pactuado com o credor sem que com isso ele concorde.

No entanto, o mesmo autor destaca que, "se o credor espera, sem se vincular a não pedir dentro de prazo, há *tolerância* e não *moratória*", e que "é assente não bastar como pressuposto para a incidência do art. 1.503, I, do Código Civil, ou do art. 262, 1.ª parte, do Código Comercial, o *prazo de tolerância*".[140] De fato, autorizar a exoneração do fiador em virtude da concessão de um mero prazo de tolerância por parte do credor redundaria numa previsão desmedida, inclusive porque, muitas vezes, a concessão de tais pequenos prazos é necessária para que o devedor possa se organizar e providenciar o pagamento.

Se tal prazo de tolerância for dado em uma situação que o fiador vislumbre que sua sub-rogação, no caso de pagamento, far-se-á impossível, ele poderá se valer, então, do inciso II do art. 838 do Código Civil. Tal inciso prevê que o fiador ficará desobrigado "se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências".

Como exemplos de fato do credor que podem dificultar ou impossibilitar a sub-rogação em seus direitos e preferências, pode-se citar a falta de registro de hipoteca dada em seu favor; a não interposição de um recurso contra decisão que lhe exclua da graduação em concurso de credores; a falta de exercício de um direito de retenção, entre outros.

Deve-se dizer que, das três hipóteses de liberação do fiador previstas no Código de 2002, esta é a que gera mais debates na doutrina.

Em primeiro lugar, controverte-se a respeito do momento em que tais direitos e preferências devem ser considerados, isto é, se devem ser considerados os direitos e preferências dos quais o credor desfrutava no momento em que o contrato de fiança foi celebrado ou no momento em que o pagamento se tornou exigível.

---

[139] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Parte Especial cit., p. 219.

[140] Idem, p. 220.

Para CLÓVIS BEVILÁQUA, a solução mais justa seria considerar que o preceito "somente se refere aos direitos e seguranças existentes ao tempo, em que foi dada a fiança, porque se deve entender que o fiador atendeu a essa situação jurídica do credor, quando assumiu a obrigação de se responsabilizar pelo pagamento";[141] em seus comentários, CARVALHO SANTOS adota o posicionamento de CUNHA GONÇALVES, classificando "de inadmissível a distinção, pois que a lei não a faz, mas, ao contrário, sub-roga o fiador em todos os direitos e preferências do credor existentes no momento do pagamento".[142]

Filiamo-nos ao último posicionamento, justamente por inexistir qualquer distinção na lei. Ademais, tem-se em mente que o patrimônio do devedor não é estático e, muito comumente, ocorrem oscilações durante a execução da obrigação garantida que devem ser refletidas no momento de se analisar se a conduta do credor está ou não prejudicando a sub-rogação do fiador; deslocar tal análise para o momento da celebração da fiança poderia ser prejudicial ao fiador.

Além disso, há autores que entendem que, por ser a fiança um contrato unilateral, existindo a obrigação de garantia somente por parte do fiador, não haveria base jurídica para se impor ao credor a obrigação de assegurar que o devedor mantivesse seu patrimônio hígido o suficiente para suportar a sub-rogação.

Entre tais autores, posiciona-se CARVALHO DE MENDONÇA, com severas críticas à previsão legal:

> A fiança é um contrato em que o fiador se obriga para com o credor, sem que êste assuma obrigação, ou prometa alguma coisa ao fiador.
>
> As garantias que o devedor fornece só militam no interêsse exclusivo do credor.
>
> O credor não as prometeu conservar para sub-rogar nelas o fiador. De sorte que lhe devia ser livre deixá-las perecer, ou mesmo renunciá-las, sem que ao fiador restasse o menor direito de se opor a tais atos.
>
> Se o credor deve por equidade ceder todas essas garantias contra o devedor ao fiador, que solver a dívida, deve cedê-las no estado em que se acharem e com isso se desobriga.

---

[141] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado* cit., p. 629.

[142] CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil interpretado.* Direito das obrigações – Arts. 1.363-1.504 cit., 8. ed., v. 19, p. 493.

> Por consequência, deve ser livre ao credor dispor de suas garantias como entender e nada mais injusto do que a doutrina dominante em contrário.[143]

Em sentido contrário, posicionam-se CARVALHO SANTOS e SERPA LOPES.

Para CARVALHO SANTOS, "a falta de sub-rogação nas garantias do credor viria a lesar a legítima expectativa do fiador em favor de quem estabelece a lei esta forma direta de extinção da fiança".[144] SERPA LOPES, por sua vez, fundamenta a responsabilidade do fiador no princípio geral de direito segundo o qual *alterum non laedere*, afirmando que ela decorre "não de um contrato, senão de um dever de conduta que o credor é obrigado a manter, abstendo-se da prática de qualquer ato ou da consumação de qualquer fato que altere o direito regressivo do fiador".[145]

Para a exoneração do fiador, não se exige a culpa do credor. Com efeito, PONTES DE MIRANDA afirma que, "se o credor torna impossível, mesmo sem culpa, a sub-rogação nos seus direitos e preferências, extingue-se a fiança".[146] Segundo o tratadista, "basta a relação de causalidade".[147]

É preciso ter em conta, além disso, a advertência de CARVALHO SANTOS no sentido de que tal regra não possui caráter absoluto. Segundo o autor, o dispositivo deve ser avaliado "na proporção do prejuízo causado ao fiador pelo fato do credor";[148] para ele, "se a sub-rogação se torna impossível somente em parte, só em relação a essa parte é que fica o devedor exonerado da fiança".[149]

De fato, parece-nos que, se a sub-rogação do fiador integra, por razões de equidade, a própria estrutura do contrato de fiança, seria injusto, isso sim, permitir que o credor se abstivesse de tomar medidas necessárias para a satisfação do crédito do fiador perante o

---

[143] CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro* cit., p. 845.

[144] CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil interpretado.* Direito das obrigações – Arts. 1.363-1.504 cit., 8. ed., v. 19, p. 492.

[145] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 533.

[146] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Parte Especial cit., p. 221.

[147] Idem, ibidem.

[148] CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil interpretado.* Direito das obrigações – Arts. 1.363-1.504 cit., 8. ed., v. 19, p. 493.

[149] Idem, ibidem.

devedor principal sem lhe cominar, por tanto, uma pena. É claro que não se lhe devem impor, tampouco, deveres exagerados relativos à conservação de tais direitos e preferências.

Há, ainda, a última hipótese de liberação do fiador por fato de credor, que ocorre quando este, "em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção" (art. 838, inciso III).

Como se vê, a referida norma faz referência à hipótese de dação em pagamento, que corresponde a uma modalidade especial de adimplemento das obrigações, regulada entre os arts. 356 a 359 do Código Civil de 2002. Recorrendo-se novamente a PONTES DE MIRANDA, ele ensina que "a dação em soluto é adimplemento e, se dação em soluto houve, o credor não pode exigir que o fiador cumpra a sua promessa: êle só prometeu que o devedor principal adimpliria e o devedor principal, *ex hypothesi*, adimpliu".[150]

Há, cumpre dizer, uma questão relevante que diz respeito à evicção no âmbito da dação em pagamento e seus efeitos em relação à fiança, pois, de acordo com o regramento geral da dação em pagamento, quando o credor sofre a evicção da coisa recebida em pagamento, a obrigação primitiva restabelecer-se-á e a quitação dada ficará sem efeitos (art. 359).[151] Entretanto, nos termos do inciso III do art. 838, o fiador ficará desobrigado em relação à fiança, mesmo se o credor vier a perder a coisa por evicção.

Em seus comentários à regra contida no Código Civil de 1916, CLÓVIS BEVILÁQUA explicava que a fiança não revive, mesmo quando a obrigação principal se restaura, "porque o fiador apenas assegurou o pagamento, não assumiu a responsabilidade pela evicção, que constitue outra relação de direito".[152]

Examinados os fatos do fiador e do credor que podem levar à extinção da fiança, resta-nos analisar a última forma que pode igualmente causar a extinção da fiança: trata-se da extinção da obrigação garantida.

---

[150] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Parte Especial cit., p. 222.

[151] "Art. 359. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros."

[152] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. v. 5, p. 639.

Por ser um contrato acessório, a fiança extingue-se sempre que sobrevenha uma causa de extinção da obrigação principal.

Nas palavras de CARVALHO DE MENDONÇA, "bem é de ver que em primeira linha vem o pagamento como causa extintiva".[153] Entretanto, conforme destaca o próprio autor, "o pagamento que libera o fiador é sòmente aquele que extingue a dívida e não o que é feito só com o intuito de liberar o devedor".[154] Ora, sempre que houver pagamento com sub-rogação, legal ou convencional, o fiador permanecerá obrigado fidejussoriamente perante o novo credor, desde que as partes não tenham de outro modo disposto, na forma do art. 349 do Código Civil.[155]

Outra hipótese de extinção da fiança é a perda fortuita da coisa. No entanto, conforme ressalta CARVALHO DE MENDONÇA, "se houve culpa do devedor, a dívida continua e com ela a garantia acessória da fiança".[156]

Com efeito, pode-se dizer que o fiador fica sujeito ao regramento geral do inadimplemento das obrigações por caso fortuito, isto é, quando a *vis divina* não lhe escusa a falta de prestação ao devedor, tampouco lhe escusará ao fiador. Assim, o principal exemplo extraído da lei consiste na hipótese em que o fortuito ocorre durante a mora do devedor, caso em que ele responderá pelas perdas e danos, salvo se provar que o dano sobreviria mesmo se a obrigação fosse oportunamente desempenhada (art. 399, Código Civil) – nesse caso, o fiador permanecerá, via de consequência, obrigado. Por fim, as partes podem convencionar, no contrato afiançado, que o devedor responde até mesmo em caso fortuito, de modo que, se não houver qualquer restrição a esse respeito no contrato de fiança, o fiador também ficará obrigado.

---

[153] CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro* cit., p. 843.

[154] Idem, p. 844.

[155] "Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores."

[156] CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro* cit., p. 848.

2.8 Questões importantes

2.8.1 A distinção entre a fiança e a solidariedade

Como se sabe, atualmente, a maior parte dos contratos de fiança prevê que o fiador se obriga como devedor solidário ou como principal pagador. Com efeito, a referida previsão contratual tem amparo na própria previsão legal, contida no art. 828, inciso II, segundo a qual o fiador não fará jus ao benefício de ordem "se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário".

Parece-nos importante, por isso, demonstrar, ainda que em breves linhas, que o contrato de fiança não se confunde tampouco traz em seu cerne as características do instituto da solidariedade passiva.

Nas palavras de SERPA LOPES, "a fiança solidária continua sendo sempre um contrato acessório, embora a corrente doutrinária continue, erradamente, a assimilar o fiador solidário ao devedor solidário, nada obstante os termos da obrigação assumida".[157] Segundo o autor, "é verdade que o credor solidário fica desaparelhado do benefício de ordem (Cód. Civil, art. 1.492, inc. II), mas esta é a linha de separação única entre o a fiança comum e a fiança solidária".[158]

Como se viu, com a celebração do contrato de fiança, origina-se uma nova dívida, acessória à dívida principal e garantida; na solidariedade passiva, está-se diante somente de uma dívida, pela qual os codevedores são, na mesma extensão, responsáveis perante o credor.

Em virtude da acessoriedade do débito fidejussório, podem-se identificar importantes e interessantes distinções entre o seu regime e o da solidariedade. A primeira delas diz respeito à possibilidade da oposição de exceções pelo fiador que não podem ser igualmente opostas pelo devedor solidário.

Como se explicou no item 2.4 *supra*, o art. 837 do Código Civil autoriza que o fiador se valha das exceções que lhe são pessoais, bem como das exceções que competem ao

---

[157] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* – Fontes das obrigações: contratos cit., p. 507.

[158] Idem, ibidem.

devedor principal e estejam ligadas à própria obrigação garantida, justamente em virtude do princípio segundo o qual *accesorium sequitur principale*. Entretanto, no âmbito das obrigações solidárias, a regra que regula o pagamento declara que "o devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro codevedor" (art. 281).

CARVALHO SANTOS cita, como exemplos de exceções pessoais, (a) a remissão, ainda que total, dada em favor de somente um dos devedores; (b) a condição resolutiva; (c) o benefício do termo ou da condição estipulada em favor de um dos devedores; e (d) o vício no consentimento de um dos devedores.[159] Em todos esses casos, os demais codevedores solidários não poderão alegar as respectivas exceções para se livrarem da obrigação solidariamente contraída; na fiança, a estruturação da garantia é substancialmente distinta, conforme já se demonstrou.

Além disso, com base no art. 822 do Código Civil, segundo o qual, "não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador", entende-se que, em caso de inadimplemento do devedor principal, o garante deverá arcar, também, com as indenizações devidas em virtude dos danos sofridos pelo credor.[160] Diferentemente, no âmbito da solidariedade passiva, quando o cumprimento da prestação se tornar impossível por culpa de um dos devedores solidários, embora todos os demais continuem obrigados a pagar o equivalente, apenas o culpado responderá pelas perdas e danos devidos ao credor, não se comunicando entre eles os efeitos da conduta culposa; essa é a regra do art. 279 do Código Civil segundo a qual, "impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado".

Há que se diferenciar, por fim, as consequências decorrentes da satisfação da dívida garantida pelo contrato de fiança e da dívida solidária. Deveras, o Código Civil declara

---

[159] CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral – Arts. 863-927. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. v. 11, p. 257.

[160] "A fiança em tais termos compreende mesmo os juros moratórios e até as indenizações de que seja passível o devedor, pela inexecução das suas obrigações (Cf. PONT., *obr. cit.*, n. 107; CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, p. 174). Se em têrmos indefinidos é alguém, fiador do locatário, será obrigado, não só pelos aluguéis, mas também pelas indenizações devidas pelo afiançado, mesmo a título de responsabilidade pelo incêndio do prédio locado (AUBRY et RAU, *obr. cit.*, p. 426 e p. 681)" (CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil interpretado.* Direito das obrigações – Arts. 1.363-1.504 cit., 8. ed., v. 19, p. 444-445).

expressamente que “o fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor” (art. 831 – 1.ª parte). Como se viu, por meio do pagamento com sub-rogação, o vínculo obrigacional subsiste, substituindo-se tão somente o sujeito ativo (ou passivo) da obrigação. De fato, ao realizar o pagamento da dívida, o fiador acaba por substituir o credor no polo ativo da obrigação, razão pela qual poderá exercer, contra o devedor principal, todos os direitos, ações, privilégios e garantias detidos por aquele, nos moldes autorizados pelo art. 349 do Código Civil.

Todavia, no âmbito da solidariedade passiva, o cumprimento integral da prestação por um dos devedores solidários conduz à situação diversa. Isso porque, após o pagamento, cada um dos devedores ficará responsável apenas por sua respectiva cota parte perante aquele que cumpriu a dívida, não se mantendo, entre eles, a solidariedade que os ligava (art. 283). Há, portanto, a extinção do vínculo obrigacional entre o credor e os devedores solidários, bem como entre os próprios devedores solidários. Assim, muito embora renomados autores afirmem que o devedor solidário que satisfez a dívida fica sub-rogado nos direitos do antigo credor, entendemos que não há sub-rogação nesse caso, justamente em virtude da aludida extinção do vínculo obrigacional; consequentemente, o devedor que satisfez a dívida não poderá se valer, contra os demais devedores, dos privilégios e garantias detidos pelo antigo credor.

Note-se que o direito português regula especificamente cada uma de tais hipóteses, por meio da diferenciação entre a sub-rogação e o direito de regresso, o que, no entanto, não ocorre no direito brasileiro. Com efeito, o art. 644.º do Código Civil português declara que “o fiador que cumprir a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor, na medida em que estes foram por ele satisfeitos”, ao passo que o art. 524.º, na subseção que trata da solidariedade entre os devedores, dispõe que “o devedor que satisfizer o direito do credor além da parte que lhe competir tem direito de regresso contra cada um dos condevedores, na parte que a estes compete”.

Para a doutrina portuguesa, “pela sub-rogação, transmite-se um direito de crédito existente”,[161] ao passo que “o direito de regresso é um direito nascido *ex novo* na titularidade daquele que extinguiu (no todo ou em parte) a relação creditória anterior ou daquele à custa

[161] COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 826.

de quem a relação foi considerada extinta".[162] Tal diferenciação parece-nos relevante, uma vez que existem, de fato, consequências distintas para ambos os regimes, entre elas a possibilidade de aquele que satisfez a dívida se valer, ou não, das garantias e privilégios do credor anterior e até mesmo o termo inicial para a contagem do prazo de prescrição.

2.8.2 O regime da fiança remunerada

A fiança surgiu como um contrato gratuito; o fiador, em virtude de relações pessoais de amizade ou afeto mantidas com o devedor, concordava em figurar como garante da obrigação assumida perante o credor, sem receber qualquer contraprestação.

Entretanto, com o incremento das operações econômicas, revestidas da forma de contratos, os operadores do mercado vislumbraram a possibilidade de "comprar" a garantia representada pela fiança, útil para aumentar a confiança dos credores no cumprimento das obrigações. Logo, os devedores afiançados passaram a ajustar uma comissão para que o fiador concordasse em disponibilizar o seu patrimônio na hipótese de inadimplemento. Em alguns casos, o próprio credor pode concordar em remunerar o garante como contrapartida ao aumento da segurança na satisfação de seu crédito.

Conforme já se destacou, muitos – e importantes – doutrinadores afirmam que o pagamento de uma comissão em favor do fiador não descaracterizaria o contrato de fiança.

Com efeito, admitindo-se o pagamento da comissão *pelo devedor*, parece-nos que se estará diante de uma entre as seguintes situações:

(a) O devedor e o garante, no âmbito de uma relação jurídica anterior, estabelecem que o garante, mediante o recebimento da comissão, celebrará o contrato de garantia com o credor do contrato principal; ou

(b) O devedor e o garante celebram o contrato de garantia em favor do credor (terceiro), prevendo que o garante, mediante o recebimento da comissão, na hipótese de inadimplemento do devedor, irá executar a prestação satisfatória.

---

[162] VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 2, p. 346.

Se, na primeira hipótese, conserva-se, ao menos, a orientação contida na lei, no sentido de que o contrato de fiança celebra-se entre o fiador e o credor, não se pode negar que, em ambos os casos, haverá uma estipulação, feita entre o devedor e o fiador, em favor do credor.

Por outro lado, muito embora o pagamento da remuneração pelo credor como contrapartida à assunção do risco pelo fiador não dê origem a uma estrutura de estipulação em favor de terceiro, fato é que, também nessa hipótese, o caráter unilateral da fiança restará prejudicado, dado que, além da prestação característica do fiador, consistente na disponibilização do seu patrimônio no caso de inadimplemento da obrigação garantida, haverá a contraprestação do credor.

Nesse sentido, o mestre alemão LUDWIG ENNECERUS afirma:

> El contrato de fianza es un contrato que obliga unilateralmente. Ahora bien, si la responsabilidade por la deuda ajena es prometida al acreedor a cambio de uma remuneración, se aplican ciertamente, conforme a la voluntad de las partes, las disposiciones sobre la afectación del fiador, pero se altera esencialmente la naturaleza del contrato (puede tratarse, por ejemplo, de un seguro de crédito) y, por conseguiente, no es aplicable la disposición de forma del § 766 dictada unicamente para el contrato de fianza.[163]

PONTES DE MIRANDA é igualmente categórico em seu posicionamento:

> A fiança onerosa é anormalidade, que os sistemas jurídicos evitam. Admitiram-na G. PLANCK (*Kommentar*, II, 4.ª ed. 821), OTTO VON GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, III, 777), OTTO WARNEYER (*Kommentar*, I, 1206) e outros. Contra, L. ENNECCERUSH LEHMANN (*Lehrbuch*, II, 606). É estranhável que não se tenha pôsto nos devidos termos a questão. Se é permitido e de uso que se dê ou se prometa redistribuição ao fiador, o que de início se há de examinar é a estrutura do negócio jurídico em que se diz, ou se supõe, que tal acontece. Ora, a fiança é negócio jurídico entre o fiador e o credor, e não entre o devedor principal e o fiador. O que ocorre entre esses de ordinário só se passa no mundo fáctico: o devedor principal, quase sempre futuro devedor, promove a fiança, pedindo a quem possa e queira afiançar que conclua com o credor o contrato de fiança. O que quase sempre entre o devedor e o futuro fiador só se dá no mundo fáctico pode ter entrada no mundo jurídico, como se, em vez de remeter presente ao fiador, o devedor lhe promete prestar x por tempo de seis meses ou de um ano que dure a fiança da locação em que o afiançado é locatário. O negócio jurídico

---

[163] ENNECERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil.* Derecho de obligaciones. Barcelona: Bosch, 1933. v. 2, t. II, p. 477.

> conclui-se entre o fiador e o afiançado, o que nada tem com a fiança, contrato unilateral entre fiador e credor.[164]

Na esteira de LUDWIG ENNECERUS e de PONTES DE MIRANDA, entendemos, aqui, que a previsão de remuneração desnatura o caráter unilateral da fiança.

Tal constatação é relevante na medica em que o inadimplemento da obrigação de pagamento da comissão, esteja ela a cargo do devedor garantido ou do credor, trará consequências que não estão previstas em seu regime legal.

Se a obrigação de pagamento da comissão estiver a cargo do devedor, as partes terão dado ao ajuste a forma de uma estipulação em favor de terceiro; por isso, deve-se investigar quais são as consequências, previstas pela lei e pela doutrina, para o inadimplemento do estipulante perante o promitente, encarregado de cumprir a prestação em favor do terceiro.

Com efeito, o Código Civil brasileiro não contém disposição expressa a respeito dessa hipótese; o parágrafo único do art. 436 declara, no entanto, que "ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438".

Ao declarar que o terceiro fica sujeito às condições e normas do contrato, o Código autoriza a conclusão no sentido de que, se o estipulante inadimplir sua prestação, não se lhe pode exigir do promitente seja executada a prestação em favor de terceiro. Em seus comentários à regra semelhante, contida no Código de 1916, CARVALHO SANTOS expõe que "considerações análogas, a nosso ver, têm cabimento com relação à *exceptio inadimplenti contractus*, que, em regra, pode ser oposto pelo promitente ao terceiro beneficiário no caso de inadimplemento do estipulante".[165]

Diga-se que os Códigos Civis português e italiano possuem disposições expressas nesse sentido: o art. 449.º do primeiro dispõe que "são oponíveis ao terceiro, por parte do

---

[164] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Parte Especial cit., p. 103.

[165] CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Direito das obrigações* – Arts. 1.079-1.121. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 15, p. 311.

promitente, todos os meios de defesa derivados do contrato, mas não aqueles que advenham de outra relação entre promitente e promissário", ao passo que o art. 1.413 do segundo dispõe que "il promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto, ma non quelle fondate su altri rapporti tra promittente e stipulante".[166]

Assim, considerando-se o teor da lei, parece-nos que se impõem as seguintes soluções, quando o devedor deixar de pagar a comissão ajustada:

(a) Se o pagamento da comissão foi acordado no âmbito da relação jurídica entre o devedor e o garante, para que o último celebrasse com o credor o contrato de garantia, nesta hipótese, o aludido contrato de garantia não se formará se o devedor deixar de pagar a comissão;

(b) No entanto, se devedor e garante já celebraram o próprio contrato de garantia, prevendo que, no caso de descumprimento das obrigações objeto da garantia, o garante irá executar a prestação em favor do credor, a falta de pagamento da comissão autoriza o garante a deixar de executar a prestação na hipótese de inadimplemento do devedor.

Nas hipóteses em que toca ao credor remunerar o fiador, a prestação e a contraprestação serão executadas e reverterão no patrimônio das partes; por isso, se o credor deixar de fazê-lo, não há quaisquer dúvidas de que incidirá a regra contida no art. 476 do Código Civil, que regula a hipótese da exceção do contrato não cumprido, dispondo que, "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro".

De todo modo, entendemos que, se as partes pretenderam constituir de fato uma fiança, com todas as suas demais características, em especial a acessoriedade, a previsão de remuneração não terá reflexos sobre o próprio conteúdo da garantia, que deverá permanecer sendo regulada pelos artigos de lei destinados à regulação daquele tipo contratual.

---

[166] Tradução livre: "O promitente pode opor ao terceiro as exceções decorrentes do contrato que dá origem ao direito de terceiro, mas não naquelas fundadas sobre outras relações entre o promitente e o estipulante".

CAPÍTULO 3 – O CONTRATO DE GARANTIA AUTÔNOMA

3.1 Noção; 3.2 Natureza jurídica. Contrato atípico e causal; 3.3 Formas de constituição; 3.4 Sua principal característica: a autonomia; 3.4.1 Consequências da modificação do contrato-base; 3.4.2 Modificação do conteúdo da garantia; 3.4.3 O direito de garantia pode ser cedido?; 3.5 Modalidades; 3.6 A cláusula *on first demand*; 3.7 A fiança *on first demand*. Isso é possível?; 3.8 Duração da garantia; 3.9 Execução; 3.9.1 Obrigações da instituição garante para com o devedor, diante da solicitação da garantia; 3.9.2 Hipóteses em que a instituição garante não estará obrigada a pagar; 3.9.3 Meios dos quais o devedor pode se utilizar para impedir a execução da garantia; 3.10 Regresso.

3.1 Noção

Neste capítulo, iremos nos ocupar do contrato de garantia autônoma.

Por meio desse contrato, o garante se obriga a pagar ao beneficiário determinado valor pecuniário, quando houver a alegação de descumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações garantidas, não podendo lhe opor as exceções ligadas a tais obrigações garantidas. Como se verá mais adiante, as partes podem estipular que a simples notícia de descumprimento será suficiente para autorizar o pagamento da quantia ou, então, que a comprovação documental do descumprimento será necessária.

De acordo com o doutrinador português INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, por meio dessa garantia "o Banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base) sem poder invocar, em seu benefício, quaisquer meios de defesa relacionados com esse mesmo contrato".[167]

Entre nós, ARNOLDO WALD tratou a respeito dessa modalidade contratual nos seguintes termos:

> 7. A garantia do credor consiste, pois, nesses casos, na autonomia da obrigação do banqueiro, que se destaca e isola, presumidamente, do contrato fundamental ou básico existente entre as partes, para poder ser cobrada de acordo com o próprio texto garantidor, sem que o Juiz deva ou, em tese, possa, examinar as causas do negócio jurídico, as exceções do contrato não

[167] Garantia bancária autônoma. *O Direito*, ano 120.º, III-IV, p 283, jul.-dez. 1988 apud GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação. *Direito e Justiça*, v. 8, t. 2, p. 131, 1994.

> cumprido ou outras quaisquer que, em outras condições, impediriam a cobrança do crédito.[168]

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO contextualiza o seu surgimento:

> Nos finais do século XIX, pôs-se a hipótese prática e teórica de surgir uma garantia que não fosse afectada pelas vicissitudes da relação principal. Seria, pois, uma garantia autónoma, por oposição à garantia acessória, exemplificada com a fiança. A questão foi despoletada na Alemanha, quer pelo dinamismo da sua vida económica, quer pela tradição de lidar, aí, com "obrigações abstractas", e portanto: com obrigações independentes de sua causa ou fonte.[169]

A maioria dos doutrinadores atribui ao alemão RUDOLF STAMMLER a teorização inicial do contrato de garantia autônoma, em um trabalho publicado em 1886. Na realidade, conforme explica FÁTIMA GOMES, esse jurista destacou a existência de uma *categoria geral de contratos de garantia*, para em seguida identificar duas categorias especiais, isto é, as *garantias acessórias* a uma obrigação principal e as *garantias autônomas*, que são independentes da relação garantida.

A autora afirma que sua grande contribuição consistiu em quebrar "o laço de acessoriedade tradicionalmente mantido entre as garantias e as relações contratuais em função das quais as garantias eram prestadas".[170] Segundo ela, "foi neste seguimento que surgiram os denominados contratos autónomos de garantia ou *Garantievertrage*, vindo a distinção a ser integrada na relação de motivos do Código alemão".[171]

Pode-se dizer que as garantias autônomas se desenvolveram, fortemente, no seio do comércio internacional.

Como se sabe, as partes envolvidas nas negociações internacionais não conhecem, muitas vezes, umas às outras e tampouco o ordenamento jurídico dos respectivos países, cujas soluções para os casos de descumprimento geralmente variam em rigor e eficácia. Assim, o

---

[168] WALD, Arnoldo. A garantia à primeira demanda no direito comparado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 66, p. 6, abr.-jun. 1987.

[169] MENEZES CORDEIRO, António. *Manual de direito bancário*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 759.

[170] GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação cit., p. 123.

[171] Idem, ibidem.

fato de que o garante não poderia opor ao beneficiário as exceções ligadas ao contrato-base representava-lhes um incremento notório na segurança das operações.

Nesse sentido, o autor francês HENRY LESGUILLONS explica que "a evolução dos negócios, e particularmente dos negócios internacionais, acarretou amiúde, em contrapartida às cláusulas de pagamento irrevogável, o desejo de obter garantias próximas de uma liquidez perfeita";[172] o mesmo autor destaca que o contrato de fiança não atendia tal necessidade, "visto que ela supõe, antes de ser executada, a demonstração de que o devedor principal, isto é, a empresa, não cumpriu suas obrigações contratuais".[173]

3.2 Natureza jurídica. Contrato atípico e causal

Trata-se de um contrato atípico, fundado no princípio da liberdade de contratar, que, ainda hoje, não recebeu tratamento específico na maior parte dos ordenamentos jurídicos de influência romano-germânica. ORLANDO GOMES explica que "ordenados a atender interesses não disciplinados especificamente na lei, os contratos atípicos caracterizam-se pela originalidade, constituindo-se, não raro, pela modificação de elemento característico de contrato típico, sob forma que o desfigura, dando lugar a um tipo novo".[174]

O contrato de garantia autônoma constitui-se sobre a figura contratual da fiança, dela diferenciando-se, contudo, por não possuir sua característica mais marcante, isto é, a acessoriedade.

Entretanto, para analisar se ele apresenta natureza causal ou abstrata, deve-se perquirir se possui uma função econômico-social própria, ou se, ao contrário, o contrato de garantia autônoma é válido desde que ele realize uma causa qualquer lícita.

PEDRO ROMANO MARTINEZ, acompanhado pela majoritária doutrina portuguesa, entende que "o contrato de garantia, celebrado entre o banco e o credor beneficiário, tem

---

[172] LESGUILLONS, Henry. As garantias bancárias: tendências atuais. In: _____ et al. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 3.

[173] Idem, ibidem.

[174] GOMES, Orlando. *Contratos* cit., p. 120.

natureza causal: a função de garantia".[175] No mesmo sentido, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO afirma que "a garantia autônoma é assim um negócio causal não acessório, cuja distinção da fiança reside precisamente na ausência da acessoriedade".[176]

Com efeito, deve-se dizer que a distinção entre os conceitos de causalidade e abstração, de um lado, e de acessoriedade e autonomia, de outro, revela-se sobremaneira importante. Isso porque, conforme destaca FÁTIMA GOMES, "apesar de alguns autores reconhecerem que estas duas questões são perfeitamente distintas, tem existido uma tendência para equiparar abstração com independência e causalidade com acessoriedade".[177]

De acordo com a autora, a equiparação entre causalidade e acessoriedade se deve à afirmação no sentido de que o contrato de garantia seria causal por ter sua justificação no contrato-base. De fato, no caso da garantia autônoma, sua causa contempla, necessariamente, referência a outro contrato, na medida em que o que se garante é o risco de inadimplemento das obrigações advindas desse outro contrato. Isto, no entanto, não implica a perda da autonomia do contrato de garantia em relação ao contrato-base.

No mesmo sentido, posiciona-se o autor JOÃO CALVÃO DA SILVA:

> Bem vistas as coisas, apesar da sua independência da obrigação garantida, *a causa da obrigação autônoma é o sentido e fim (Sinn und Zweck) que persegue, o escopo de assegurar a realização da relação fundamental*, justificação plena do contrato atípico de que brota. *O contrato autônomo tem, pois, causa no escopo de garantia (do risco, da álea) da relação principal, na finalidade típica de garantir o beneficiário – causa externa*, decerto, a qual não deixa, porém, de ser interiorizada *per relationem*, através da relação nele feita pelas partes à relação de base garantida.[178]

Conforme se verá adiante, a principal consequência da autonomia consiste na impossibilidade de que o garante oponha ao beneficiário as exceções próprias do contrato-base; o fato de o contrato possuir uma função econômica própria, de garantia, não se choca nem eclipsa, em momento algum, tal autonomia.

---

[175] MARTINEZ, Pedro Romano; DA PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de cumprimento* cit., p. 119.

[176] MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de. *Direito das obrigações*: transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 2, p. 125.

[177] GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação cit., p. 164.

[178] SILVA, João Calvão da. *Estudos de direito comercial*: pareceres. Coimbra: Almedina, 1999. p. 341-342.

A autora FÁTIMA GOMES destaca que "têm surgido algumas opiniões minoritárias no sentido de considerar que a garantia bancária é um negócio abstrato, sem causa, ou ainda que consideram que a causa é irrelevante".[179] Entretanto, conforme a própria autora explica, "mesmo quando a jurisprudência e a doutrina consideram que a garantia bancária autónoma é abstracta, nem por isso a questão das exceções oponíveis pelo garante é resolvida de modo diferente".[180]

O que importa salientar, portanto, é que a causalidade do contrato de garantia autônoma, consubstanciada pela sua função de garantir as obrigações decorrentes de outro contrato, não impõe qualquer reflexo sobre sua principal característica, isto é, a autonomia.

3.3 Formas de constituição

A maior parte da doutrina admite duas formas de constituição da garantia autônoma: na primeira delas, o contrato que a consubstancia é celebrado entre a instituição garante e o beneficiário, como consequência de um contrato anterior, celebrado entre a instituição garante e o devedor da obrigação garantida, cujo objeto é justamente a celebração do primeiro; na segunda, entende-se que a garantia autônoma é ajustada em favor do credor no bojo do contrato celebrado entre o devedor e a instituição garante.

Com efeito, ao tratar sobre o tema, o doutrinador PEDRO ROMANO MARTINEZ posiciona-se nesse sentido:

> A garantia bancária, além da obrigação garantida, pode pressupor a existência de dois negócios jurídicos coligados: entre o banco e o devedor garantido e entre o banco e o credor beneficiário; em ambos os acordos seriam necessárias duas declarações negociais, apesar de, as mais das vezes, uma delas se encontrar implícita no comportamento da parte, em particular no que respeita ao credor beneficiário e poder ser ajustado um contrato de garantia a favor de terceiro.[181]

---

[179] GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação cit., p. 166.

[180] Idem, ibidem.

[181] MARTINEZ, Pedro Romano; DA PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de cumprimento* cit., p. 119.

No mesmo sentido, se coloca MENEZES CORDEIRO:

> A garantia autônoma é, no essencial, um contrato celebrado entre o interessado – o mandante – e o garante, a favor de um terceiro – o garantido ou o beneficiário. Por vezes, ela é configurada como um contrato celebrado entre o garante e o beneficiário; porém, é do mandante que o garante recebe a comissão.[182]

Há doutrinadores, entretanto, que consideram que a segunda modalidade de constituição da garantia autônoma, mediante a celebração de um contrato em favor de terceiro, não seria admissível.

Para MÓNICA JARDIM, a constituição da garantia autônoma sempre contemplaria três relações jurídicas distintas:

a) A primeira relação se trava entre os sujeitos da obrigação garantida e tem por fonte um contrato, denominado normalmente de contrato-base;

b) A segunda relação tem origem no contrato celebrado entre o devedor do contrato-base e um garante, normalmente uma instituição bancária. Por meio desse contrato, o garante se obriga a prestar uma garantia ao credor do contrato-base, beneficiário, ressalvando seu direito de ser posteriormente reembolsado pelo devedor. Nas palavras da autora, "a prestação que o banco se obriga a efectuar perante o devedor principal é a celebração de um contrato de garantia autónoma com o importador/credor do contrato-base";[183] e

c) A terceira relação jurídica se estabelece com a celebração do contrato autônomo de garantia propriamente dito, tendo como partes o garante, na qualidade de devedor, e o beneficiário, na qualidade de credor.

Lembre-se que, no direito português, há regra expressa a respeito das exceções oponíveis no âmbito do contrato a favor de terceiro, com o seguinte teor: Art. 449. São oponíveis ao terceiro, por parte do promitente, todos os meios de defesa derivados do contrato, mas não aqueles que advenham de outra relação entre promitente e promissário.

---

[182] MENEZES CORDEIRO, António. *Manual de direito bancário* cit., p. 762.

[183] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 50.

Logo, ao fazer referência às três relações delineadas *supra*, a autora explica que, se o direito do beneficiário tivesse como fonte o contrato celebrado entre o devedor do contrato-base e o garante, as exceções decorrentes de tal relação jurídica, por exemplo, a falta de pagamento da comissão, seriam a ele oponíveis, o que não deve ocorrer no caso da garantia autônoma. *In verbis*:

> Se o direito de crédito do beneficiário contra o garante tivesse por fonte o contrato (nesta hipótese o contrato a favor de terceiro) celebrado entre o garante e o devedor, seria impossível explicar uma das faces indiscutíveis da autonomia da garantia: a inoponibilidade pelo garante ao beneficiário das excepções relativas ao contrato celebrado entre si e o devedor do contrato-base, pois segundo o art. 449.º do Código Civil são oponíveis ao terceiro, por parte do promitente, todos os meios de defesa derivados do contrato celebrado com o promissário.[184]

Entendemos aqui o propósito da autora. No entanto, parece-nos que não se pode, com intuito de encontrar solução jurídica para determinada questão, negar o contexto fático em que ela se insere.

Atualmente, grande parte das garantias é ajustada no bojo de contratos celebrados entre os devedores dos contratos-base e as instituições garantes, com a previsão de que, nos casos especificados como suficientes para despoletar a garantia, deve ela ser prestada em favor do credor beneficiário.

Logo, diante de contratos que têm a claríssima feição de contratos em favor de terceiros, resta-nos procurar quais as possíveis formas de impedir que a instituição garante, na qualidade de promitente, oponha ao credor beneficiário os meios de defesa derivados do contrato celebrado com o devedor do contrato-base.

Como uma primeira alternativa, sugerimos a aposição em tais contratos da chamada "cláusula de inoponibilidade", referenciada pela Lei de Seguros portuguesa, que será melhor detalhada no capítulo seguinte, dedicado ao estudo do contrato de seguro garantia. Com efeito, o § 2.º do art. 164.º da lei declara que "entende-se por cláusula de inoponibilidade a cláusula contratual que impede o segurador, durante determinado prazo, de opor ao segurado, beneficiário do contrato, a invalidade ou a resolução do contrato de seguro".

---

[184] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 52.

Note-se que a possibilidade de opor exceções fundadas no contrato celebrado com o promissário consiste em um direito dispositivo do promitente, podendo ser modificado ou extinto por vontade das partes. Portanto, se as partes pactuarem a "inoponibilidade" das exceções, o promitente não poderá opô-las para obstar o pagamento do valor da garantia em favor do beneficiário, ainda que se trate da falta de pagamento das comissões.

Cumpre dizer que, quanto ao contrato celebrado entre a instituição garante e o credor beneficiário, o qual, segundo a autora, consistiria no contrato de garantia autônoma propriamente dito, ela entende tratar-se de um contrato de mandato sem representação, no que é acompanhada por grande parte da doutrina portuguesa. Isso porque "o garante celebra o contrato de garantia por conta e no interesse do devedor do contrato-base, mas age em nome próprio e não em nome daquele, vinculando-se a uma obrigação própria e independente cujo cumprimento só a ele pode ser exigido".[185] No direito brasileiro, não há, contudo, a figura do mandato sem representação, devendo-se dizer que, depois de diversos exercícios em que se tentou subsumir esse terceiro contrato a outra figura jurídica de nosso ordenamento, não nos pareceu possível fazê-lo.

3.4 Sua principal característica: a autonomia

Seja ela estabelecida no bojo do contrato celebrado entre o devedor e a instituição garante, como estipulação em favor de terceiro, seja mediante um novo contrato, celebrado entre a instituição garante e o próprio beneficiário, a principal característica do contrato de garantia ora analisado é a sua autonomia relativamente ao contrato que se garante.

Tal como fizemos no estudo da acessoriedade como característica marcante da fiança, cumpre-nos analisar agora em que se traduz, na prática, tal autonomia.

Em primeiro lugar, e como já se pôde adiantar, a autonomia da garantia em relação ao contrato-base impede que o garante se utilize das exceções fundadas na relação principal objeto da garantia, ou seja, o garante não poderá invocar os meios de defesa de que se pode prevalecer o garantido.

---

[185] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 55-56.

Assim, a obrigação do garante de entregar ao beneficiário uma determinada quantia pecuniária depende exclusivamente das previsões estabelecidas na relação entre eles dois, não sofrendo qualquer interferência das relações entre o devedor e o beneficiário ou mesmo entre o devedor e o garante – há algumas exceções a esse princípio admitidas pela doutrina, que serão abordadas adiante em tópico separado.

Outra expressão do princípio da autonomia consiste no fato de que a obrigação do garante é sempre pecuniária, mesmo que a obrigação garantida tenha outra natureza. Na realidade, a fiança também pode ter por objeto a indenização pecuniária do afiançado, ou seja, as partes podem pactuar que a garantia incida somente na hipótese da conversão da obrigação principal em obrigação secundária, de pagamento de perdas e danos. Entretanto, essa característica é ressaltada no âmbito da garantia autônoma para marcar sua função indenizatória.

Nesse ponto, importa destacar que, no âmbito da garantia autônoma, a obrigação de pagamento do garante, além de não depender da apuração da extensão do inadimplemento do devedor, tampouco depende da demonstração dos prejuízos sofridos pelo beneficiário. LUIS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS afirma que "a obrigação do garante é uma obrigação de indemnização com um montante pré-fixado".[186] Para MÓNICA JARDIM, tal obrigação de indenização afasta-se das regras gerais de indenização, entre outros motivos, "porque o objeto da obrigação, a quantia a entregar pelo garante ao beneficiário, é fixado previamente, abstraindo da extensão do dano efetivamente sofrido".[187]

Não nos parece que essa exceção às regras gerais de indenização conduziria a qualquer nulidade ou à eventual redução da indenização até o valor dos prejuízos efetivamente apurados. Isso porque a obrigação do garante possui fundamento contratual, tendo sido livremente pactuada pelas partes e, justamente por ser autônoma, não precisa ficar limitada à extensão da obrigação do devedor principal. De todo modo, pensamos ser absolutamente possível que as partes estabeleçam, se assim desejarem, um escalonamento da indenização baseado na gravidade do evento de descumprimento.

---

[186] VASCONCELOS, Luis Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 135.

[187] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 231.

Além disso, por força de sua autonomia, as leis que regulam o contrato de garantia não serão, necessariamente, as mesmas leis que regulam o contrato-base e, de igual maneira, a cláusula de eleição de foro, tampouco comunicar-se-á automaticamente. Por óbvio, as partes podem ajustar, mediante previsão expressa nos contratos-base e de garantia, que as leis aplicáveis e a cláusula de eleição de foro sejam idênticas para ambos.

O princípio da autonomia pode trazer questões ainda mais sensíveis do que estas, tais como as consequências da modificação do contrato-base e do contrato de garantia, bem como as decorrentes da cessão do crédito garantido e do próprio direito de garantia.

3.4.1 Consequências da modificação do contrato-base

Conforme destaca MÓNICA JARDIM, "quanto a esta questão a doutrina maioritária entende que, em virtude da autonomia, se o exportador e o importador modificam o contrato-base nem por isso as disposições da garantia são automaticamente modificadas".[188]

De fato, vislumbra-se com facilidade o acerto dessa colocação: sendo autônomo e independente em relação ao contrato principal, o contrato de garantia não sofrerá as consequências das modificações nele operadas.

Entretanto, mais forte é a pergunta no tocante à exigibilidade da garantia perante o garante depois de operadas tais modificações, pois algumas delas podem conduzir a uma mudança substancial da estrutura obrigacional do contrato-base, com o aumento das chances de descumprimento do devedor e, via de consequência, da execução da garantia.

Imagine-se que a instituição garante havia se obrigado a pagar a indenização em favor do beneficiário nos casos em que o devedor, domiciliado no Rio de Janeiro, deixasse de entregar suas mercadorias em São Paulo, por transporte rodoviário, e as partes decidissem modificar o local da entrega para o Recife, por exemplo, cujo acesso rodoviário é notoriamente mais difícil. Imagine-se, também, o caso em que o objeto do contrato-base consistia na entrega, pelo devedor, de determinado produto, com uma certa composição, tendo

---

[188] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 117.

as partes decidido modificá-la, para incluir um ingrediente muito mais difícil de ser encontrado.

Há, com efeito, centenas de outras hipóteses possíveis em que as partes podem tornar a prestação do devedor mais difícil – ou onerosa –, aumentando, por isso, as chances de descumprimento do contrato. Tendo em vista que isso representa, na mesma medida, um acréscimo da probabilidade de que o garante seja chamado a honrar a garantia, entendemos que, nesses casos, tais modificações somente lhe serão oponíveis se ele tiver manifestado a sua concordância com os respectivos termos.

Posicionando-se nesse sentido, MÓNICA JARDIM conclui que "tal posição não determina que se considere, neste caso, a garantia como juridicamente dependente do contrato-base, pois o que está em causa é a alteração dos pressupostos de funcionamento da garantia relativos ao resultado garantido".[189]

3.4.2 Modificação do conteúdo da garantia

Como se viu, neste trabalho, entendemos que a garantia autônoma pode se estabelecer mediante o contrato celebrado entre a instituição garante e o beneficiário, cujos termos baseiam-se no contrato celebrado anteriormente pelo devedor e a instituição garante, *ou* mediante o contrato celebrado entre o devedor e a instituição garante, em que se estipula a garantia em favor do beneficiário.

Não obstante a autonomia da relação jurídica travada entre o garante e o beneficiário, sabe-se que, após a execução da obrigação que lhe cabe, o primeiro voltar-se-á contra o devedor para se ressarcir dos valores entregues em favor do último. Por isso, o que se entende majoritariamente em relação à questão da modificação do conteúdo da garantia é que quaisquer alterações, ajustadas entre o beneficiário e a instituição garante, não poderão afetar os direitos e obrigações do devedor, caso ele não tenha com elas anuído.

MÓNICA JARDIM dá o exemplo em que o garante, perante uma solicitação *extend or pay*, decide prorrogar a garantia sem a concordância do devedor. Segundo ela, neste caso, o

---

[189] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 119.

devedor não estará obrigado a pagar as comissões devidas pelo período da extensão da garantia tampouco a constituir novas contragarantias ou mesmo manter as até então prestadas; o devedor deverá somente reembolsar o garante quando o pagamento ocorrer, desde que se comprove que ele faria jus a tal pagamento na ocasião em que pediu a extensão da garantia. A autora prossegue afirmando que, na hipótese de "não estarem cumpridas todas as condições previstas na carta de garantia, parece-nos que o banco nem sequer tem direito a ser reembolsado, uma vez que, caso não prorrogasse, tinha o dever de não pagar, e, se pagasse, não tinha direito a ser reembolsado pelo dador da ordem".[190]

3.4.3 O direito de garantia pode ser cedido?

Entre as demais questões relacionadas ao princípio da autonomia, essa é, provavelmente, a que apresenta maiores dificuldades. Para analisá-la, revela-se imprescindível distinguir duas situações distintas: os casos em que se pretende ceder, conjuntamente, o crédito garantido e a garantia, e os casos em que se intenta ceder a garantia autônoma sem que ocorra a cessão do crédito garantido.

a) Cessão conjunta do crédito garantido e da garantia

Com efeito, nas hipóteses em que se pretende ceder conjuntamente o crédito garantido e a garantia, o principal questionamento que se enfrenta diz respeito a saber se, no âmbito da garantia autônoma, o princípio segundo o qual as garantias se transferem automaticamente com o crédito garantido é aplicável.

MÓNICA JARDIM explica que a doutrina internacional majoritária "defende a instranferibilidade *ex lege* do direito de garantia conjuntamente com o crédito garantido, e afirma a necessidade para a sua circulação de uma específica convenção".[191]

O primeiro motivo pelo qual se exige uma convenção específica é óbvio: a transferência automática das garantias ocorre enquanto acessórias da relação jurídica principal, com base na regra já analisada, *accesorium sequitur principale*; tratando-se de

---

[190] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 121.

[191] Idem, p. 129.

garantia autônoma, independentemente da relação jurídica mantida entre as partes do contrato principal, seu destino não será, necessariamente, o mesmo dessa relação principal.

Além disso, mesmo que a ação de regresso seja, por via de regra, intentada pelo devedor após o reembolso ao garante, em algumas hipóteses, notadamente as de mau pagamento, será o último quem deverá buscar o regresso perante o credor beneficiário. Assim, se o cessionário do crédito possuir uma capacidade patrimonial inferior ao credor originário, isto pode representar um risco maior para o garante, sendo essa mais uma razão pela qual se entende que ele deve manifestar sua concordância expressa e específica para que haja a cessão da garantia.

Cumpre-nos perquirir também se é imprescindível que o devedor se manifeste concordando com a cessão da garantia autônoma ou se, ao contrário, ela pode se realizar a despeito de sua concordância.

Quanto a esse ponto, deve-se ter em conta que a relação de garantia se consome, efetivamente, no plano da relação mantida entre a instituição garante e o beneficiário. Por isso, a princípio, pode-se considerar que a concordância do devedor com a substituição do beneficiário da garantia em virtude da cessão do crédito seria dispensável, bastando, portanto, a da instituição garante.

Contudo, em tais casos, a situação do devedor não pode ser agravada, especialmente no âmbito da recuperação do crédito intentada pela instituição garante após o pagamento feito ao beneficiário.

Se o crédito for cedido sem que concorram os pressupostos necessários para a cessão do direito de garantia, nomeadamente a concordância do garante, o que ocorrerá com a garantia?

Há autores que entendem que, caso falte o consentimento do garante, a garantia se extinguirá no momento da cessão do crédito garantido, por entenderem que o crédito e a garantia devem beneficiar, conjuntamente, o mesmo patrimônio. Entretanto, há também quem considere que o direito de garantia pode permanecer na esfera jurídica do cedente do crédito, beneficiário originário da garantia, mesmo que o crédito garantido tenha sido cedido.

Como se vê, no âmbito dessa segunda corrente, admite-se uma dissociação entre a titularidade do direito de crédito – transferido para a esfera jurídica do cessionário – e a titularidade do direito de garantia – que permaneceria na esfera jurídica do cedente.

A autora MÓNICA JARDIM posiciona-se, entretanto, contrariamente a tal corrente, com base na causa-função do contrato de garantia autônoma. Segundo a autora, "o direito de garantia nasce para reforçar o direito de crédito decorrente do contrato-base, para colocar o credor deste contrato a coberto dos danos derivados do incumprimento imputável, ou não, ao devedor";[192] desse modo, não seria jurídico que o direito de garantia permanecesse na "esfera jurídica daquele que tendo cedido o direito de crédito decorrente do contrato-base não pode, obviamente sofrer danos derivados do incumprimento, não tendo, consequentemente, qualquer direito de ser indenizado".[193]

Aqui, posicionamo-nos no mesmo sentido da autora MÓNICA JARDIM. Entre diversos motivos, o principal deles consiste em crer que, a despeito da utilidade econômica que determinadas abstrações jurídicas podem permitir, a causa-função dos contratos deve ser sempre respeitada, na medida em que corresponde a balizas que marcam, justamente, sua função dentro do ordenamento jurídico.

Nesse ponto, cabe dizer, por fim, que há um específico caso em que se permite que o cedente do crédito permaneça como titular da garantia: trata-se da hipótese em que ele se responsabiliza pela solvência do devedor perante o cessionário, conforme autoriza o art. 296 do nosso Código Civil, uma vez que, nesse caso, o cedente continuará sujeito às consequências do descumprimento do devedor e poderá se valer da garantia em tal eventualidade.

b) A cessão da garantia autônoma sem que ocorra a cessão do crédito garantido

No item anterior, verificamos as consequências da cessão do crédito objeto da garantia autônoma; neste tópico, investiga-se a hipótese contrária: o crédito objeto da garantia

---

[192] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 134.

[193] Idem, p. 134.

permanece sob a titularidade do credor beneficiário, que, no entanto, pretende ceder seu direito de garantia.

Para apreciar tal questão, deve-se destacar que o direito de garantia, conforme vem sendo tratado aqui, refere-se ao direito de receber a soma objeto da garantia e, também, ao direito de solicitar sua entrega, isto é, o direito de excuti-la. Com efeito, quando o direito de excutir a garantia não é transferido, o objeto da transferência não é a própria garantia, mas sim o crédito dela decorrente, que, conforme explica MÓNICA JARDIM, "nasce na esfera jurídica do beneficiário originário em consequência da solicitação da entrega da soma objecto da garantia, e só depois é efetivamente transferido".[194]

Em sua monografia sobre o tema, a autora, depois de analisar a jurisprudência e a doutrina internacionais, se coloca contrariamente à possibilidade de cessão da garantia, a menos que se trate somente do direito de receber a soma objeto da garantia.

Para justificar a impossibilidade de ceder o direito de excutir a garantia, a autora recorre novamente à noção de causa-função do contrato, afirmando que "o garante, através do contrato de garantia, não se obriga por se obrigar, obriga-se para garantir o contrato-base";[195] por isso, a única pessoa que teria legitimidade para excutir a garantia, isto é, para fazer surgir na esfera jurídica do garante a obrigação de indenizar, seria "aquele que esteja colocado numa posição em virtude da qual possa sofrer danos decorrentes do não cumprimento do contrato-base, ou seja, titular do direito de garantia só pode ser o credor do contrato-base".[196]

De fato, parece-nos que considerar a cessão da garantia como um meio a favor do beneficiário para que ele aumente suas chances de obter crédito, já que o cessionário ficaria investido do direito potestativo de exigir a indenização da instituição garante, implicaria o desvirtuamento de sua verdadeira função, que, como se viu, consiste em proteger o credor contra os prejuízos do eventual descumprimento por parte do devedor.

Para que se chegue à tal conclusão, basta com que se elucubre a respeito do verdadeiro embasamento do terceiro cessionário, que não figura como parte no contrato-base,

---

[194] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 127.

[195] Idem, p. 146.

[196] Idem, ibidem.

para noticiar ao garante os eventuais descumprimentos por parte do devedor, característicos do gatilho da garantia.

Quanto ao direito de receber a soma objeto da garantia, entendemos, na esteira da doutrinadora portuguesa, que não há problema em cedê-lo, na medida em que ele só surge depois que o beneficiário originário, credor do contrato-base e, via de consequência, sujeito passivo dos danos causados pelo descumprimento do devedor, exerce seu direito potestativo de exigir a garantia.

Deve-se ter em mente, contudo, que a modalidade contratual ora analisada é fortemente marcada pela liberdade de contratar, inclusive por ter sido criada para atender necessidades que não vinham sendo atendidas pelas garantias tradicionais. Por isso, mesmo que se entenda que tal procedimento levaria a uma prejudicial desvirtuação da causa-função do contrato, não se vislumbram motivos para impedir a cessão do direito de excutir a garantia caso o beneficiário e a instituição garante tenham concordado previamente sobre tal possibilidade.

3.5 Modalidades

Atualmente, a prática dos negócios contempla três principais tipos de garantias autônomas:

a) Garantias de subsistência da oferta ou *Bid bonds*:

Essa modalidade de garantia é bastante utilizada no âmbito das licitações públicas ou concorrências privadas, para garantir os prejuízos decorrentes da eventual desistência do vencedor do certame de subscrever o contrato principal. Isso porque, geralmente, há um lapso temporal entre a realização do certame e a celebração do contrato principal, com todos os seus elementos.

PEDRO ROMANO MARTINEZ refere-se a tal modalidade nos seguintes moldes:

> Desta última situação ainda se pode subdistinguir uma garantia autônoma prestada como caução: primeiro, de que sendo aceita a proposta, o proponente celebrará o contrato (por exemplo, garantia de que o concorrente num concurso para a adjudicação de uma empreitada de obras públicas, sendo-lhe esta adjudicada celebrará o respectivo contrato), trata-se da

chamada garantia de subsistência da oferta, cuja função é desempenhada pelo *bid bond*.[197]

b) Garantia de boa execução ou *performance bonds*:

Quando as partes estipulam o fornecimento de uma *performance bond*, o garante ficará obrigado a pagar a indenização fixada, se o devedor principal não cumprir suas obrigações adequadamente.

Por cumprimento adequado, entende-se "a tempo" e a "modo", ou seja, o garante pode se obrigar a pagar a indenização ao beneficiário se o devedor não cumprir a obrigação no prazo acordado (*v.g.*, se o devedor não concluir a obra no prazo previsto no contrato de empreitada), ou, ainda, se o devedor cumprir suas obrigações de forma defeituosa.

Trata-se, na realidade, de subtipos da modalidade de *performance bond*, não sendo incomum que o credor do contrato-base exija a prestação de ambas para a celebração do contrato.

c) Garantia de reembolso das quantias adiantadas ou *repayment bonds*:

Segundo FÁTIMA GOMES, por meio dessa modalidade, "o garante assegura a devolução de valores adiantados pelo beneficiário da garantia, em caso de incumprimento da prestação em função da qual tais adiantamentos foram efetuados".[198]

Com efeito, no âmbito de grandes contratos de empreitada, não é incomum que o dono da obra adiante significativos valores ao empreiteiro, que serão amortizados com a própria execução da obra. Assim, se o empreiteiro falhar na execução, caberá ao garante indenizar o dono da obra quanto aos valores adiantados.

---

[197] MARTINEZ, Pedro Romano; DA PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de cumprimento* cit., p. 125.

[198] GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação cit., p. 136-137.

Como se disse, tais modalidades correspondem às que são mais comumente utilizadas, mas nada impede que as partes engendrem outros tipos de garantia autônoma, que atendam necessidades específicas, decorrentes da prática e da evolução dos negócios entabulados.

3.6 A cláusula *on first demand*

No Brasil, dada a pouca familiaridade com o tema das garantias autônomas, muito comumente os operadores do direito se referem a elas como garantias *on first demand*, sem perceber que estão confundindo a espécie com o gênero.

Com efeito, as garantias autônomas podem ser simples ou automáticas; são automáticas quando contam com a cláusula *on first demand* – ou, em português, à primeira solicitação.

Conforme explica LUIS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "no primeiro caso, o credor/garantido terá que provar o fato constitutivo do seu direito para o garante cumprir (nos termos estabelecidos no contrato)",[199] ao passo que "se a garantia for à primeira solicitação, tal requisito é dispensado (não tem que fazer essa prova), bastando ao primeiro exigir o pagamento nos termos acordados".[200]

Como se vê, a cláusula *on first demand* opera no âmbito da comprovação do descumprimento causador de danos; quando as partes a inserem no contrato de garantia, basta ao beneficiário informar tal descumprimento ao garante para fazer jus à garantia.

Podemos compreender, aqui, a mencionada confusão que se faz entre o gênero da garantia autônoma e a espécie da garantia automática: imagina-se que, por não poder opor ao beneficiário as exceções atinentes à relação jurídica principal, o garante sempre deveria pagar a indenização imediatamente.

Contudo, essa não é a realidade. Tratando-se de uma garantia autônoma simples, nada impede que a instituição garante, diante da solicitação de pagamento da indenização e

---

[199] VASCONCELOS, Luis Miguel Pestana de. *Direito das garantias* cit., p. 131.

[200] Idem, ibidem.

não estando convencida da ocorrência do descumprimento imputado ao devedor, solicite novos documentos ao beneficiário, além dos apresentados na ocasião da solicitação de pagamento, para que ela se convença melhor a respeito de sua ocorrência.

Bem vistas as coisas, no âmbito da garantia autônoma, a automaticidade é um *plus*: além de não poder opor os meios de defesa decorrentes da relação entre o credor e o devedor, em virtude do princípio da autonomia, o garante tampouco poderá exigir a comprovação do descumprimento do devedor como condição para o pagamento da indenização.

Nas palavras de LUIS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "a adopção desta cláusula afasta assim o último (eventual) elemento de litigância entre garante e garantido que poderá operar na garantia autónoma simples: a discussão sobre a verificação ou não dos pressupostos de direito do credor".[201]

O doutrinador italiano GIOVANNI STELLA explica que a cláusula *on first demand* – chamada na Italia de *clausola a prima richiesta* – conduz a uma inversão no ônus da prova, já que, em geral, cumpre ao credor demonstrar o inadimplemento do devedor:

> Sotto questo profilo, come già visto, la clausola "a prima richiesta" del beneficiario determinerebbe un'inversione dell'onere della prova che, secondo le regole generali, dovrebbe gravare sul beneficiario-creditore, il quale è quindi dispensato da qualsiasi dimostrazione in ordine all'asserito inadempimento da parte del debitore principale (c.d. garanzie autonome purê e semplici) (VIALE, 1994, 180-181; MEO, 1995, I, 443; MACARIO, 2009, 438).[202]

Não há dúvidas de que a inclusão dessa cláusula aumenta a exposição, por assim dizer, da instituição garante, uma vez que ela se verá obrigada a pagar a indenização diante da simples interpelação do beneficiário.

Entretanto, observando a questão sob outro prisma, constata-se que sua adoção exime a instituição garante de verificar se houve, de fato, o descumprimento por parte de

---

[201] VASCONCELOS, Luis Miguel Pestana de. *Direito das garantias* cit., p. 132-133.

[202] STELLA, Giovanni. *Le garanzie del credito*: fideiussione e garanzie autonome. Milano: Giuffrè, 2010. p. 817. Tradução livre: "A esse respeito, conforme já visto, a cláusula 'à primeira solicitação' do beneficiário conduz a uma inversão do ônus da prova que, segundo a regra geral, deveria recair sobre o credor beneficiário, o qual é então dispensado de qualquer demonstração a respeito da alegação de descumprimento por parte do devedor principal (*v.g.*, garantia autônoma pura e simples) (VIALE, 1994, 180-181; MEO, 1995, I, 443; MACARIO, 2009, 438)".

devedor; assim, caso o devedor venha a reclamar, mais tarde, que o pagamento foi feito equivocadamente, pretendendo, com isso, se eximir de sua obrigação de regresso, a instituição garante poderá se defender afirmando que, nos termos ajustados entre as partes, cabia-lhe tão somente receber a solicitação para realizá-lo.

Nesse sentido, muitas vezes, no âmbito da relação jurídica entre o devedor e a instituição garante, a última solicita a autorização para fazer o pagamento de modo automático, justamente para se proteger das eventuais alegações do primeiro quanto à inexistência de efetiva comprovação do descumprimento do devedor.

Diga-se, por fim, que, ao incluírem a cláusula *on first demand*, as partes podem prever que a solicitação de pagamento por parte do beneficiário seja justificada ou acompanhada de certos documentos.

Conforme explica MENEZES CORDEIRO, "normalmente, porém, a garantia exige que o garante, antes de efectuar qualquer pagamento, proceda à breve análise de determinados documentos: facturas, ordens de fornecimento, boletins de transporte ou embarque";[203] o mesmo autor declara que "tal exame não se confunde porém, de modo algum, com um juízo de cumprimento ou de incumprimento da relação principal".[204]

Aqui, pensamos que tais previsões não representam, de fato, um abalo à automaticidade decorrente da cláusula *on first demand*. Entretanto, deve-se ter em mente que ambas – a justificação ou a necessidade de apresentação de documentos – não podem ser utilizadas pelo garante como motivos para o início de um debate a respeito do efetivo descumprimento por parte do devedor no âmbito do contrato principal, sob pena de, aí sim, ocorrer a desconfiguração da automaticidade da garantia.

3.7 A fiança *on first demand*. Isso é possível?

Como já tivemos a oportunidade de explicar, o contrato de garantia autônoma funda-se no princípio da liberdade de contratar, representando uma evolução do contrato

[203] MENEZES CORDEIRO, António. *Manual de direito bancário* cit., p. 763.

[204] Idem, ibidem.

típico de fiança. O doutrinador LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO põe a questão nos seguintes termos:

> Não se encontrando prevista na lei, a sua admissibilidade resulta do princípio da autonomia privada (art. 405.º), uma vez que se verificou que uma simples fiança era insuficiente para as necessidades do tráfego comercial, em face da elevada proteção que o princípio da acessoriedade confere ao fiador, na medida em que permite a invocação contra o credor de toda e qualquer meio de defesa oriundo da obrigação principal. Tornou-se, por isso, frequente, especialmente no âmbito dos contratos internacionais, a estipulação de uma garantia que, em lugar de acessória fosse autónoma, ou seja, que não tivesse sua prestação dependente da obrigação principal.[205]

Em virtude da proximidade entre ambas as figuras jurídicas e, sabendo-se que a terminologia empregada pelas partes não é, por si só, decisiva e vinculativa, os intérpretes se veem, muitas vezes, diante de sérias dificuldades para definir se as partes pretenderam se obrigar nos termos de uma fiança típica ou de uma garantia autônoma.

Nesse caso, devem-se aplicar as regras usuais de interpretação dos negócios jurídicos; no nosso ordenamento jurídico, o art. 112 do Código Civil estabelece que "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".

Entretanto, conforme ressalta FÁTIMA GOMES, "na jurisprudência e na doutrina chega-se por vezes à formulação de uma regra de interpretação para situações extremas em que subsistem dúvidas",[206] segundo a qual "em caso de dúvida sobre como interpretar o contrato de garantia, como acessório ou como autónomo, considera-se que é acessório".[207]

A autora explica que essa de interpretação regra foi engendrada para proteger as instituições garantes, sem se levar em consideração que, "na maioria das situações, os garantes são bancos e sua maior proteção consiste em considerar que a garantia é autónoma e não acessória". Isso porque, como se viu no tópico anterior, quando as instituições garantes pagam a indenização com fundamento em uma garantia autônoma, diminuem, sobremaneira,

---

[205] MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de. *Direito das obrigações*: transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito cit., p. 124.

[206] GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação cit., p. 170.

[207] Idem, ibidem.

as possíveis alegações do devedor garantido no sentido de que o pagamento não deveria ter sido feito por existirem tal ou qual meios de defesa que poderiam ser opostos ao beneficiário.

Com efeito, durante muito tempo considerou-se que a inclusão da cláusula de pagamento *on first demand* seria suficiente para caracterizar a garantia como autônoma.

Nesse sentido, MÓNICA JARDIM afirma que, "tradicionalmente, quando surgiam dúvidas sobre se se estava perante uma fiança ou uma garantia autónoma, estas dúvidas dissipavam-se quando do contrato constava uma cláusula de pagamento 'a primeira solicitação'".[208] Entretanto, nas palavras da autora, "a 'utilidade interpretativa' desta cláusula tornou-se duvidosa, a partir do momento em que uma forte corrente jurisprudencial admitiu a inclusão da cláusula 'auf erstes Anforden' ('à primeira solicitação') numa fiança".[209]

Referindo-se também a esse movimento da jurisprudência, no sentido de admitir a cláusula *on first demand* em contratos de fiança, GIOVANNI STELLA explica que sua presença teria deixado de ser decisiva para se identificar a natureza da garantia, devendo-se atentar, isso sim, para o modo como as partes pretenderam que a garantia se relacionasse com o débito principal. *In verbis*:

> Di tutt'altro avviso una consistente corrente giurisprudenziale secondo cui "ai fini della configurabilità di un contrato autônomo di garanzia in luogo di um contrato di fideiussione, non è decisivo l'impiego delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obligazione principale e l'obligazione di garanzia, giacché la caratteristica principale che distingue il contrato autônomo di garanzia dalla fideiussone è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà; tale carenza di accessorietà deve necessariamente essere esplicitata nel contratto con l'impiego di specifica clausula idonea de la facoltà del garante di oppore al creditore le eccezione spettanti al debitore principale, in deroga ala regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c.[210]

---

[208] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 184.

[209] Idem, p. 186-187.

[210] STELLA, Giovanni. *Le garanzie del credito*: fideiussione e garanzie autonome cit., p. 821. Tradução livre: "Deve-se destacar a existência de uma consistente corrente jurisprudencial segundo a qual 'para definir a respeito da configuração de um contrato autônomo de garantia no lugar de um contrato de fiança, não é decisivo o emprego da expressão 'por simples solicitação' ou 'à primeira solicitação' do credor, mas sim a relação que as partes estabeleceram entre a obrigação principal e a obrigação de garantia, já que a característica principal que distingue o contrato autônomo de garantia da fiança é em essência o elemento da acessoriedade; a carência da acessoriedade deve necessariamente ser explicitada no contrato com o emprego

Note-se que, conforme se destacou no item anterior, a impossibilidade de oposição das exceções fundadas na relação garantida decorre do caráter autônomo da garantia, e a inclusão da cláusula *on first demand* exime o beneficiário de comprovar o descumprimento atribuído ao devedor.

Por isso, ao perquirir os efeitos da inclusão da cláusula *on first demand* no contrato de fiança, a doutrina assemelha-os aos decorrentes da aposição de uma cláusula *solve et repete*. Isto é, caberia ao fiador pagar sem opor quaisquer exceções, sejam as fundadas no contrato principal ou as fundadas no próprio contrato de fiança, autorizando-se-lhe a propositura de uma ação de repetição, com fundamento em tais exceções, que obstassem a formação do direito de crédito do beneficiário.

FÁTIMA GOMES e MÓNICA JARDIM discorrem a esse respeito, nos seguintes termos:

> Diz-se, por isso, que nessa situação de garantia acessória, a cláusula de pagamento à primeira solicitação só pretende produzir como efeito a obrigação de pagar imediatamente, sem discussão, podendo mais tarde exigir-se de volta o indevidamente entregue – cumpriria, assim, uma função de *solve et repete*.[211]
>
> -.-.-.-.-.
>
> Em resposta à primeira questão, a doutrina alemã (HADDING-HAUSER-WELTER) construiu a distinção entre a cláusula "à primeira solicitação" inserida numa fiança e a cláusula "à primeira solicitação" inserida numa garantia autónoma, atribuindo à segunda valor substancial e à primeira mero valor processual, no sentido de que suspende apenas, mas não afasta, a acessoriedade da fiança, uma vez que não é prejudicado o poder do fiador que pagou de fazer valer excepções fundadas no contrato-base, através do exercício de uma acção de repetição contra o credor. Assim, a cláusula "à primeira solicitação", neste caso, limita-se a ter o efeito de *solve et repete*.[212]

Com efeito, atribuindo-lhe à cláusula *on first demand* a natureza de uma cláusula *solve et repete*, a doutrina entende que não se retira dos contratos de fiança sua característica mais típica, isto é, a acessoriedade, na medida em que o fiador poderá opor as exceções atinentes à relação principal no âmbito da ação de cobrança do valor pago.

---

de uma cláusula específica idônea para indicar a exclusão da faculdade do garante de opor ao credor as exceções atinentes ao débito principal, com derrogação da regra essencial à fiança, posta no art. 1945 do CC".

[211] GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação cit., p. 170.

[212] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 194-195.

Na realidade, para o credor, os efeitos da fiança e da garantia autônoma serão os mesmos quando tais contratos contarem com a cláusula *on first demand*. A diferença surge no âmbito da ação de ressarcimento, quando o pagamento for feito e existirem exceções oponíveis decorrentes da relação garantida. Tratando-se de um contrato de fiança, o fiador demandado é quem deverá propor a ação contra o credor para reaver a quantia indevidamente paga, uma vez que ele, na qualidade de garantidor acessório, poderia – ou melhor, deveria (!) – opor as eventuais exceções existentes; tratando-se de um contrato de garantia autônoma, o garantidor obterá seu ressarcimento do devedor e apenas este é quem poderá se valer das referidas exceções para a repetição do valor.

De acordo com MÓNICA JARDIM, em ambos os casos, o credor consegue "anular o risco de incumprimento do devedor e transfere os *litigations costs and risks*, relativos à excussão da garantia, para um outro sujeito".[213] A autora prossegue afirmando que "não é o credor que tem de intentar uma acção, para refutar as exceções opostas ao seu pedido de pagamento, mas sim o devedor do contrato-base ou o fiador, conforme o caso".[214]

Cumpre-nos aqui chamar a atenção para a seguinte circunstância: a possibilidade de que o fiador oponha ao credor as exceções e meios de defesa fundados na relação principal não consiste na única característica ou no único efeito, por assim dizer, do princípio da acessoriedade, típico do contrato de fiança.

Outra consequência da acessoriedade, extremamente importante e consagrada desde o direito justinianeu, consiste na impossibilidade de que o fiador se obrigue de modo mais oneroso do que o devedor principal (*in duriorem causam*).

A obrigação de pagar imediatamente ao beneficiário, sem poder lhe opor as exceções fundadas na obrigação principal, coloca o fiador, sem sombra de dúvida, em uma posição mais onerosa do que o devedor, que poderia invocá-las para obstar o pagamento, o que representa, por si só, uma agressão ao princípio da acessoriedade.

O doutrinador MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, que dedicou artigo doutrinário específico ao tema, afirma que, "não constituindo uma garantia acessória até,

---

[213] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 195.

[214] Idem, ibidem.

inclusive, o momento mais vital do pagamento, isso significa que o 'fiador' responde de forma mais gravosa do que o devedor, em claro afastamento do regime do art. 631/1 do CC".[215] O autor prossegue no seguinte sentido:

> A circunstância de, a final, o fiador ao primeiro pedido não responder mais do que responderia se não fosse a cláusula, fazendo valer, *ex post*, as exceções invocáveis por via da acessoriedade despertada, não contraria a afirmação da maior onerosidade da fiança; basta pensar que, diversamente do que poderia ocorrer se não fora a cláusula ao primeiro pedido, o fiador, impedido de invocar *v.g*. a nulidade do contrato-base, pode ter que suportar em definitivo o encargo da dívida, no caso de impotência econômica, quer do credor quer do devedor.[216]

Posicionamo-nos, assim, pela incompatibilidade entre a cláusula *on first demand* e o contrato de fiança, por entendermos que tal cláusula agride e desnatura o princípio da acessoriedade da fiança, que, pensamos, corresponde a um princípio típico dessa modalidade contratual.

Concluindo-se pela incompatibilidade entre a cláusula *on first demand* e o contrato de fiança, resta-nos saber qual deve ser a solução jurídica dada sempre que a primeira for aposta na segunda.

Consoante JOÃO CALVÃO DA SILVA, é muito comum que, na prática negocial, as partes derroguem normas reguladoras do contrato de fiança, sendo que o aspecto que mais frequentemente resta afastado é justamente seu requisito típico, a acessoriedade. O autor conclui que, em tais casos, "deve entender-se que as partes celebraram um contrato atípico ou inominado de garantia, conformemente ao princípio da liberdade contratual previsto no art. 405".[217] Transcreva-se integralmente o trecho que contempla seu raciocínio:

> Naturalmente, caracterizando-se a fiança pela sua dependência da relação principal, garantias pessoais daquela natureza não podem se reconduzir ao *tipo legal*. Mas isso não impõe a conclusão de que essas fianças não acessórias ou garantias autónomas sejam nulas. Antes deve entender-se que as partes celebraram um *contrato atípico* ou *inominado de garantia*, conformemente ao princípio da liberdade contratual previsto no art. 405.

---

[215] COSTA GOMES, Manuel Januário da. A chamada "fiança ao primeiro pedido". In: MENEZES CORDEIRO, António et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles.* Coimbra: Almedina, 2003. p. 856.

[216] Idem, ibidem.

[217] SILVA, João Calvão da. *Estudos de direito comercial*: pareceres cit., p. 337.

> Destarte, ao afastarem-se na regulamentação convencional dos seus interesses, de certos aspectos da disciplina legal do arquétipo das garantias pessoais – a fiança –, as partes inventaram uma rica e poliédrica gama de *fianças impróprias* ou *garantias atípicas*, objecto de crescente número de estudos doutrinários e arestos jurisprudenciais.[218]

Manifestando-se especificamente a respeito da referida incompatibilidade entre a cláusula *on first demand* e o contrato de fiança, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES sugere que a primeira seja declarada inválida e ineficaz sempre que possível se depreender que as partes pretenderam constituir uma fiança, e não uma garantia atípica:

> A partir daqui, a consequência da cláusula ao primeiro pedido só será a da redução legal e consequente ineficácia da cláusula (art. 631/2 CC) se, pela interpretação da garantia prestada, for claro que as partes pretenderam a prestação de uma *fiança* e não de uma garantia pessoal atípica como é chamada fiança ao primeiro pedido.[219]

Em uma interpretação *a contrario sensu*, pode-se entender que a cláusula se conservará válida e eficaz sempre que se possa depreender que as partes tinham a intenção de constituir uma garantia mais gravosa; nesse caso, não se estará, portanto, diante de uma fiança, mas sim de uma garantia atípica.

Neste ponto, também concordamos com o autor MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, entendendo que a cláusula *on first demand* deve ser considerada ineficaz caso se verifique que a intenção efetiva das partes foi constituir uma fiança, com a criação de uma obrigação acessória a cargo do fiador. Atentamos, contudo, para o fato de que, no mais das vezes, as partes estão conscientes sobre o fato de que a inclusão da referida cláusula impõe um ônus maior ao fiador do que ao próprio devedor, ajustando, mesmo assim, o contrato nesses termos.

Em tais casos, os intérpretes e operadores devem aceitar estar diante de um contrato atípico, que pode e deve ser regulado, no que couber, pelas normas atinentes à fiança, por se tratar do contrato típico com o qual possui maior proximidade.

Com efeito, ORLANDO GOMES explica que "a tarefa do intérprete é procurar o contrato típico do qual mais se aproxima o contrato atípico para aplicar a esse as normas que

---

[218] SILVA, João Calvão da. *Estudos de direito comercial*: pareceres cit., p. 337.

[219] COSTA GOMES, Manuel Januário da. A chamada "fiança ao primeiro pedido cit., p. 856.

disciplinam aquele",[220] e que, "se esse recurso falha, por não haver contrato típico com o qual tenha o contrato atípico maior afinidade, emprega-se a analogia *juris*, invocando-se os princípios gerais de direito contratual".[221]

Deve-se ter em mente, por fim, a advertência de ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, no sentido de que, como não há regulamentação legal no âmbito dos contratos atípicos, "as partes devem acautelar-se na fixação das normas contratuais, para que estas possam valer, desde que não contrariem os princípios gerais de direito, os bons costumes e as normas de ordem pública".[222]

3.8 Duração da garantia

As partes costumam prever, na carta de garantia, qual o seu prazo de vigência.

Em geral, o prazo de vigência da garantia corresponde ao prazo de vigência do contrato-base. Há, no entanto, casos em que tais prazos de vigência não são idênticos, sem que isso represente qualquer problema para a validade do contrato de garantia.

Com efeito, quando os prazos de vigência da garantia e do contrato-base não são idênticos, as partes podem incluir, no contrato de garantia, a possibilidade de que a sua renovação seja automática, mediante simples notificação ao banco, mesmo quando se tratar da prorrogação do próprio contrato-base. Da mesma forma ocorre nos casos em que, *a priori*, os prazos de vigência da garantia e do contrato-base são idênticos: as partes podem estabelecer previamente que, ocorrendo a prorrogação do contrato-base, o contrato de garantia será automaticamente prorrogado.

Conforme a doutrinadora FÁTIMA GOMES, "chega-se mais longe nesta infinita proteção do beneficiário",[223] pois há, ainda, a cláusula *extend or pay*, que impõe ao garante a renovação automática da garantia, sob pena da sua própria execução. Ou seja, o beneficiário

---

[220] GOMES, Orlando. *Contratos* cit., p. 125.

[221] Idem, ibidem.

[222] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 139.

[223] GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação cit., p. 159.

fica seguro de que, caso a garantia não seja renovada, ele poderá executá-la, obtendo a satisfação econômica equivalente à hipótese do próprio descumprimento garantido. LUIS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS afirma também que o fundamento de tal cláusula "radica no facto de o beneficiário entender que há um incumprimento, mas estar disposto a conceder um período de tempo adicional para que seja retificado, se a garantia for estendida".[224]

Por sua vez, PEDRO ROMANO MARTINEZ atenta para a possibilidade de que o descumprimento caracterizador da responsabilidade do garante ocorra dentro do período de garantia, mas seu beneficiário só venha a reclamar sua execução após sua extinção. Segundo o autor, para obstar os inconvenientes dessa situação, "pode-se prever nas garantias bancárias, para além de uma data de caducidade da garantia, um período para ser deduzida reclamação pelo beneficiário, que se adiciona ao primeiro prazo".[225]

Trata-se, na realidade, da "importação" de um princípio notório do direito dos seguros, engendrado inicialmente no âmbito das apólices de responsabilidade civil, segundo o qual as seguradoras poderiam optar por responder pelas indenizações de sinistros ocorridos durante a vigência do contrato de seguro, mesmo que reclamados em um período posterior, ou somente pelos sinistros ocorridos e reclamados durante a vigência do contrato de seguro (apólices *claim's made* ou *occurrency made*).

O referido autor destaca que, "efectivamente, em inúmeras hipóteses acontece que o beneficiário de certa garantia só tem conhecimento da situação de incumprimento – verificada no período de validade da garantia – depois de esta já ter caducado".[226] Logo, entende-se que, mesmo que as partes não estabeleçam contratualmente o período suplementar para a reclamação da garantia, deve ser assegurada ao beneficiário a possibilidade de executá-la após o fim de sua vigência, desde que isso ocorra em um período razoável – considerando o próprio prazo da garantia – e que ele comprove que só teve conhecimento do evento danoso após a expiração da validade.[227]

---

[224] VASCONCELOS, Luis Miguel Pestana de. *Direito das garantias* cit., p. 135.

[225] MARTINEZ, Pedro Romano; DA PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de cumprimento* cit., p. 148.

[226] Idem, ibidem.

[227] Quanto à determinação do que seja um prazo razoável, PEDRO ROMANO MARTINEZ assevera que este "será o tema mais sensível nesta matéria, dependendo sempre, e no mínimo, do período de vigência da garantia. Isto

3.9 Execução

A execução da garantia ocorre quando o beneficiário solicita ao garante o pagamento da indenização prevista no contrato sob a afirmação de ter ocorrido o evento garantido, normalmente o descumprimento das obrigações assumidas pelo devedor no âmbito do contrato principal. MÓNICA JARDIM afirma que se trata de um momento extremamente importante da vida do contrato, pois "passa-se do mero plano da garantia para o da execução da obrigação de entrega da quantia pecuniária predeterminada".[228]

Como se viu, se a garantia autônoma for também automática, o beneficiário não precisará comprovar a ocorrência do descumprimento; caso as partes tenham ajustado que a solicitação deveria ser justificada ou documental, ele deverá justificar seu pedido ou apresentar certos documentos, respectivamente.

Na realidade, conforme bem destaca HENRY LESGUILLONS, "o banco deve saber ler a garantia",[229] na medida em que "sua obrigação de pagamento está vinculada aos termos exatos do contrato de garantia".[230]

3.9.1 Obrigações da instituição garante para com o devedor, diante da solicitação da garantia

Pode-se dizer que, ao receber a solicitação de pagamento, surgem para a instituição garante algumas obrigações em face do devedor do contrato-base, sua contraparte no contrato que estabelece (i) a obrigação de garantia em favor do beneficiário *ou* (ii) a obrigação de celebrar outro contrato por meio do qual se obrigue a garantir indenizá-lo em hipóteses de descumprimento.

Deveras, a primeira obrigação da instituição garante consiste em informar o devedor a respeito da solicitação feita pelo beneficiário.

é, quanto maior for o período temporal da garantia, maior deverá ser, em termos razoáveis, o período para se reclamar o cumprimento para além de sua vigência" (Idem, p. 150).

[228] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 247.

[229] LESGUILLONS, Henry. As garantias bancárias: tendências atuais cit., p. 7.

[230] Idem, ibidem.

Na realidade, muitos autores defendem a inexistência de tal obrigação por parte da instituição garante. Entretanto, na linha do que defende FÁTIMA GOMES com esteio na doutrina italiana, entendemos que tal obrigação decorre do próprio princípio da boa-fé objetiva: "BONELLI, por sua vez, considera que se o contrato de garantia não tem uma previsão expressa sobre a obrigação de informar o ordenante da execução da garantia, ela resulta directamente da boa-fé contratual".[231]

Por óbvio, tal informação é extremamente útil e relevante para o devedor, que pode tentar entrar em consenso com o beneficiário para dissuadi-lo da exigência da garantia ou mesmo para obter provas líquidas de fraude ou abuso na execução da garantia.

O garante tem também o dever de verificar se o pedido foi feito adequadamente, isto é, se foi realizado na forma convencionada, acompanhado dos documentos acordados, dentro do prazo previsto etc. Isso porque, conforme explica MÓNICA JARDIM, conquanto o garante contraia uma obrigação autônoma e independente relativamente à obrigação garantida, "será no património do devedor mandante que se repercutirá o sacrifício econômico do pagamento".[232]

Verificando que o pedido foi feito adequadamente, consoante os requisitos ajustados entre as partes, a instituição garante deverá entregar a soma objeto da garantia. Muito importante mencionar que, para efetuar tal entrega, a instituição garante *não precisa* do consentimento do devedor. Nesse sentido, FÁTIMA GOMES destaca que "um facto é ponto assente para todos os doutrinadores: o de que o banco para pagar não tem que obter o consentimento prévio do devedor-principal".[233]

3.9.2 Hipóteses em que a instituição garante não estará obrigada a pagar

Nas palavras de LUIS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "sendo demandado pelo credor/beneficiário nos termos previstos na garantia autónoma, o garante terá de cumprir".[234] De fato, conforme já se viu ao longo de todo este capítulo, o garante, tendo assumido uma

---

[231] GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação cit., p. 179.
[232] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 257.
[233] GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação cit., p. 179.
[234] VASCONCELOS, Luis Miguel Pestana de. *Direito das garantias* cit., p. 135.

obrigação independente e autônoma, não poderá, diante da solicitação de pagamento, opor ao credor beneficiário quaisquer meios de defesa fundados na relação principal.

É de notar que a independência estrutural e funcional da garantia autônoma se presta, por vezes, a abusos por parte do beneficiário. ARNOLDO WALD aborda a questão nos seguintes termos:

> 11. Mas, a esse aumento de segurança do credor corresponde uma diminuição de garantias para o devedor, que pode afetar a própria moralidade do contrato, especialmente quando o beneficiário da garantia exige o pagamento fora dos limites do texto da garantia, exorbitando em relação à mesma, e atua de má-fé, praticando abuso de direito ou tendo uma conduta que pode ser caracterizada como fraudulenta.[235]

Tais abusos não podem ser tolerados, sob pena de se afetar, conforme destaca o autor, a própria moralidade do contrato.

Com efeito, a doutrina é unânime ao afirmar que a instituição garante pode, ou melhor, deve, se opor ao pagamento da indenização quando a solicitação do beneficiário constitua uma fraude manifesta ou seja feita com evidente abuso de direito.

Podem-se citar as seguintes hipóteses como exemplos concretos em que a conduta do beneficiário representa fraude ou abuso de direito:

- O beneficiário executa a garantia sob a afirmação de não ter recebido as mercadorias importadas e a instituição garante tem em mãos o certificado de desalfandegamento de tais mercadorias no país de destino;
- O beneficiário executa a garantia sob a afirmação de inexecução ou execução defeituosa do contrato garantido e a instituição garante tem em mãos um laudo, elaborado por um consultor de idoneidade reconhecida pelo próprio beneficiário, que certifica a execução integral e adequada do contrato-base pelo devedor;
- O beneficiário executa a garantia mesmo depois de decisão judicial que reconhece o cumprimento integral de todas as obrigações contratuais do

[235] WALD, Arnoldo. A garantia à primeira demanda no direito comparado cit., p. 7.

devedor e, via de consequência, declara a inexistência de qualquer direito do beneficiário; e

– O beneficiário executa a garantia mesmo depois de decisão judicial que declara que a resolução do contrato se deveu por sua culpa, e não por culpa do devedor.

Há certa discussão a respeito das consequências da declaração judicial de nulidade do contrato principal relativamente ao contrato de garantia. Com efeito, alguns autores entendem que a nulidade do contrato principal projetaria efeitos sobre o contrato de garantia somente se tal nulidade fosse exclusivamente imputável ao beneficiário.

Contudo, neste trabalho, adotamos posição distinta, pois, como admitimos anteriormente, o contrato de garantia autônomo possui natureza causal, que consiste na garantia de indenização dos prejuízos incorridos pelo beneficiário em caso de descumprimento do devedor. Assim, parece-nos que, se o contrato for nulo, o beneficiário jamais fará jus a qualquer tipo de indenização por descumprimento do devedor, com a consequente extinção da garantia por falta de causa. O mesmo raciocínio aplica-se aos contratos de causa ilícita, quando a ilicitude decorra de ofensas à ordem pública ou aos bons costumes.

Note-se que a doutrina é igualmente unânime quanto ao fato de que a oposição ao pagamento somente pode ocorrer se a instituição garante dispuser de provas "líquidas e inequívocas" a respeito da fraude e do abuso de direito. A exigência de que as provas sejam "líquidas e inequívocas" faz todo o sentido, pois, conforme explica LUIS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "caso contrário, estar-se-ia a atentar contra a essência da própria garantia". O autor prossegue afirmando que, "havendo causa de discussão sobre os factos que o ordenante avança como demonstrando o abuso de direito, o garante deve pagar. A questão deverá ser discutida depois entre as partes do contrato-base".

No mesmo sentido, posiciona-se MÓNICA JARDIM, ao afirmar que a instituição garante só pode recusar o pagamento quando "a prova líquida da fraude ou de abuso de direito seja plenamente possível na altura da solicitação, sem necessidade de mais diligências".[236]

[236] JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma* cit., p. 264.

Para FÁTIMA GOMES, "a prova líquida é, sobretudo, associada à prova documental, mas chega-se a admitir a invocabilidade de prova resultante de uma decisão judicial transitada em julgado ou de uma decisão arbitral".[237]

Como se viu, o princípio que vigora no âmbito das garantias autônomas é o da inoponibilidade pelo garante das exceções fundadas na relação principal, mantida entre o devedor e o credor beneficiário, ressalvando-se os casos de patente fraude ou abuso de direito por parte do último. Entretanto, quando o garante dispuser de exceções fundadas na relação mantida entre ele próprio e o beneficiário, ele poderá, obviamente, se valer delas para evitar o pagamento.

Entre tais exceções, podem-se citar as hipóteses em que (a) o contrato de garantia seja inválido por circunstâncias não relacionadas com o contrato-base, por exemplo, a incapacidade da pessoa que subscreve a garantia ou a falta de determinação de seu objeto; (b) a solicitação de pagamento da indenização não seja feita nos termos definidos no contrato; e (c) a instituição garante detenha crédito contra o beneficiário, que decorra de outra relação jurídica mantida entre tais partes.

A instituição garante também poderá se opor ao pagamento da indenização nos casos em que tenha ocorrido a cessão do crédito garantido, sem sua prévia consulta e consentimento, bem como nos casos de modificação do contrato-base, em que tampouco se lhe tenha consultado ou obtido seu consentimento, consoante exposto no item 3.4 *supra*.

3.9.3 Meios dos quais o devedor pode se utilizar para impedir a execução da garantia

Normalmente, é o devedor do contrato-base que, informado a respeito da execução da garantia, busca tomar as providências necessárias para impedi-la.

Em primeiro lugar, ele irá, como se disse, munir a instituição garante com todos os documentos e provas que julgue constituir prova líquida e inequívoca no sentido de que a execução da garantia fora feita de modo fraudulento ou com abuso de direito.

---

[237] GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação cit., p. 181.

Com intuito de impedir de modo efetivo o pagamento, o devedor deverá então buscar um provimento judicial que lhe assegure a suspensão da execução da garantia. ARNOLDO WALD afirma que, nas hipóteses de fraude, abuso de direito e má-fé, "admite-se a medida cautelar para evitar o pagamento, geralmente sob a forma de medida cautelar inominada, especialmente quando houver dúvidas quanto à posterior reversão dos recursos".[238]

O senso comum poderia nos levar a crer que as instituições garantes apreciariam tal tipo de conduta do devedor, especialmente quando lhes livrasse da obrigação de pagamento. Entretanto, conforme adverte FÁTIMA GOMES, muitas vezes, a sua própria reputação e credibilidade internacional estão em jogo, motivo pelo qual elas buscam evitar que o devedor recorra a meios que impeçam o pagamento da garantia. *In verbis*:

> A utilização abusiva de qualquer destas medidas é um factor de grande desprestígio para os bancos, que não podem honrar as suas palavras e que veem a sua reputação ser posta em causa.
>
> Os bancos procuram, assim, evitar que o ordenante recorra a qualquer meio que os impeça de honrar a suas garantias, nomeadamente os procedimentos cautelares de direito italiano proferidos ao abrigo do art. 700.º C.P.C., proibitivos do pagamento da garantia executada. Está em causa a sua imagem e credibilidade internacionais.[239]

De fato, admitir que as instituições garantes passem a concordar com a suspensão do pagamento da indenização em casos em que inexistem provas líquidas e inequívocas a respeito da fraude ou do abuso de direito conduziria a um esvaziamento gravíssimo da utilidade da modalidade de garantia ora estudada, que, imagina-se, não é desejado por nenhuma das partes envolvidas em contratações internas ou internacionais.

3.10 Regresso

Feito o pagamento da indenização pelo garante, ele fará jus ao reembolso do montante. De acordo com PAUL DESMET, "imediatamente após ter pago os montantes pelos

---

[238] WALD, Arnoldo. A garantia à primeira demanda no direito comparado cit., p. 11.

[239] GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação cit., p. 187.

quais o beneficiário executou a garantia, o banco se dirigirá a seu cliente-ordenador a fim de recuperar os montantes desembolsados”.[240]

Conforme já se afirmou, neste trabalho, consideramos que a garantia autônoma pode ser estruturada por duas formas distintas: na primeira delas, o devedor do contrato-base e o garante celebram um contrato, cujo objeto é justamente a celebração do contrato de garantia entre o último e o credor beneficiário; na segunda, entende-se que a garantia autônoma é ajustada em favor do credor no bojo do contrato celebrado entre o devedor e a instituição garante.

Como se vê, em ambas as hipóteses há um contrato que regula a relação jurídica entre o devedor do contrato-base e a instituição garante. Portanto, é nos termos desse contrato que a instituição garante deverá buscar seu reembolso.

Revela-se importante investigar se, dada a estruturação da garantia autônoma, a instituição garante irá se sub-rogar no crédito do credor originário, beneficiário da garantia, ou se, ao contrário, ela fará jus tão somente ao regresso do montante pago.

Não havendo previsão específica na lei, que não regula o contrato de garantia autônoma, deve-se recorrer às regras gerais da sub-rogação, inseridas entre os arts. 346 a 351 do Código Civil, para saber se a hipótese se subsume a qualquer uma das ditas regras.

Com efeito, o art. 346, III, do Código Civil declara que a sub-rogação opera-se de pleno direito em favor “do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte”. Ocorre que, ao fazer o pagamento da indenização, o garante cumpre uma obrigação própria, e não alheia, não se podendo classificá-lo, assim, como “terceiro interessado”. Desse modo, conclui-se não se estar diante de uma sub-rogação legal.

Entretanto, nada impede que as partes pactuem a sub-rogação convencional, na forma do art. 347, I, do Código Civil, segundo o qual a sub-rogação é convencional “quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos”.

---

[240] DESMET, Paul. O contrato de garantia: exame de alguns problemas técnicos específicos. In: LESGUILLONS, Henry et al. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 107.

Diga-se que, se a instituição garante tinha o dever de se opor ao pagamento da indenização ao beneficiário em razão da ocorrência de uma das situações analisadas no item anterior (*v.g.*, fraude ou abuso de direito), e não o fez, o devedor poderá se escusar do reembolso. Conforme explica PEDRO ROMANO MARTINEZ, "a recusa de pagamento, nos casos em que é admissível, corresponde a um dever do garante que, sendo incumprido, determina uma violação do contrato ajustado com o devedor garantido".[241] Segundo o autor, "em tal caso, este poderá, por isso, invocar a exceção de não cumprimento ou, mesmo, a resolução do contrato de concessão de garantia celebrado com o banco garante".[242]

Com efeito, nos casos em que a instituição garante tinha o dever de não pagar, mas mesmo assim o faz, o devedor não estará obrigado a reembolsá-la e ela deverá buscar tal reembolso perante o beneficiário. FÁTIMA GOMES discorre a respeito dessa situação nos seguintes termos:

> Em situações excepcionais considera-se que o titular do ónus de demandar o beneficiário é o banco e não o ordenante.
>
> São essas as situações em que o banco paga em face da apresentação de documentos diversos daqueles que estavam previstos no contrato de garantia, ou sem que respeitem as condições aí estabelecidas, ou efectua o pagamento numa situação em que estava legitimado a recusar o pagamento, porque estava na presença de uma situação que lhe permitia utilizar a *exceptio doli*, ou porque o devedor-principal, não avisado da exigência do beneficiário, pagou já a sua obrigação.[243]

Saliente-se, por fim, que é nesse momento, ou seja, quando o garante busca seu reembolso do devedor do contrato-base, que se verifica a atuação das contragarantias. Com efeito, o garante pode exigir que o devedor as forneça para aumentar sua segurança no sentido de obter o reembolso do montante entregue ao credor beneficiário. Nas palavras de PAUL DESMET, "quando os riscos assumidos pelo banco forem muito elevados em comparação com a capacidade financeira da empresa, o banco tentará cobrir melhor seus riscos tomando

---

[241] MARTINEZ, Pedro Romano; DA PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de cumprimento* cit., p. 144.

[242] Idem, p. 144-145.

[243] GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação cit., p. 199.

garantias suplementares",[244] as quais "têm como finalidade reduzir a extensão do risco assumido e podem revestir formas diferentes".[245]

[244] DESMET, Paul. O contrato de garantia: exame de alguns problemas técnicos específicos cit., p. 107.

[245] Idem, ibidem.

CAPÍTULO 4 – O CONTRATO DE SEGURO GARANTIA

4.1 Definição de seguro garantia; 4.2 O contrato de seguro. Breves considerações; 4.3 Elementos essenciais do seguro garantia; 4.3.1 As partes; 4.3.2 O interesse segurável e o risco garantido; 4.3.3 Proposta e apólice; 4.3.4 O prêmio; 4.4 Natureza jurídica do seguro garantia. Seguro de danos; 4.5 A incidência do princípio indenitário; 4.6 Seguro por conta de outrem e a favor de terceiro; 4.7 Acessoriedade ou autonomia? Uma falsa questão; 4.8 Execução; 4.8.1 Regulação de sinistro; 4.8.2 Regulação de sinistro no âmbito do seguro garantia. O segurador como árbitro do descumprimento; 4.8.3 As exceções oponíveis com fundamento no contrato de seguro; 4.9 Conclusão da regulação; 4.9.1 Indenização e sub-rogação; 4.9.2 Negativa de sinistro; 4.10 Questões importantes; 4.10.1 Propositura de ação judicial durante o procedimento de regulação; 4.10.2 A cláusula *on first demand* no domínio do seguro garantia.

4.1 Definição de seguro garantia

O seguro garantia consiste em um seguro de obrigações,[246] contratado pelo devedor do contrato junto à seguradora, que garantirá indenizar o credor pelos prejuízos decorrentes da eventual mora ou inadimplemento do devedor. Como se vê, tal modalidade de seguro pressupõe a existência de outra obrigação, denominada aqui de obrigação principal, cujo risco de descumprimento constituirá o objeto do seguro.

Trata-se, portanto, de uma garantia fidejussória e, assim como a fiança, pode ser contratado para garantir as obrigações de dar, de fazer e de não fazer, decorrentes da lei ou de convenção entre as partes.

O seguro garantia insere-se no gênero do seguro de danos. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, lei que o regule expressamente.[247] Há, no entanto, a Circular n.º 477, expedida pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), em 30.09.2014, que dispõe a seu respeito.

Com efeito, a Susep foi criada pelo Decreto-lei n.º 73, de 1966, e figura como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras. No gozo de sua competência, o órgão expede circulares para regulamentar as

---

[246] Note-se que o Decreto-lei n.º 73, de 1966, que dispôs sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, declara, em seu art. 3.º, que "consideram-se operações de seguros privados os seguros de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias".

[247] A Lei de Execuções Fiscais (Lei n.º 6.830, de 1980), recentemente alterada pela Lei n.º 13.043, de 2014, autoriza que o executado ofereça o seguro garantia como garantia da execução (art. 9.º, II).

operações de seguro, como a mencionada Circular n.º 477, a qual, consistindo em ato ordinatório da administração pública, dispõe, em seu art. 2.º, que "o Seguro Garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado".

A Circular Susep n.º 477 será objeto de referências ao longo de todo este capítulo.

4.2 O contrato de seguro. Breves considerações

Nas palavras de FÁBIO KONDER COMPARATO, "toda operação de seguro representa, em última análise, a garantia de um interesse contra a realização de um risco, mediante o pagamento antecipado de um prêmio. Os *essentialia negotii* são, portanto, quatro: o interesse, o risco, a garantia e o prêmio".[248]

O Código Civil de 2002 reflete o entendimento do autor,[249] dispondo, em seu art. 757, que, "pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados".

Pode-se dizer que a menção ao interesse do segurado representou verdadeiro avanço conceitual, na medida em que o Código Civil de 1916 apresentava como objeto do contrato de seguro somente o bem, que poderia corresponder a uma coisa, à vida ou às faculdades humanas. No capítulo que regulava o contrato de seguro, o único dispositivo que fazia menção ao interesse tratava-o como um requisito de legitimação para contratar seguro sobre a vida de outrem: "Pode uma pessoa fazer o seguro sobre a própria vida, ou sobre a de outrem, justificando, porém, neste último caso, o proponente o seu interesse pela preservação daquela que segura, sob pena de não valer o seguro em se provando ser falso o motivo alegado".

---

[248] COMPARATO, Fábio Konder. Seguro de garantia de obrigações contratuais. In: _____. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

[249] O art. 1.º do projeto substitutivo elaborado pelo autor continha o mesmo teor do atual art. 757 do Código Civil. A única diferença é que, no projeto substitutivo, o parágrafo único do art. 1.º declarava que "as cláusulas definidoras do risco interpretam-se estritamente"; essa regra não foi repetida no Código Civil de 2002. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto de Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: RT, ano XI, n. 5, p. 143, 1972.

FÁBIO KONDER COMPARATO chama a atenção para o fato de que, "mesmo no chamado seguro de coisas determinadas, como o seguro de incêndio ou o seguro contra o furto, o que o segurado garante pelo contrato não é propriamente uma coisa, mas o interesse que possui em relação a esta coisa".[250] O autor conclui afirmando que "o interesse segurável, como objeto material do contrato de seguro, não é pois uma coisa, mas uma relação, como o indica a própria etimologia (interesse); mais precisamente, êle é a relação existente entre o segurado e a coisa ou a pessoa sujeita ao risco".[251]

Entende-se que o risco, outro elemento essencial do seguro, corresponde, por sua vez, à possibilidade de ocorrência de um evento futuro e incerto capaz de alterar o *status quo* do interesse garantido. Os autores TZIRULNIK, CAVALCANTI e PIMENTEL definem o risco como "a possibilidade de ocorrência de um evento predeterminado capaz de lesar o interesse garantido".[252] A questão a respeito da predeterminação do risco, ou seja, da especificação dos eventos cujas consequências encontram-se garantidas pelo contrato, é verdadeiramente importante, na medida em que tal especificação é que determinará o limite da responsabilidade do segurador.

O já mencionado art. 757 do Código Civil de 2002 apresenta a garantia e o prêmio como as prestações da seguradora e do segurado, respectivamente.

Em sua obra *Ensaios e pareceres de direito empresarial*, ao discorrer sobre as distinções entre as obrigações de meios, de resultado e de garantia, FÁBIO KONDER COMPARATO explica o conteúdo das obrigações de garantia nos seguintes moldes:

> Por conseguinte, conteúdo das obrigações de garantia é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor. Eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as consequências de sua realização. Mas mesmo que esta não se verifique a simples assunção do risco pelo devedor de garantia representa o adimplemento de sua prestação. "O fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se fez o seguro", reza o Código Civil, "não exime o segurado de pagar o prêmio que estipulou" (art. 1.452).

---

[250] COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito*. São Paulo: RT, 1968. p. 24-25.

[251] Idem, p. 26-27.

[252] TZIRULNIK, Ernesto et al. *O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 36.

> A razão disto está em que a eliminação de um risco que pesa sobre o credor representa por si mesma um bem da vida, traduzível muita vez em preciso valor econômico, como os prêmios de seguro, objeto de cálculos atuariais, ou as garantias bancárias obtidas através do desconto antecipado de juros ou ágios.[253]

Note-se que, de acordo com a definição dada pelo Código Civil de 1916 ao contrato de seguro, a prestação da seguradora corresponderia ao pagamento da indenização, pois seu art. 1.432 declarava que "considera-se o contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros previstos no contrato".

A definição quanto à prestação típica da seguradora marca as balizas da discussão a respeito da caracterização do seguro como um contrato aleatório ou comutativo. Com efeito, entre os importantes autores que entendem se tratar o contrato de seguro de contrato aleatório, aponte-se RICARDO BECHARA:

> Não vislumbramos o seguro, decididamente, como contrato tipicamente comutativo, na medida em que a prestação do segurado (prêmio, sempre menor que o prejuízo a repor) e a prestação do segurador (indenização pelo risco se o sinistro acontecer, embora exista a garantia como meio), não são exatamente equivalentes, ou pelo menos a equivalência não é imediatamente apreciável no momento da contratação, como sucede, por exemplo, no contrato de compra e venda. Ainda que o equilíbrio contratual deva estar presente. Na compra e venda, contrato tipicamente comutativo, os contraentes podem aferir, *ab initio*, a equivalência das prestações, que por presunção se equivalem. Ainda que seja certa a principal prestação do segurado, *o prêmio*, a do segurador, *limite máximo da indenização* (nos seguros de dano), ou o capital segurado (nos seguros de pessoa), será sempre regra incerta. E isso bastaria para imprimir o indelével selo da aleatoriedade ao contrato de seguro.[254]

Como se vê, o autor assevera que, enquanto a prestação do segurado é certa, consistindo no pagamento do prêmio, a contraprestação da seguradora, correspondente ao pagamento da indenização, seria, em regra, incerta, sujeita à ocorrência do risco segurado. Nas palavras do autor, "o objetivo do seguro, por isso mesmo, é o de indenizar o segurado ou

---

[253] COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: _____. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 537-538.

[254] BECHARA, Ricardo. *Direito de seguro no novo Código Civil e legislação própria*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 15.

pagar o capital ao beneficiário";[255] segundo ele, "a garantia, que é concedida desde a contratação ou aceitação do risco pelo segurador, seria como que a sensação de conforto para o segurado e consiste apenas no meio, para que o fim colimado, dependente de um acontecimento futuro e incerto, seja realizado".[256]

A doutrinadora VERA HELENA DE MELLO FRANCO posiciona-se em sentido oposto em seu artigo "O contrato de seguro". Para ela, a obrigação do segurador corresponde à obrigação de garantia, e não à obrigação de pagamento de indenização, que é apenas uma prestação secundária e eventual. Assim, na medida em que o segurado obtém, desde o momento da celebração do contrato, a garantia de que os danos eventualmente verificados serão ressarcidos, ao contrato de seguro deve ser reconhecido o caráter comutativo. Pela clareza, confira-se o seguinte trecho do mencionado artigo:

> O segurado, já a partir do momento da aceitação da apólice, tem a garantia de que não irá arcar com as eventuais consequências danosas do sinistro. Ou que pelo menos não na mesma proporção como ocorreria se não houvesse realizado o seguro.
>
> Desde o momento da conclusão do contrato a seguradora presta a garantia de resguardar o segurado contra as consequências de um evento futuro e incerto. E é esta garantia e não a indenização a contraprestação da seguradora.
>
> A prestação da seguradora não é a indenização, que é uma prestação secundária e eventual. Mas a garantia de que, ocorrendo o evento danoso, este não terá consequências econômicas para o segurado.
>
> O contrato, portanto, é comutativo.[257]

Destacando que a obrigação do segurador corresponde à garantia de conservação do interesse segurado na hipótese concretização do risco, ERNESTO TZIRULNIK também se posiciona pela comutatividade do contrato de seguro:

> A comutatividade do contrato tem por base justamente o reconhecimento de que a prestação do segurador não se restringe ao pagamento de uma eventual indenização (ou capital), o que apenas se verifica no caso de sobrevir lesão ao interesse garantido em virtude da realização do risco predeterminado. Tal prestação consiste, antes de tudo, no fornecimento de garantia e é devida durante toda a vigência material do contrato. A comutação ocorre entre prêmio e garantia (contraprestação).

---

[255] BECHARA, Ricardo. *Direito de seguro no novo Código Civil e legislação própria* cit., p. 15.

[256] Idem, p. 16.

[257] FRANCO, Vera Helena de Mello. O contrato de seguro. In: BITTAR, Carlos Alberto et al. *Novos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 1990. p. 189.

> Ao obter garantia do interesse para a hipótese de realização do risco predeterminado (sinistro), o segurado obtém uma vantagem ou atribuição patrimonial sem a qual permaneceria em estado de potencial dano.[258]

Questão de extrema importância, e que torna o contrato de seguro instituto tão rico, é o modo como o segurador instrumentaliza tal garantia. Com efeito, o segurador desempenha sua obrigação por meio da reunião, em um mesmo grupo, das pessoas sujeitas a riscos da mesma natureza, formando, mediante o pagamento das contraprestações à garantia, um fundo comum. Trata-se do processo de mutualismo.[259]

A esse respeito, J.J. CALMON DE PASSOS afirma que "a doutrina contemporânea já precisou a natureza peculiar do contrato de seguro"; trata-se, nas palavras do autor, de "um contrato comutativo, em verdade um negócio jurídico coletivo, integrado pelos muitos atos individuais que aportam para o fundo comum os recursos tecnicamente exigidos para segurança de todos em relação às incertezas do futuro".[260]

Note-se que tais atos individuais, "que aportam para o fundo comum os recursos tecnicamente exigidos para segurança de todos em relação às incertezas do futuro", correspondem aos prêmios, ou seja, à contraprestação a cargo do segurado (ou do estipulante) em virtude da garantia prestada pelo segurador. Nas palavras do citado autor ERNESTO TZIRULNIK, o prêmio "é o preço da garantia".[261]

Merece destaque, ainda, a advertência de FÁBIO KONDER COMPARATO, no sentido de que "por aí se vê que o prêmio de seguro não representa, de modo algum, para o segurador,

---

[258] BECHARA, Ricardo. *Direito de seguro no novo Código Civil e legislação própria* cit., p. 30.

[259] Nas palavras de Fábio Konder Comparato: "Na verdade, a operação de seguro implica a organização de uma mutualidade, ou o agrupamento de um número mínimo de pessoas, submetidas aos mesmos riscos, cuja ocorrência e intensidade são suscetíveis de tratamento atuarial ou previsão estatística segundo a lei dos grandes números, o que permite a repartição proporcional das perdas globais, resultantes dos sinistros, entre todos os seus componentes. A atividade do segurador consiste justamente na organização dessa mutualidade, segundo a exigência técnica de compensação do conjunto de sinistros previsíveis pela soma total das contribuições pagas pelos segurados" (Seguro – Cláusula de rateio proporcional – Juridicidade. Re*vista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: RT, ano XI, n. 7, p. 108, 1972).

[260] CALMON DE PASSOS, J.J. A atividade securitária e sua fronteira com os interesses transindividuais – Responsabilidade da Susep e competência da Justiça Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 763, p. 98-99, maio1999.

[261] TZIRULNIK, Ernesto et al. *O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro* cit., p. 38.

a contrapartida do risco assumido em determinado contrato, mas sim a cota-parte cabível ao segurado na repartição do montante global dos riscos que pesam sobre a mutualidade".[262]

A respeito do prêmio, pode-se colher, da doutrina estrangeira, ainda, a lição de GIUSEPPE FERRI:

> Nel contratto di assicurazione, i due termini del sinallagma non si determinano uno in funzione dell'altro, ma passano necessariamente attraverso il diaframma dell'impresa; pur trattandosi di contratto a titolo oneroso, il rapporto tra prestazione e contraprestazione non si pone com riferimento alla assicurazione singola, ma si pone con riferimento alla massa delle assicurazioni di quel tipo che fanno capo all'impresa.[263]

Posicionamo-nos aqui no sentido de que, por meio do contrato de seguro, o segurador contrai uma obrigação de garantia, e não uma obrigação de indenização, secundária e eventual. Isso porque, de fato, a principal vantagem obtida pelo segurado é a eliminação do "estado de potencial dano" em que se encontrava até a contratação da apólice, quando ele passa a ter a certeza de que não irá arcar com as eventuais consequências danosas do sinistro.

4.3 Elementos essenciais do seguro garantia

4.3.1 As partes

a) O segurador:

Nas palavras de MARIA HELENA DINIZ, "o segurador é aquele que suporta o risco, assumido (RF, 87: 726) mediante o recebimento do prêmio; por isso deve ter capacidade financeira e estar seu funcionamento autorizado pelo Poder Público".[264] Trata-se, a bem da verdade, de um requisito subjetivo de validade do contrato de seguro: se o contrato for celebrado por empresa que não esteja devidamente autorizada pelo Poder Público para

---

[262] COMPARATO, Fábio Konder. Seguro – Cláusula de rateio proporcional – Juridicidade cit.

[263] FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: Torinese, 1966. p. 720. Em tradução livre: "No contrato de seguro, os dois termos do sinalágma não se determinam um em função do outro, mas passam necessariamente através do diafragma da empresa; embora se trate de um contrato a título oneroso, a relação entre prestação e contraprestação não se coloca em referência ao contrato individual, mas se coloca em referência à massa de segurados daquela modalidade que integram a empresa.

[264] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais cit., p. 548.

operar no ramo de seguros, ele será nulo; nesse sentido, o parágrafo único do art. 757 do Código Civil: "somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada".

Para WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "firmas individuais não podem exercer habitualmente a exploração da atividade securitária, dadas as complexidades de seu mecanismo e do respectivo funcionamento".[265]

RENATO MACEDO BURANELLO destaca a relevância da função social exercida pelas seguradoras, que justifica a intervenção do Poder Público no âmbito desse gênero contratual:

> Como a função do seguro é socializar entre as pessoas expostas a determinado risco as repercussões econômicas de sua verificação, é inegável que o seguro consiste numa atividade de interesse público com intensa atuação estatal. As seguradoras lidam, na prática, com a economia de incontáveis segurados, com a economia popular e a captação de poupança, que levam à constituição de fundo comum para garantir os riscos, atividade estrita ao elo principal do ciclo econômico. Isso ressalta a importante função do seguro.[266]

Com efeito, dois decretos-leis regulam a atuação das seguradoras.

O Decreto-lei n.º 2.063, de 1940, determina, em seu art. 1.º, que "a exploração das operações de seguros privados será exercida, no território nacional, por sociedades anônimas, mútuas e cooperativas, mediante prévia autorização do Governo Federal".

Em 1966, foi expedido o já mencionado Decreto-lei n.º 73, o qual instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, criando a atual estrutura do mercado de seguros. Nessa estrutura, encontram-se o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (Susep).

Nos termos do art. 74 desse decreto, "a autorização para funcionamento será concedida através de Portaria do Ministro da Indústria e do Comércio, mediante requerimento firmado pelos incorporadores, dirigido ao CNSP e apresentado por intermédio da SUSEP".

---

[265] BARROS MONTEIRO, Washington de; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil 5:* direito das obrigações – 2.ª parte. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 400.

[266] BURANELLO, Renato Macedo. *Do contrato de seguro*: o seguro garantia de obrigações contratuais. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 32.

Diga-se que, concedida a autorização para funcionamento, o segurador deverá então obter, tanto do CNSP quanto da Susep, autorização para atuar nas modalidades de seguro que pretende.

O art. 78 do referido decreto prevê, por sua vez, que "as Sociedades Seguradoras só poderão operar em seguros para os quais tenham a necessária autorização, segundo os planos, tarifas e normas aprovadas pelo CNSP", e o art. 36 elenca, entre as competências da Susep, a de "fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional" (alínea *c*).

O citado autor, RENATO MACEDO BURANELLO, indica que "o segurador tem de enviar os contratos à Superintendência de Seguros Privados para que esta avalie as condições dos seguros comercializados, bem como as notas técnicas de prêmios, cabendo ao órgão fiscalizador manter arquivado exemplar do contrato aprovado".[267]

No âmbito do seguro garantia, foram aprovadas duas condições contratuais padronizadas distintas, uma para as apólices em que o segurado é do setor privado e outra para as apólices em que o segurado é do setor público; ambas encontram-se disponíveis no endereço eletrônico da Susep.[268] Vale mencionar que a Circular Susep n.º 477 autoriza que as seguradoras submetam alterações pontuais em relação às condições padronizadas ou proponham a inclusão de novas coberturas adicionais, dado que a Susep poderá aceitá-las, recusá-las ou mesmo aceitá-las parcialmente.

b) O tomador do seguro:

O tomador do seguro é quem celebra o contrato com o segurador.

No contrato de seguro garantia, o tomador do seguro corresponde ao devedor do contrato principal. Conforme explica GLADIMIR POLETTO, "a nomenclatura foi adotada no Brasil em razão da sua utilização no mercado português, e foi assimilada pelo mercado

---

[267] BURANELLO, Renato Macedo. *Do contrato de seguro*: o seguro garantia de obrigações contratuais cit., p. 39.

[268] Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/atos-normativos/condicoes-contratuais-padronizadas-1>. Acesso em: 13 dez. 2016.

internacional";[269] nas palavras do autor, "assim, o contratado, o tomador, o garantido ou o executante, o prestador do serviço, é todo aquele que assume uma obrigação de fazer ou de dar em contrato firmado com o empreendedor".[270]

Caberá ao tomador pagar o prêmio, bem como apresentar ao segurador os documentos necessários para a subscrição do risco, tais como balanços, atestados de capacidade técnica para a execução das obrigações garantidas, entre outros.

c) O segurado:

Nos seguros de danos, pode-se dizer que o segurado é quem possui o interesse sujeito ao risco objeto da garantia. Tratando-se do contrato de seguro garantia, o segurado será o credor, cujo interesse consiste no correto cumprimento das obrigações contraídas pelo tomador da apólice.

Muitas vezes, o tomador e o segurado identificam-se na mesma pessoa. Isso ocorre quando a própria pessoa que possui o interesse sujeito ao risco recorre à seguradora para obter a garantia em caso de sinistro.

Nas palavras de FÁBIO KONDER COMPARATO, "segurado é sempre o titular do interesse submetido ao risco".[271]

Cumpre ressaltar também que, por vezes, o segurado, embora possua o interesse lesado e sofra os danos consequentes ao sinistro, não será o titular da indenização. Isso acontece quando o contrato de seguros prevê que a indenização deverá ser entregue em favor de uma terceira pessoa, denominada beneficiário. Nesses casos, subjetivamente mais complexos, haverá as figuras do tomador, do segurado e do beneficiário.

---

[269] POLETTO, Gladimir. *O seguro garantia*: em busca de sua natureza jurídica. Rio de Janeiro: Funenseg, 2003. p. 47.

[270] Idem, ibidem.

[271] COMPARATO, Fábio Konder. Notas retificadoras sobre seguro de crédito e fiança. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: RT, ano XXII, n. 51, p. 101, 1983.

4.3.2 O interesse segurável e o risco garantido

No contrato de seguro garantia, o interesse segurável corresponde ao adequado cumprimento das obrigações garantidas, nos termos contratualmente previstos. O risco, isto é, "a possibilidade de ocorrência de um evento predeterminado capaz de lesar o interesse garantido",[272] nos termos da definição adotada no item 4.2 *supra*, consiste na mora ou no descumprimento das obrigações assumidas pelo tomador devedor perante o segurado credor.

Quanto ao risco, dois aspectos merecem ser sublinhados.

O primeiro deles diz respeito à delimitação de sua extensão, pois, conforme se demonstrará mais adiante, a depender da referida extensão do risco assumido pelo segurador no momento da emissão da apólice, ele poderá opor ou não ao credor segurado as defesas próprias do tomador devedor fundadas no contrato principal.

Além disso, muito comumente, credor e devedor celebram, durante a vigência do contrato principal, aditivos que acabam por modificar sua estrutura obrigacional.

Pode ser que a referida modificação represente para o tomador devedor maiores dificuldades no tocante ao cumprimento do contrato; imaginem-se, por exemplo, as hipóteses em que as partes aumentam o escopo do contrato ou, então, diminuem o prazo inicialmente previsto para sua conclusão: os riscos de descumprimento por parte do devedor aumentarão substancialmente.

Nesses casos, haverá, via de consequência, o agravamento do risco assumido pelo segurador. O *caput* do art. 769 do Código Civil, inserido nas disposições gerais do contrato de seguro, declara que o "segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé".

Por isso, todas as vezes que a modificação do contrato principal implicar o agravamento do risco assumido – representado pelo aumento das possibilidades de descumprimento pelo devedor garantido –, e desde que tal modificação não lhe tenha sido

---

[272] TZIRULNIK, Ernesto et al. *O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro* cit., p. 36.

comunicada previamente à ocorrência do sinistro, o segurador poderá negar o pagamento da indenização ao segurado, com fundamento no referido dispositivo de lei.

Caso as partes comuniquem ao segurador a modificação do contrato e do consequente agravamento dos riscos, abrem-se para ele duas possibilidades: a aceitação do risco nas novas condições, mediante a emissão de um endosso à apólice, ou a resolução do contrato, que deverá ser feita nos termos dos §§ 1.º e 2.º do art. 769, os quais dispõem que "o segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato", e "a resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio".

Muitas vezes, a questão de saber se a modificação do contrato representada pelo aditivo celebrado implica ou não o agravamento dos riscos assumidos pelo segurador pode resvalar em uma interpretação subjetiva, causadora de controvérsias entre as partes. Por isso, parece-nos que, para evitar que tais controvérsias ocorram no momento da execução da garantia, frustrando-se a expectativa de recebimento da indenização, as partes devem sempre comunicar a celebração de aditivos ao segurador, a quem caberá, por sua vez, verificar se isso representa um agravamento dos riscos ou não e tomar as respectivas medidas.

4.3.3 Proposta e apólice

A exposição dos riscos contra os quais se pretende obter a garantia é feita mediante a apresentação de uma proposta ao segurador. Com efeito, o art. 759 do Código Civil declara expressamente que a proposta precederá a apólice e deverá conter "a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco".

No caso do seguro garantia, tendo em vista que é o tomador quem o contrata com o segurador, é ele também quem deve encaminhar a proposta, com a descrição do contrato principal pelo qual se obriga, assim como outras informações úteis.

PEDRO ALVIM salienta que "o segurado não sabe geralmente o que é importante esclarecer sobre o risco",[273] razão pela qual "na prática o segurador manda imprimir a proposta de cada ramo de seguro, nela incluindo um questionário a ser preenchido". O autor enfatiza a relevância do papel da proposta, afirmando que "é através das respostas do segurado que se opera a seleção dos riscos, a taxação do prêmio e outras medidas relacionadas com a estabilidade do negócio".

Se o segurador concorda em garantir os riscos descritos na proposta, ele irá emitir a apólice. Diga-se que a Circular Susep n.º 240, de 2004, expedida especificamente para regular a aceitação da proposta e o início da vigência dos seguros, dispõe expressamente que "a sociedade seguradora terá o prazo de 15 (quinze) dias para manifestar-se sobre a proposta, contados da data de seu recebimento, seja para seguros novos ou renovações, bem como para alterações que impliquem modificação do risco" (art. 2.º).

Durante a vigência do Código Civil de 1916, havia acesa discussão na doutrina e na jurisprudência a respeito da caracterização do contrato de seguro como consensual ou formal, em virtude da regra contida em seu art. 1.433, segundo a qual "este contrato não obriga antes de reduzido a escrito, e considera-se perfeito desde que o segurador remete a apólice ao segurado, ou faz nos livros o lançamento usual de operação".

Entretanto, o Código Civil de 2002 deixou de reproduzir tal norma, referindo-se à apólice somente como elemento de prova do contrato, o que levou a doutrina majoritária a defender seu caráter consensual; com efeito, o art. 758 declara que "o contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete de seguro e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio".

O autor FÁBIO ULHOA COELHO explica a questão com bastante clareza:

> A segunda característica do seguro diz respeito às condições de formação do vínculo contratual. Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a maioria da doutrina tinha por solene o seguro porque somente se constituía o contrato após a sua documentação, isto é, o registro em instrumento escrito.
> [...]
> Atualmente, não mais reproduzindo a lei aquela norma de exigência da documentação como elemento constitutivo do vínculo contratual,

[273] ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 138.

> moderniza-se o direito do seguro brasileiro. A apólice, o bilhete do seguro ou qualquer outro documento servem de meio de facilitação da prova da existência do contrato (Tzirulnik-Piza, 1993).[274]

Como elementos essenciais da apólice de seguro garantia, identificam-se o objeto do seguro, ou seja, o risco coberto, o valor máximo da garantia e o período de vigência.

A respeito do risco coberto, GLADIMIR POLETTO apresenta interessante questão ao destacar que, certamente, o contrato principal sobre o qual incidirá a garantia securitária contará com cláusulas principais e cláusulas acessórias, podendo conter, inclusive, cláusulas punitivas.

Assim, a apólice deverá especificar, de modo exato, quais as obrigações cujos inadimplementos ensejarão a caracterização do sinistro; havendo somente uma referência genérica ao contrato celebrado entre o tomador e o segurado, o eventual descumprimento de uma cláusula acessória não ensejará indenização se o seu cumprimento não puder ser caracterizado como imprescindível para o atingimento do escopo contratual.

O autor utiliza como exemplo um contrato de prestação de serviços de vigilância, em que há a previsão de que os funcionários da empresa contratada deveriam estar trajados de terno e gravata, nos seguintes moldes:

> No exemplo em questão, a cobertura prevista na apólice está delimitada, ou seja, "garantir exclusivamente os serviços da empresa X para com a empresa Y". O serviço contratado, e garantido pelo seguro, foi executado. Observa-se, assim, que se não houvesse a realização do serviço, e se ocorresse prejuízo pela não execução do mesmo é que o segurado teria direito à cobertura securitária, pois o serviço foi prestado, a cláusula principal foi atendida, a cláusula acessória que previa que os empregados deveriam prestar o serviço devidamente trajados é que não foi cumprida, contudo o descumprimento previsto não está sob a abrangência da cobertura prevista.[275]

De outra banda, caso a obrigação acessória estivesse devidamente descrita na apólice, caracterizando-se seu descumprimento como um risco garantido, a seguradora deveria indenizar o segurado. No exemplo dado, GLADIMIR POLETTO explica que, se estivesse descrito, no objeto da apólice, que "os empregados da empresa X, para prestarem

---

[274] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 175-176.

[275] POLETTO, Gladimir. *O seguro garantia*: em busca de sua natureza jurídica cit., p. 53-54.

adequadamente os serviços, deveriam estar vestindo gravata",[276] e se verificasse, posteriormente, que os empregados prestaram serviços sem gravata, nesse caso haveria sinistro.

O valor máximo da garantia, isto é, o valor máximo pelo qual o segurador se responsabiliza perante o segurado, também deve constar na apólice.

A Circular Susep n.º 477, de 2013, regula as hipóteses de alteração do valor do contrato garantido nos §§ 1.º e 2.º de seu art. 7.º. Com efeito, o § 1.º declara que, quando a alteração se encontra previamente estabelecida no contrato garantido ou em qualquer outro documento que serviu de base para a aceitação do risco, o valor máximo da garantia deverá acompanhar tal alteração, com a emissão de endosso à apólice; entretanto, nos termos do § 2.º, se a alteração do valor não se encontrar prevista nos documentos que serviram de base para a aceitação do risco, tendo sido feita posteriormente, o segurador poderá concordar com tal alteração, emitindo o respectivo endosso, ou não.

Cumpre dizer que, conquanto o valor máximo da garantia seja sempre expresso monetariamente, o seguro garantia, como modalidade de seguro de danos, permite que a indenização se dê mediante a realização da própria obrigação garantida, e não apenas mediante pagamento em dinheiro, desde que as partes tenham previsto expressamente tal possibilidade, conforme explica AMILCAR SANTOS:

> Embora o pagamento em dinheiro seja a regra, é lícito ao segurador, nos seguros de coisas, promover o ressarcimento dos prejuízos havidos, pela reparação, reconstrução ou reposição do objeto seguro. Para o exercício, porém, de tal faculdade, torna-se necessária uma estipulação expressa no contrato. Sem essa, não poderá o segurador, ainda que o prefira, reparar ou reconstruir o objeto segurado. Terá mesmo que pagar, em dinheiro, a indenização devida.[277]

Contudo, muitas vezes, as partes não fixam previamente qual de tais formas será a de indenização em caso de sinistro. Entendendo-se que se trata de uma obrigação alternativa,

---

[276] POLETTO, Gladimir. *O seguro garantia*: em busca de sua natureza jurídica cit., p. 54.: "Imagina-se que ainda estivesse contemplado no objeto da apólice que 'os empregados da empresa X, para prestarem adequadamente os serviços, deveriam estar vestindo gravata'. Alguns dias depois, tendo sido verificado que os empregados prestaram o serviço sem gravata, a pergunta é: Há sinistro ou não? Sem dúvida, há sinistro, pois não foi cumprida pelo tomador a cláusula do contrato da apólice; [...]".

[277] SANTOS, Amilcar. *Seguro*: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Record, 1959. p. 55.

a escolha caberá ao segurador, devedor da obrigação de indenizar, nos termos do *caput* do art. 252 do Código Civil de 2002.[278]

Por último, revela-se imprescindível que conste na apólice o período de vigência do seguro garantia, que pode ou não equivaler ao período de vigência do contrato principal.

Quanto à hipótese de prorrogação da vigência, pode-se dizer que o tratamento dispensado pela Circular Susep n.º 477 é semelhante ao tratamento dado aos casos de alteração do valor do contrato principal. Isso porque o § 1.º do art. 8.º declara que, quando a prorrogação do contrato se encontra previamente estabelecida no contrato garantido ou em qualquer outro documento que serviu de base para a aceitação do risco, a vigência da garantia deverá acompanhar tal prorrogação, com a emissão do respectivo endosso; entretanto, nos termos do § 2.º, se a prorrogação da vigência não se encontrar prevista nos documentos que serviram de base para a aceitação do risco, tendo sido ajustada posteriormente, o segurador poderá concordar com a prorrogação, emitindo o endosso, ou não.[279]

Note-se que, no âmbito do seguro garantia, há discussão semelhante à enfrentada no âmbito das garantias autônomas, quanto ao prazo para reclamar a indenização depois de escoada sua vigência. Conforme já tivemos a oportunidade de afirmar, entendemos que as partes podem convencionar a esse respeito, fixando o prazo que lhes convier para a reclamação do sinistro – desde que ele tenha, evidentemente, ocorrido dentro do período de vigência da apólice.

Entretanto, no caso do seguro garantia, há a incidência da regra específica contida no art. 206, § 1.º, II, *b*, do Código Civil, segundo a qual prescreve em um ano "a pretensão do

---

[278] Art. 252. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.

[279] Art. 8.º O prazo de vigência da apólice será:

I – igual ao prazo estabelecido no contrato principal, para as modalidades nas quais haja vinculação da apólice a um contrato principal;

II – igual ao prazo informado na apólice em consonância com o estabelecido nas Condições Contratuais do seguro considerando a particularidade de cada modalidade, para os demais casos.

§ 1.º Quando efetuadas alterações de prazo previamente estabelecidas no contrato principal ou no documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora, a vigência da apólice deverá acompanhar tais modificações, devendo a seguradora emitir o respectivo endosso.

§ 2.º Para alterações posteriores efetuadas no contrato principal ou no documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora, em virtude das quais se faça necessária a modificação da vigência da apólice, esta poderá acompanhar tais modificações, desde que solicitado e haja o respectivo aceite pela seguradora, por meio da emissão de endosso.

segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo [...] da ciência do fato gerador da pretensão". Assim, conquanto exista a possibilidade de se reclamar o sinistro depois da extinção da vigência da apólice, deve-se observar o referido prazo de um ano a partir de sua ocorrência. O § 4.º do art. 12 da Circular Susep n.º 477 dispõe que "a reclamação de sinistros poderá ser realizada durante o prazo prescricional".

A verdade é que, no caso do seguro garantia, essa discussão perde um pouco de fôlego em virtude da aplicabilidade da regra contida no art. 771 do Código Civil, segundo a qual, "sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências"; confrontado com a possibilidade de perder o direito à indenização, o segurado certamente não optará por fruir do maior prazo possível para fazer a reclamação do sinistro, mas sim tratará de comunicar o sinistro ao segurador no menor prazo possível.

4.3.4 O prêmio

Para WALDIRIO BULGARELLI, o prêmio corresponde à "importância em dinheiro que o segurado paga à seguradora para garantir-lhe o direito à indenização".[280]

No seguro garantia, o prêmio apresenta algumas particularidades.

A primeira delas consiste no fato de que é o tomador quem deve pagá-lo à seguradora, e não o segurado. Com efeito, a Circular Susep n.º 477 dispõe expressamente a esse respeito, declarando, em seu art. 11, *caput*, que "o tomador é responsável pelo pagamento do prêmio à seguradora por todo o prazo de vigência da apólice". Deve-se notar que o § 1.º do referido dispositivo declara que "o seguro continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pago o prêmio da apólice"; entendemos que tal regra é antijurídica por se opor à estrutura obrigacional das estipulações em favor de terceiros; entretanto, tal posicionamento será mais bem explicado no item dedicado às exceções oponíveis pelo segurador com base no seguro garantia.

---

[280] BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 645.

Além disso, outro ponto de distinção consiste na composição de seu valor, pois, conforme destaca GLADIMIR POLETTO, "nos seguros tradicionais, a taxa do prêmio é resultante da análise atuarial, a qual é composta pela importância do prêmio puro e da taxa de carregamento",[281] ao passo que, no seguro garantia, o valor do prêmio baseia-se "na análise econômico-financeira do tomador, com a consequente classificação deste pela companhia seguradora e órgão ressegurador, aliado, ainda, à análise técnica quanto ao objeto do seguro, ou seja, à subscrição efetiva da garantia prestada".[282]

4.4 Natureza jurídica do seguro garantia. Seguro de danos

Pode-se dizer que um dos aspectos mais controvertidos a respeito do seguro garantia se refere a sua respectiva caracterização jurídica. Isso porque, em virtude de certas características particulares a essa modalidade contratual, parte significativa da doutrina nega-lhe o caráter de seguro de danos, classificando-o como contrato de fiança ou, até mesmo, como um contrato atípico.

Com efeito, entre tais características, as mais comumente destacadas pela doutrina são as seguintes:

a) Ausência de risco, na medida em que o sinistro pode produzir-se por ato voluntário do tomador;

b) A fixação do prêmio não seria feita com base em cálculos atuariais, não sendo, portanto, aplicável o princípio da mutualidade, próprio da atividade seguradora; e

c) O seguro-caução teria a função de garantia, própria da fiança, e não tanto indenizatória, como nas demais modalidades de seguro.

Inicialmente, parece-nos incorreto asseverar que, no âmbito do seguro garantia, não se vislumbraria o elemento essencial do risco na medida em que o sinistro, ou seja, o

---

[281] POLETTO, Gladimir. *O seguro garantia*: em busca de sua natureza jurídica cit., p. 49.

[282] Idem, ibidem.

descumprimento da obrigação garantida, pode decorrer de um ato voluntário do tomador do seguro.

Para tomar tal assertiva como verdadeira, deveríamos, em primeiro lugar, excluir da noção de risco qualquer eventualidade que dependa do fator humano. Com efeito, FÁBIO KONDER COMPARATO manifestava-se exatamente nesse sentido, afirmando que "ofende os princípios securatórios que o risco contra o qual se presume o segurado possa realizar-se por ato voluntário deste, pois isso equivale a admitir, nesses contratos, a licitude de uma autêntica condição potestativa".[283]

Entretanto, conforme destaca PEDRO ALVIM, "as definições que afirmam ser o risco independente da vontade das partes não refletem mais a realidade do seguro moderno", pois "um de seus mais florescentes ramos, na atualidade, é o de responsabilidade civil". O autor conclui afirmando que "pode-se conceituar então o risco segurável como acontecimento possível, futuro e incerto, ou de data incerta, que não depende somente da vontade das partes".[284]

Além disso, tal afirmação parte do pressuposto de que o tomador teria interesse econômico em produzir – ou, pelo menos, em não evitar – o sinistro. Trata-se, contudo, de um pressuposto equivocado; nas palavras de GLADIMIR POLETTO, "parece inconcebível que o tomador venha, voluntariamente, produzir o sinistro, pois, como devedor principal, é responsável pela inadimplência, seja perante o segurado ou segurador".[285]

De fato, conforme se verá melhor mais adiante, depois de pagar a indenização, o segurador fará jus à sub-rogação contra o tomador na medida do montante pago ao segurado. Assim, seja perante o credor originário ou perante o segurador sub-rogado, o tomador deverá cumprir sua obrigação.

Em relação à composição do prêmio, que não é feita com base em cálculos atuariais, impedindo a aplicação do princípio da mutualidade, parece-nos que essa

---

[283] COMPARATO, Fábio Konder. Notas retificadoras sobre seguro de crédito e fiança cit., p. 100.

[284] ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro* cit., p. 25.

[285] POLETTO, Gladimir. *O seguro garantia*: em busca de sua natureza jurídica cit., p. 77.

característica tampouco é suficiente para negar ao seguro garantia o caráter de seguro de danos.

Note-se que a falta de bases estatísticas e atuariais sólidas para o cálculo do prêmio não pode ser considerada uma particularidade do seguro garantia. Com efeito, LUIS POÇAS dá o exemplo das apólices de responsabilidade civil, em que "a responsabilidade do segurador depende, em grande parte, da evolução das tendências jurisprudenciais no arbitramento de indenizações por danos não patrimoniais, variável que escapa ao controlo e à previsibilidade do segurador".[286]

Segundo o mesmo autor, "o caráter distintivo da técnica seguradora no que respeito ao cálculo do prémio consiste na proporcionalidade ou equivalência entre o risco incorrido e o prémio cobrado",[287] sendo certo que, a despeito do modo como é calculada no seguro garantia, tal proporcionalidade – ou equivalência – é observada.

Outrossim, o fato de os prêmios não serem fixados com base em cálculos atuariais não exclui, por si só, a aplicabilidade do princípio do mutualismo ao seguro garantia.

Isso porque, o mutualismo consiste, basicamente, no modo de organização das reservas técnicas das seguradoras, que agrupam os segurados sujeitos ao mesmo risco, fazendo com que os prêmios por eles pagos (ou pelos tomadores, no caso de seguros por conta de outrem) respondam pelas indenizações eventualmente sofridas. Desse modo, nada impede que a seguradora se valha desse modo de organização em relação às apólices de seguro garantia.

Por último, utiliza-se como argumento para negar ao seguro garantia seu caráter de seguro de danos o fato de que ele possui como função econômico-social a garantia de cumprimento do contrato principal, própria da fiança, e não a de indenização de um dano.

Com efeito, o autor RENATO MACEDO BURANELLO apega-se justamente a esse argumento, sustentando que "é inegável dizer que sua essência – é dizer, sua causa – leva a

---

[286] POÇAS, Luis. A natureza jurídica do seguro-caução. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVI, n. 1-3, p. 138, jan.-set. 2015.

[287] Idem, p. 139.

uma garantia pessoal",[288] e que "negar ao seguro garantia, seguro caução ou, ainda, pelo próprio apego ao nome, seguro fidejussório, a autêntica natureza de fiança seria encobrir sua verdadeira causa".[289]

Quanto a esse ponto, destaca-se, primeiramente, não ser exata a perspectiva de que a cada modalidade deve corresponder uma função própria e exclusiva. Com efeito, a mesma função socioeconômica pode ser desempenhada por várias modalidades contratuais, sendo certo que um único contrato pode, por sua vez, possuir diversas funções.[290] Assim, o contrato de seguro garantia pode desempenhar a mesma função que o contrato de fiança sem ter, contudo, que se submeter ao seu regramento.

Além disso, para aceitar tal proposição como verdadeira, teríamos que partir do pressuposto de que o contrato de seguro não se enquadraria como um contrato de garantia, com o que não se pode concordar. Como se viu, Fábio Konder Comparato, em seu parecer intitulado "Obrigações de meio, de resultado e de garantia", classifica, claramente, as obrigações do segurador como obrigações de garantia.291 Trata-se, a bem da verdade, de espécie e de gênero, respectivamente.

Da mesma maneira, não se pode perder de vista que a obrigação do segurador se extingue mediante o pagamento da indenização em caso de verificação do sinistro. Na realidade, ocorrido o sinistro, o segurado deverá demonstrar a extensão dos prejuízos e danos sofridos para que, então, o segurador pague a indenização correspondente. O autor LUIS POÇAS sintetiza muito bem tais nuances, nos seguintes moldes:

> IV. A função indemnizatória ou previdencial típica gera, não obstante, um indiscutível efeito garantístico, o que, reflexamente, permite também identificar uma função deste teor. De facto, ao indemnizar os danos

---

[288] BURANELLO, Renato Macedo. *Do contrato de seguro*: o seguro garantia de obrigações contratuais cit., p. 188.

[289] Idem, ibidem.

[290] A função socioeconômico da transferência do gozo sobre a coisa pode ser desempenhada, por exemplo, tanto pelos contratos de locação como pelos contratos de comodato.

[291] "Por conseguinte, conteúdo das obrigações de garantia é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor. Eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as consequências de sua realização. Mas, mesmo que esta não se verifique, a simples assunção do risco pelo devedor de garantia representa o adimplemento de sua prestação. O fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se fez o seguro", reza o Código Civil, "não exime o segurado de pagar o prêmio que se estipulou" (art. 1.452)" (COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 537).

> decorrentes do incumprimento de uma obrigação, o seguro-caução protege o credor contra os efeitos patrimoniais desse incumprimento, o que, em termos práticos (ou funcionais), se traduz num efeito equivalente à própria garantia do cumprimento da obrigação subjacente.[292]

Feitas tais considerações, posicionamo-nos aqui pela caracterização do contrato de seguro garantia como contrato de seguro de danos, sujeito, portanto, aos princípios e regras que regem esse gênero contratual.

4.5 A incidência do princípio indenitário

Parece-nos que a principal consequência da caracterização do seguro garantia como um seguro de danos consiste em sua sujeição ao princípio indenitário, segundo o qual a indenização deve corresponder, exatamente, aos danos sofridos pelo segurado.

Grande parte da doutrina entende que o princípio indenitário se encontra refletido no art. 778 do Código Civil de 2002, que determina que, "nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber".

Com efeito, o referido dispositivo pressupõe que o interesse segurado corresponde ao valor máximo dos prejuízos que o segurado pode sofrer, vedando a fixação da garantia em valor superior. Ao comentá-lo, VALERIA BONONI explica:

> O preceptivo legal traz em toda sua plenitude o princípio indenitário regente dos seguros de danos, traduzido pela cláusula que estabelece o direito do segurado a permanecer indene em face da ocorrência do sinistro coberto pela apólice, mas impedindo que o mesmo enriqueça-se por intermédio de um contrato de seguro.[293]

---

[292] POÇAS, Luis. A natureza jurídica do seguro-caução cit., p. 144.

[293] BONONI, Valeria. *Comentários ao Código Civil brasileiro.* Do direito das obrigações – arts. 722 a 853. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 309.

Nas palavras da autora, “a lei traz o limite da responsabilidade do segurador, rezando que a importância segurada não pode ultrapassar o valor do interesse no momento da conclusão do seguro”.[294]

O doutrinador AMILCAR SANTOS tratou sobre o princípio indenitário como a necessária correlação entre os prejuízos incorridos e a indenização securitária, nos seguintes termos:

> A indenização, nos seguros de coisas, deve corresponder exatamente ao dano sofrido pelo segurado. Não pode, em hipótese alguma, ser superior aos prejuízos verificados. O seguro é essencialmente reparatório. Atua como ressarcidor de prejuízos e não como fonte de lucro para o segurado. A importância consignada na apólice, como valor do seguro, não representa uma fixação, *a priori*, da indenização a ser paga no caso de ocorrência do sinistro. Representa unicamente o máximo dessa indenização. Dentro desse máximo, fixado na apólice, é que será determinada a indenização devida pela perda realmente havida.[295]

Há, portanto, no âmbito desse tipo de garantia, característica muito relevante, que consiste justamente na necessidade de correspondência entre a indenização securitária e o valor dos prejuízos incorridos pelo segurado.

4.6 Seguro por conta de outrem e a favor de terceiro

Conforme já se adiantou, em algumas situações, o tomador do seguro, isto é, aquele quem recorre à seguradora para obter a garantia contra determinado risco, não é a mesma pessoa que possui o interesse sujeito ao referido risco.

De fato, quando isso ocorre, ou seja, quando o tomador do seguro celebra o contrato com a seguradora para obter a garantia sobre interesse de titularidade de outra pessoa, diz-se que o contrato de seguro é feito por conta de outrem.

A Lei de Seguros portuguesa (Decreto-lei n.º 72, de 2008) diferencia expressamente os contratos de seguro por conta própria e de seguro por conta de outrem; o art. 47.º, n.º 1, declara que, “no seguro por conta própria, o contrato tutela o interesse próprio

---

[294] BONONI, Valeria. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Do direito das obrigações – arts. 722 a 853 cit., p. 309.

[295] SANTOS, Amilcar. *Seguro*: doutrina, legislação e jurisprudência cit., p. 55-56.

do tomador do seguro", ao passo que o art. 48.º, n.º 1, fixa que, "no seguro por conta de outrem, o tomador do seguro actua por conta do segurado, determinado ou indeterminado".

No caso do seguro garantia, não é difícil constatar que se está diante de um contrato por conta de outrem porque é o devedor do contrato principal quem contrata o seguro junto à seguradora, e o interesse que se busca garantir pertence ao credor do contrato e consiste no correto cumprimento das obrigações contraídas pelo primeiro.

O Código Civil de 2002 contém regra específica sobre o seguro por conta de outrem, prevendo, em seu art. 767, que, "no seguro à conta de outrem, o segurador pode opor ao segurado quaisquer defesas que tenha contra o estipulante, por descumprimento das normas de conclusão do contrato, ou de pagamento do prêmio" – a nomenclatura "estipulante" equivale à figura do "tomador"; trata-se de uma opção do legislador pelo primeiro termo.

O Decreto-lei n.º 73, de 1966, também se refere ao seguro por conta de outrem, em seu art. 21, cujo *caput* declara que, "nos casos de seguros legalmente obrigatórios, o estipulante equipara-se ao segurado para os efeitos de contratação e manutenção do seguro"; no § 2.º do artigo consta que "nos seguros facultativos o estipulante é mandatário dos segurados".

Cumpre-nos discordar da classificação jurídica fornecida no referido § 2.º do art. 21, pelo menos quanto ao seguro garantia, dado que o tomador da apólice, como devedor do contrato principal, não age na qualidade de mandatário do segurado e respectivo credor.

Ao celebrar o seguro com a seguradora, o tomador não o faz em nome do segurado, mas sim em seu próprio nome e em seu próprio interesse – distinguindo-se, obviamente, este "interesse" do "interesse" como elemento do seguro –, posto que, muitas vezes, somente mediante a obtenção de uma garantia idônea é que se viabilizará a celebração do contrato principal. O ato jurídico repercute diretamente em sua esfera jurídica, sendo o seu próprio patrimônio que responde pelas obrigações contraídas perante o segurador.

Não nos parece possível caracterizar a atuação do tomador como um ato de gestão de negócios, na medida em que tal caracterização também pressupõe que o tomador estaria agindo segundo o interesse do credor. Na realidade, não se nos afigura necessário ou relevante qualificar juridicamente a atuação do tomador ao contratar o seguro por conta do segurado.

Segundo MARGARIDA LIMA REGO, "importante é apenas que pretenda fazer chegar a outrem os efeitos econômicos de minha atuação".[296]

Com efeito, a autora manifesta-se a respeito do assunto, especificamente no âmbito do seguro garantia (referido em Portugal como seguro-caução):

> Temos presente, neste seguro, da parte do tomador, uma intenção de destinar ao *dominus* – o credor – os efeitos do acto. É a esfera do credor que é protegida pela cobertura do seguro. No entanto, o seguro-caução não deixa de ser uma garantia entre muitas, semelhante, no funcionamento, consoante os casos, a uma simples fiança ou a uma garantia autónoma. A actuação do tomador devedor não é mais por conta do segurado credor do que a actuação de qualquer outro devedor que preste uma garantia ao seu credor. Não se coloca aqui a questão de um prévio acto de encarregar – ou da sua ausência. [...] Por natureza, o acto de prestar uma garantia é realizado pelo devedor ou pelo terceiro, e não pelo próprio credor.[297]

O contrato de seguro garantia caracteriza-se também como um contrato a favor de terceiro, pois a indenização securitária não será paga ao seu próprio tomador, parte no contrato, mas sim a um terceiro, normalmente o credor e segurado.

Como já se adiantou, há hipóteses subjetivamente mais complexas, em que o beneficiário da indenização não é o próprio segurado; normalmente, isso ocorre quando as partes concordam que a indenização seja paga em favor de instituição financeira que aportou crédito para o início da execução do contrato.

A caracterização do seguro garantia como um seguro em favor de terceiro conduz à aplicação das normas previstas entre os arts. 436 a 438 do Código Civil de 2002, que se referem às estipulações em favor de terceiro.

4.7 Acessoriedade ou autonomia? Uma falsa questão

Um dos maiores motivos para existir tão intensa discussão a respeito da natureza jurídica do seguro garantia diz respeito à necessidade de saber se ele assume o caráter de contrato acessório relativamente à obrigação principal ou, se, ao contrário, trata-se de um

---

[296] REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros:* estudo de direito civil. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010. p. 707.

[297] Idem, ibidem, p. 707-708.

contrato autônomo, pois, como já vimos, as consequências de tal caracterização são significativas.

Para o autor português LUIS POÇAS, "esta questão surge resolvida nos termos da própria coerência do regime do seguro-caução como subtipo do contrato de seguro".[298]

Com efeito, para se verificar se o contrato é regido pelo princípio da acessoriedade, lança-se mão, normalmente, de suas características mais marcantes: (a) a obrigação a cargo do garante não pode ser mais extensa ou mais gravosa do que a obrigação a cargo do garantido e (b) o garante pode opor ao beneficiário os meios de defesa fundados na relação principal.

Em relação à primeira característica, pode-se afirmar que ela se encontra, sim, refletida no contrato de seguro garantia, uma vez que o segurador não pode se responsabilizar pelo pagamento de indenização em valor superior ao interesse segurado, nos termos do art. 778 do Código Civil.

Entretanto, tal determinação não resulta da incidência do princípio da acessoriedade no contrato de seguro garantia, mas sim do caráter reparatório detido por qualquer modalidade de seguro de danos.

Nesse sentido, CLÓVIS BEVILÁQUA afirma que, "quem assegura uma coisa por mais do que valha, desnatura o contracto de seguro, e faz presumir a intenção dolosa de lucrar o seguro pelo sacrifício do objeto segurado";[299] FÁBIO KONDER Comparato declara, por sua vez, que "a operação de seguro não pode se constituir em fonte de lucro para o segurado, mas visa, tão somente, a indenizá-lo de perdas ou desvantagens econômicas que tenha sofrido em seu patrimônio".[300]

De igual maneira, o fato de o segurador poder opor ao credor segurado as exceções e os meios de defesa atinentes à relação jurídica principal, mantida entre o último e o tomador devedor, tampouco tem como fundamento a suposta acessoriedade do seguro garantia, mas sim suas próprias características como contrato de seguro.

---

[298] POÇAS, Luis. A natureza jurídica do seguro-caução cit., p. 148.

[299] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* cit., p. 568.

[300] COMPARATO, Fábio Konder. Seguro de garantia de obrigações contratuais cit., p. 354.

Como vimos, na modalidade de seguro estudada, o risco corresponde à mora ou ao descumprimento do tomador devedor em relação às obrigações garantidas, sendo certo que o sistema jurídico brasileiro – tal como a maioria dos ordenamentos de origem romano-germânica – se funda na responsabilidade civil culposa.

Por conseguinte, parece-nos que, caso a apólice faça referência ao risco garantido como "a mora ou o descumprimento do tomador", não se poderá sequer falar em sinistro sempre que se constatar que o inadimplemento do tomador, seja ele relativo ou absoluto, não possui caráter culposo.

É nessas bases que o segurador pode opor ao segurado as exceções de que dispõe o tomador: com o intuito de constatar que o risco não foi concretizado nos termos previstos na apólice.

Por outro lado, caso a apólice preveja que o risco garantido consiste na mora ou no descumprimento objetivo da obrigação garantida, aí o segurador não poderá se valer das exceções relacionadas à excludente de culpabilidade do tomador devedor. Nessa hipótese, o risco previsto na apólice concretizar-se-á a partir da mora ou do descumprimento objetivo do devedor, configurando-se, então, o sinistro.

Logo, parece-nos que a resposta para a configuração e a exigibilidade da obrigação a cargo do segurador encontra-se no risco previsto pelas partes, objeto da apólice de seguro, e não na dicotomia já estudada entre os princípios da acessoriedade e autonomia.

Outra questão diz respeito à sua extensão, isto é, ao valor da indenização a cargo do segurador. Para respondê-la tampouco é necessário recorrer a tais princípios, uma vez que, no âmbito dos seguros de danos, a indenização será sempre equivalente aos danos sofridos pelo segurado em virtude da incidência do princípio indenitário.

Como se viu, o segurador goza também da possibilidade de opor ao segurado as defesas atinentes ao contrato celebrado entre ele próprio e o tomador. Com efeito, isso decorre da caracterização do seguro garantia como um seguro por conta de outrem e a favor de terceiro. Além da aplicação da regra contida no art. 767 do Código Civil, são-lhe aplicáveis às regras atinentes aos contratos a favor de terceiro, em que se autoriza que o promitente (segurador) oponha ao promissário (segurado) as exceções concernentes à relação travada com o estipulante.

A controvérsia a respeito da caracterização do contrato de seguro garantia como contrato acessório ou autônomo ganha mais relevância se o contrato do qual deriva a obrigação garantida for nulo e apólice já tiver sido emitida. Isso porque, considerando-o um contrato acessório, o próprio seguro garantia também será nulo, motivo pelo qual o prêmio pago pelo tomador deverá ser devolvido pela seguradora; no entanto, reputando-o um contrato autônomo em relação ao contrato principal, o seguro garantia continuará válido e o prêmio não deverá ser devolvido pela seguradora.

Posicionamo-nos, aqui, pelo caráter autônomo do contrato de seguro garantia em relação ao contrato principal, uma vez que não se pode encontrar, no primeiro, qualquer vestígio de acessoriedade em relação ao segundo. Assim, entendemos que, caso o contrato principal seja nulo, o contrato de seguro garantia permanecerá válido, perecendo, contudo, sua função de garantia.

Esse nos parece, com efeito, o único ponto em que a caracterização do seguro garantia como contrato autônomo possui alguma relevância prática, pois, como se afirmou, as questões referentes à dicotomia entre acessoriedade e autonomia se solucionam com base nos fundamentos próprios do contrato de seguro.

4.8 Execução

4.8.1 Regulação de sinistro

Durante a vigência do contrato de seguro, o segurado pode se ver confrontado com a ocorrência de eventos que, para ele, se enquadram no risco garantido. Assim, ele noticiará tais eventos para o segurador, o que normalmente recebe o nome de aviso de sinistro.

Com o recebimento do aviso, o segurador verificará se o evento efetivamente se enquadra no risco assegurado. Em caso positivo, restará configurado, então, o sinistro.

Note-se que, conforme destaca ERNESTO TZIRULNIK, é comum tomar a palavra sinistro “como significante de todo evento que causa prejuízos ao interesse assegurado e

motiva o aviso ao segurador".[301] O autor explica que, entretanto, o significado de sinistro é outro, isto é, "o sinistro é somente aquele evento danoso para o interesse assegurado, que corresponde à realização do risco tal como previsto na relação obrigacional securitária".[302]

Se o sinistro restar configurado, o segurador então verificará se ele causou danos indenizáveis ao segurado, qual a sua extensão e, além disso, se todas as obrigações a cargo do último foram devidamente cumpridas.

Esse procedimento, cujas etapas foram sintetizadas nos parágrafos anteriores, chama-se liquidação ou regulação de sinistro – na prática, o segundo termo é mais utilizado do que o primeiro. AMILCAR SANTOS explica-o nos seguintes moldes:

> Apesar de ser obrigação precípua do segurador pagar o prejuízo sofrido pelo segurado, isso somente é feito – e os motivos são óbvios – após completo e detalhado exame das condições do contrato e das causas e efeitos do sinistro ocorrido. Tal operação, que compreende várias indagações, denomina-se, na técnica do seguro, *liquidação do sinistro*.[303]

De acordo com ERNESTO TZIRULNIK, "a regulação de sinistro é uma atividade voltada à revelação (existência e conteúdo), quantificação e cumprimento da obrigação indenizatória que exsurge da obrigação de garantia a cargo do segurado".[304] Para o autor, "trata-se de atividade que integra o objeto da obrigação".[305]

Concordamos com o autor nesse ponto, isto é, entendemos que o procedimento de regulação se caracteriza como uma obrigação a cargo do segurador, que precede e tem por fim o adequado desempenho de sua obrigação de indenização.

Nesse sentido, compreendemos também que a obrigação de indenização a cargo do segurador somente surge a partir da finalização do processo de regulação, com a conclusão de que o evento se enquadra nos riscos cobertos e que sua ocorrência causou prejuízos ao segurado.

---

[301] TZIRULNIK, Ernesto. *Estudos de direito do seguro.* Regulação de sinistro (ensaio jurídico) – Seguro e fraude. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 66.

[302] Idem, ibidem.

[303] SANTOS, Amilcar. *Seguro*: doutrina, legislação e jurisprudência cit., p. 56.

[304] TZIRULNIK, Ernesto. *Estudos de direito do seguro* cit., p. 25.

[305] Idem, ibidem.

A Circular Susep n.º 256, de 2004, dispõe a respeito do procedimento de liquidação de sinistros em seu art. 33. O *caput* do dispositivo estabelece que as apólices deverão especificar os documentos básicos necessários para a liquidação de sinistros, facultando-se às sociedades seguradoras a solicitação de outros documentos em caso de dúvida fundada e justificável; os §§ 1.º e 2.º estabelecem conjuntamente que o prazo para a liquidação do sinistro se limita a trinta dias, contados da data do recebimento de todos os documentos básicos previstos no *caput*, e que tal prazo será suspenso no caso de solicitação de documentos suplementares, reiniciando-se sua contagem a partir do dia útil subsequente à data em que tiverem sido entregues; o § 3.º dispõe, por sua vez, que o não pagamento da indenização no prazo contado de acordo com os parágrafos anteriores implicará a aplicação de juros de mora a partir de tal data.[306]

Mesmo que se conclua que o evento avisado não corresponde a um evento coberto ou não corresponde a um sinistro indenizável, se houver mora durante a regulação, atribuível ao segurador, as eventuais perdas e danos dela decorrentes deverão ser indenizadas em razão do descumprimento (relativo) de uma obrigação a seu cargo.

4.8.2 Regulação de sinistro no âmbito do seguro garantia. O segurador como árbitro do descumprimento

Por se tratar de uma modalidade de seguro de danos, o procedimento de regulação também se realiza no âmbito das apólices de seguro garantia.

---

[306] Art. 33. Deverão ser informados os procedimentos para liquidação de sinistros, com especificação dos documentos básicos previstos a serem apresentados para cada tipo de cobertura, facultando-se às sociedades seguradoras, no caso de dúvida fundada e justificável, a solicitação de outros documentos.

§ 1.º Deverá ser estabelecido prazo para a liquidação dos sinistros, limitado a 30 (trinta) dias, contados a partir da entrega de todos os documentos básicos previstos no *caput* deste artigo, ressalvado o disposto no parágrafo 2.º deste artigo.

§ 2.º Deverá ser estabelecido que no caso de solicitação de documentação e/ou informação complementar, na forma prevista no *caput* deste artigo, o prazo de que trata o parágrafo anterior será suspenso, reiniciando sua contagem a partir do dia útil subsequente àquele em que forem completamente atendidas as exigências.

§ 3.º Deverá ser estabelecido que o não pagamento da indenização no prazo previsto nos parágrafos 1.º e 2.º deste artigo, implicará aplicação de juros de mora a partir desta data, sem prejuízo de sua atualização, nos termos da legislação específica.

Conforme destaca GLADIMIR POLETTO, "o acontecimento futuro e incerto assegurado pela apólice é a possibilidade do não cumprimento das obrigações do tomador perante o segurado".[307]

Portanto, caberá ao segurado avisar ao segurador a respeito do descumprimento das obrigações garantidas por parte do tomador para que se inicie o procedimento de regulação. Com o aviso de sinistro, o segurado deverá encaminhar os documentos relacionados ao referido descumprimento; muitas apólices exigem, entre os documentos básicos necessários para a abertura do procedimento de regulação, a comprovação do envio de uma notificação extrajudicial prévia ao tomador a respeito de seu descumprimento, dando-lhe um prazo para a remediação.

O *caput* do art. 12 da Circular Susep dispõe, em seu *caput*, que "a seguradora deverá deixar claro nas Condições Contratuais, para cada modalidade, os procedimentos a serem adotados com a finalidade de comunicar e registrar a Expectativa de Sinistro e oficializar a Reclamação de Sinistro, além dos critérios a serem satisfeitos para a Caracterização do Sinistro".

Após o recebimento do aviso de sinistro, o segurador busca o tomador da apólice para solicitar a ele os dados formais quanto à ocorrência do sinistro. Pode-se dizer que é nesse momento que se inicia a atuação do segurador como árbitro do descumprimento.

Com efeito, por estar sujeito à ação de ressarcimento por parte do segurador – assim como à própria execução da contragarantia eventualmente ofertada –, o tomador se esforçará para demonstrar que o evento noticiado não se caracteriza como um sinistro.

Para tanto, ele poderá se utilizar de distintas alegações: ele poderá dizer que não houve descumprimento, tendo sido a obrigação perfeitamente adimplida ou, ainda, que seu descumprimento é justificável, não possuindo caráter culposo.

Em todos os casos, caberá ao segurador investigar a veracidade das informações; tanto as fornecidas pelo segurado quanto pelo tomador.

---

[307] POLETTO, Gladimir. *O seguro garantia*: em busca de sua natureza jurídica cit., p. 59.

Sem sombra de dúvida, a hipótese que gera mais dificuldades no âmbito da regulação das apólices de seguro garantia diz respeito à alegação, por parte do tomador, de que seu descumprimento é justificável, não possuindo caráter culposo. Por exemplo, o tomador afirma que não concluiu a obra, objeto da garantia, porque o fluxo de recursos financeiros inicialmente previsto pelo segurado não foi respeitado; trata-se da aplicação do princípio da exceção do contrato não cumprido, consagrado no art. 476 do Código Civil de 2002.

Como já tivemos a oportunidade de explicar, o caráter culposo do descumprimento da obrigação garantida não é, por assim dizer, da essência do seguro garantia. Entendemos que tal questão se relaciona exclusivamente com a extensão do risco assumido pelo segurador.

Normalmente, no objeto das apólices de seguro garantia, a referência ao risco garantido se dá tão somente como "a mora ou o descumprimento do tomador", sem qualquer distinção quanto a sua natureza, se culposa ou objetiva. Dessarte, tendo em vista que, no nosso ordenamento jurídico, a regra é responsabilização civil por culpa, o risco só estará concretizado se o descumprimento for culposo.

Não é incomum, portanto, que o segurador se veja inserido em uma ampla discussão a respeito da caracterização do descumprimento do tomador. Caso o segurador entenda, depois de confrontar as alegações de ambas as partes, que tal descumprimento se enquadra no risco assegurado, restará configurado o sinistro.

AMILCAR SANTOS bem lembra que "a verificação do sinistro, por si só, sem que tenha produzido dano, não cria obrigação para o segurador".[308] Nas palavras do autor, "a causal conexão entre o sinistro coberto pelo seguro e o dano dele derivado deve ficar provada, para fixação do direito à indenização".[309]

Os danos deverão ser indenizados em sua exata extensão, por força da incidência do princípio indenitário, respeitando-se o limite máximo da garantia contratada. Normalmente, o segurado apresenta o montante dos prejuízos e o segurador, ainda no âmbito da regulação, verifica se o valor está correto. Se for necessário, o segurador pode se valer de

---

[308] SANTOS, Amilcar. *Seguro*: doutrina, legislação e jurisprudência cit., p. 56.

[309] Idem, ibidem.

assistentes técnicos, sempre respeitando o prazo total para a conclusão da regulação nos moldes estabelecidos pela Susep.

Deve-se notar que, por força do disposto no art. 9.º da Circular Susep n.º 477, a forma de contratação do seguro garantia deve ser sempre o primeiro risco absoluto, não se admitindo a aposição da cláusula de rateio.[310]

Com efeito, a cláusula de rateio impõe que, se o valor atribuído ao interesse sujeito ao risco for inferior ao seu valor real e total, com reflexo no limite máximo da garantia, que também não corresponderá ao valor total dos danos possivelmente incorridos, na hipótese de sinistro, a indenização será proporcional a essa diferença entre o montante atribuído ao interesse sujeito ao risco e o seu valor real. Nas palavras de FÁBIO KONDER COMPARATO, "consiste a cláusula de rateio na redução proporcional da indenização devida, quando o valor segurado se revela inferior ao valor segurável, na ocasião do sinistro".[311]

Por exemplo, se o valor atribuído a determinado bem for inferior ao seu valor real e os prejuízos sobre a coisa sujeita ao risco representarem 80% do seu valor real, a indenização do segurado será sempre proporcional a 80% do limite máximo da garantia. Assim, o segurado somente receberá 100% da indenização equivalente ao limite máximo da garantia se os prejuízos corresponderem à integralidade da coisa.

No âmbito do seguro garantia, tal proporcionalidade não se aplica. Logo, a indenização devida ao segurado será sempre correspondente aos prejuízos incorridos, até o limite máximo da garantia, mesmo que o valor total do interesse sujeito a risco seja a ela superior. Exemplificando-se, se o contrato de fornecimento de equipamentos possui como valor total R$ 100.000.000,00 e o limite máximo da garantia é de R$ 10.000.000,00, se os prejuízos decorrentes do inadimplemento alcançarem R$ 8.000.000,00, o segurado fará jus a esse montante, sem a aplicação de qualquer regra de proporcionalidade.

---

[310] Art. 9.º A forma de contratação dos planos de Seguro Garantia é a primeiro risco absoluto.

[311] "Tomemos um prédio no valor de Cr$ 100.000,00 segurado contra incêndio por Cr$ 60.000,00. Se o sinistro provoca danos correspondentes à metade do seu valor, o segurado não receberá Cr$ 50.000,00 de indenização, mas apenas Cr$ 30.000,00" (COMPARATO, Fábio Konder. Seguro – Cláusula de rateio proporcional – Juridicidade cit., p. 110).

4.8.3 As exceções oponíveis com fundamento no contrato de seguro

Por se tratar de um contrato bilateral, não somente o segurador possui obrigações, como também sua contraparte. No caso do seguro garantia, sua contraparte é, como vimos, o tomador.

Caberá ao tomador, portanto:

(a) Fazer declarações exatas quanto ao risco contra o qual pretende obter a garantia no momento da contratação do seguro – art. 766 e parágrafo único do Código Civil de 2002;[312]

(b) Pagar o prêmio – arts. 757, *caput*, e 763 do Código Civil;[313]

(c) Não agravar o risco incidente sobre o interesse segurado e comunicar ao segurador qualquer fato capaz de agravá-lo – arts. 768 e 769 do Código Civil de 2002.[314]

Essas são as principais obrigações a cargo do tomador, sem prejuízo da possibilidade de que as partes convencionem outras.

Destaque-se que, pela natureza própria do seguro garantia, quem deverá comunicar a expectativa do sinistro ao segurador é o segurado, logo que o saiba, cabendo-lhe a obrigação

---

[312] Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

[313] Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Art. 763. Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.

[314] Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

§ 1.º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.

§ 2.º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio.

de tomar as providências para diminuir suas consequências, nos termos do art. 771 do Código Civil de 2002.

Relativamente ao pagamento do prêmio, há uma particularidade muito relevante no caso dos seguros garantia.

Como vimos, caracterizando-se como um contrato de seguro por conta e a favor de outrem, o pagamento do prêmio caberá ao tomador do seguro. Nesse sentido, o *caput* do art. 11 da Circular Susep n.º 477 declara que "o tomador é responsável pelo pagamento do prêmio à seguradora por todo o prazo de vigência da apólice".

Por seu turno, os §§ 1.º e 2.º do referido dispositivo dispõem, respectivamente, que "o seguro continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pagado o prêmio nas datas convencionadas", e que "não paga pelo tomador, na data fixada, qualquer parcela do prêmio devido, poderá a seguradora recorrer à execução do contrato de contragarantia". Como se vê, as normas contidas em tais parágrafos não autorizam que o segurador cancele o contrato de seguro em caso de inadimplência do tomador, autorizando-lhe tão somente a execução da contragarantia para a satisfação dos prêmios não pagos.

Trata-se de normas extremamente onerosas para os seguradores, uma vez que eles têm que manter os contratos em vigor mesmo sem contar com os prêmios para a formação das reservas responsáveis pelos pagamentos das indenizações em casos de sinistro.

Não há dúvida de que o intuito das referidas previsões foi proteger o segurado e aumentar a segurança dessa modalidade de garantia; são, contudo, atécnicas, na medida em que, como já vimos (item 2.8.2, capítulo 2, *supra*), a exigibilidade da prestação em favor de terceiro se encontra condicionada ao cumprimento da obrigação a cargo do estipulante (nesse caso, o tomador da apólice).

A melhor solução jurídica parece-nos, também nesse caso, a adotada pela Lei de Seguros portuguesa (Decreto-lei n.º 72, de 2008), conforme mencionado no item 3.3, capítulo 3, *supra*.

A referida Lei prevê o seguinte em seu art. 164.º, n.º 1:

> No seguro-caução, não havendo cláusula de inoponibilidade, o segurador deve comunicar ao segurado a falta de pagamento do prémio ou da fracção

> devido pelo tomador do seguro para, querendo evitar a resolução do contrato, pagar a quantia em dívida num prazo não superior a 30 dias relativamente à data de vencimento.

O n.º 2 do citado dispositivo declara que "entende-se por cláusula de inoponibilidade a cláusula contratual que impede o segurador, durante determinado prazo, de opor ao segurado, beneficiário do contrato, a invalidade ou a resolução do contrato de seguro".

Portanto, o regime geral seria a possibilidade de oposição, pelo segurador, das exceções decorrentes dos eventuais descumprimentos do tomador, em consonância com as disposições da estipulação em favor de terceiros contidas no Código Civil de 2002. Sendo a oposição de exceções matéria dispositiva, caso o segurador concordasse em renunciá-las, haveria a inclusão da referida cláusula na apólice, mediante, inclusive, a precificação adequada.

Tenha-se em mente que as normas administrativas da Susep determinam que o segurador mantenha o contrato em vigor, mas nada dizem quanto à obrigação de pagamento de indenização em caso de sinistro. O art. 763 do Código Civil de 2002 dispõe que "não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação". Assim, com base nesse dispositivo, entendemos que, conquanto o segurador não possa cancelar o contrato, ele não estará obrigado, contudo, ao pagamento da indenização securitária se o sinistro ocorrer antes da purgação da mora pelo tomador.

Isso porque, em primeiro lugar, a norma administrativa em questão não contém declaração nesse sentido, isto é, não há menção sobre a ocorrência do sinistro e suas consequências. Além disso, a norma administrativa não pode se sobrepor à norma legal aplicável ao contrato em espécie. Existindo a cláusula de inoponibilidade, se o sinistro ocorrer enquanto ela estiver em vigor, nesse caso, o segurador terá que pagar a indenização mesmo que o prêmio não tenha sido pago.

Além das exceções propriamente ditas, relacionadas aos eventuais descumprimentos das obrigações por parte do tomador e do segurado, o segurador também deverá verificar se o evento noticiado corresponde a um risco previsto, se ocorreu dentro da vigência da apólice e se não ocorreu a prescrição do prazo para reclamação.

Já destacamos, por diversas vezes, a relevância da especificação do risco garantido no momento da contratação do seguro. No caso das apólices de seguro garantia, que podem ser emitidas em diversas modalidades, deve-se perquirir se o descumprimento noticiado se enquadra nos riscos garantidos por aquela modalidade; por exemplo, não é incomum que o segurado acione a apólice que garante o fornecimento de equipamentos quando o que ocorreu foi, na realidade, uma falha em tais equipamentos, ou, em outro exemplo, que o segurado acione a apólice que assegura a execução do objeto contratual a tempo e a modo, quando o inadimplemento diz respeito à amortização do valor adiantado, sendo que, muitas vezes, os eventos notificados se encontram devidamente assegurados por apólices distintas.

No tocante à vigência, também já tivemos a oportunidade de tratar sobre tal questão, diferenciando as apólices que estão vinculadas a um contrato principal e as apólices que não possuem tal vinculação. O sinistro, ou seja, a concretização dos riscos previstos na apólice, deverá ocorrer dentro de sua vigência, sendo que a reclamação poderá ser formulada durante o prazo prescricional, que, consoante dispõe o Código Civil de 2002, é de um ano (Circular Susep n.º 477, art. 12, § 4.º).[315]

4.9 Conclusão da regulação

4.9.1 Indenização e sub-rogação

Afastadas as oposições e as exceções eventualmente contrárias à pretensão indenizatória, caberá ao segurador indenizar o segurado ou, se as partes assim o previrem, o beneficiário.

O autor RENATO MACEDO BURANELLO lembra que a indenização pode se dar de duas formas distintas:

> Caracterizado o sinistro, a seguradora indenizará o segurado, até o limite máximo da garantia e segundo uma das formas abaixo, conforme for definido entre as partes nas condições gerais do seguro: realizando, por meio

[315] Art. 12 A seguradora deverá deixar claro nas Condições Contratuais, para cada modalidade, os procedimentos a serem adotados com a finalidade de comunicar e registrar a Expectativa de Sinistro e oficializar a Reclamação de Sinistro, além dos critérios a serem satisfeitos para a Caracterização do Sinistro.

[...] § 4.º A Reclamação de Sinistros poderá ser realizada durante o prazo prescricional.

> de terceiros, o objeto do contrato principal, de forma a lhe dar continuidade e o concluir, sob a sua integral responsabilidade; ou pagando-se financeiramente os prejuízos causados pela inadimplência do tomador.[316]

A Circular Susep n.º 477 também dispõe a esse respeito, em seu art. 13, que prevê as duas formas de indenização; os §§ 1.º e 2.º determinam, por sua vez, que, na hipótese de rescisão do contrato principal, todos os saldos em favor do tomador serão utilizados na amortização do prejuízo e/ou da multa indenizável, e, caso a indenização tenha sido paga antes de concluída a apuração dos saldos, o segurado deverá devolver qualquer excesso que lhe tenha sido pago.

Após a realização da obrigação às suas expensas ou o pagamento da indenização em dinheiro, o segurador se voltará contra o tomador para cobrar o que despendeu. O art. 786 do Código Civil consagra a sub-rogação do segurador nos seguintes termos: "paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano".

A sub-rogação do segurador também pode ter por fundamento a convenção entre as partes. Segundo GLADIMIR POLETTO, a sub-rogação convencional ocorre quando "o segurado, ao receber o valor respectivo, assina o 'termo de quitação' e pagamento, no qual sub-roga todos os direitos decorrentes daquele pagamento à seguradora, possibilitando que esta venha a recuperar o valor pago a título de sinistro".[317]

Para obter a satisfação do seu crédito, o segurador, normalmente, executará em primeiro lugar a contragarantia fornecida pelo tomador da apólice.

Com efeito, a respeito das contragarantias, a Circular Susep n.º 477 prevê, em seu art. 21, que "o contrato de contragarantia, que rege as relações entre a sociedade seguradora e o tomador, será livremente pactuado, não podendo interferir no direito do segurado". As partes podem pactuar a entrega de notas promissórias, com vencimento à vista, a celebração de contrato de fiança, garantias reais ou, ainda, quaisquer outros tipos de garantias, mesmo que atípicas.

---

[316] BURANELLO, Renato Macedo. *Do contrato de seguro*: o seguro garantia de obrigações contratuais cit., p. 206.

[317] POLETTO, Gladimir. *O seguro garantia*: em busca de sua natureza jurídica cit., p. 63.

Se o tomador não ressarcir o segurador do montante correspondente à indenização, deverá ser, então, proposta a ação cabível, com observância do procedimento monitório ou ordinário. Não se pode falar em ação de execução, uma vez que a própria obrigação de indenização da seguradora não está inserida na apólice, sendo resultado, como se viu, de um amplo procedimento de regulação, com o qual o tomador pode ou não concordar; a apólice prevê tão somente o limite máximo da indenização e as hipóteses em que tal obrigação de indenização pode vir a se concretizar (riscos segurados).

Merece destaque a colocação de GLADIMIR POLETTO, no sentido de que "a propositura da ação de ressarcimento evidenciará a qualidade dos trabalhos que constataram e configuraram o sinistro",[318] pois, segundo o autor, "se este apresentar qualquer vício em relação à sua existência e quanto aos seus efeitos, a pretensão regressiva estará comprometida e a companhia de seguros terá que suportar o prejuízo".[319]

4.9.2 Negativa de sinistro

Cumpridas todas as etapas do procedimento de regulação, o segurador pode concluir pela inexistência da obrigação de indenizar.

Nesse caso, o segurado poderá concordar com a negativa; nas palavras de GLADIMIR POLETTO, ele "poderá se conscientizar de que cometeu um equívoco em relação à cobertura obtida, uma vez que o sinistro está fora da cobertura da amplitude da apólice, por exemplo".[320]

De outra sorte, o segurado pode discordar da negativa. Caberá a ele, então, propor a ação judicial para cobrança da indenização que entender devida, que observará o rito monitório ou ordinário, uma vez que os pressupostos e conclusões da regulação serão objeto de impugnação e serão revistos pelo Poder Judiciário.

O segurado poderá também instaurar procedimento administrativo perante a Susep, com base na Resolução n.º 243, de 2011, emitida pelo Conselho Nacional de Seguros

---

[318] Idem, ibidem.

[319] POLETTO, Gladimir. *O seguro garantia*: em busca de sua natureza jurídica cit., p. 63.

[320] Idem, p. 4.

Privados (CNSP), para apuração de eventuais infrações às regras do órgão regulador. Contudo, a instauração desse tipo de procedimento não é muito comum porque seu resultado implica tão somente a imposição de sanção administrativa à seguradora, e ao segurado, normalmente, importa-lhe mais a obtenção da indenização.

4.10 Questões importantes

4.10.1 Propositura de ação judicial durante o procedimento de regulação

Não é incomum que as partes do contrato cujas obrigações se encontram garantidas por determinada (ou determinadas) apólice de seguro garantia proponham ações judiciais para discutir seu cumprimento.

Com efeito, o devedor, tomador da apólice, pode propor ação para obter a declaração de que a rescisão do contrato se deu por culpa do credor, motivo pelo qual o descumprimento de suas obrigações seria escusável. De outra banda, pode o credor segurado tomar a iniciativa de buscar o Poder Judiciário, pedindo a declaração de que houve descumprimento contratual, com culpa por parte do devedor. Em ambos os casos, podem ser igualmente formulados pedidos indenizatórios, relacionados às perdas e danos alegadamente incorridas.

Como vimos, a regulação consiste em um procedimento a cargo do segurador, que integra seu escopo obrigacional, tendo por objetivo verificar o enquadramento do evento avisado nos riscos garantidos, a quantificação dos prejuízos decorrentes, assim como o cumprimento de todas as obrigações detidas por sua contraparte – no caso do seguro garantia, o tomador da apólice.

Não se ignora a advertência de ERNESTO TZIRULNIK no sentido de que "a atuação do segurador, em fase de regulação, deve ser caracterizada pela rapidez e funcionalidade requerendo especial empenho".[321] De acordo com o autor, "a verificação da existência e

[321] TZIRULNIK, Ernesto. *Estudos de direito do seguro* cit., p. 58.

circunstâncias do sinistro, bem como sobre os danos e valores dos prejuízos, não deve extrapolar os limites da razoabilidade".[322]

Entretanto, quando há em curso ação perante o Poder Judiciário com objeto prejudicial às conclusões da regulação, *quid iuris*? Deverá o segurador prosseguir com a regulação mesmo existindo a possibilidade de utilizar premissas e chegar a conclusões contrárias às do Poder Judiciário? Poderá ele suspender o procedimento de regulação, que corresponde, como já vimos e repetimos, a uma de suas obrigações, mesmo sem ser parte em tal processo judicial?[323]

De fato, para o enquadramento do descumprimento noticiado dentro dos riscos da apólice de seguro garantia, o segurador terá que, no mais das vezes, averiguar se tal descumprimento teve caráter culposo ou não, sendo esse o preciso objeto da discussão submetida ao Poder Judiciário. Imagine-se que o segurador conclua, ao cabo do procedimento de regulação, que o descumprimento do tomador teve caráter culposo, ao passo que, no âmbito da ação judicial, se entenda que o descumprimento foi causado por fato do credor, sendo, portanto, escusável.

Por óbvio, a conclusão obtida pelo segurador não será oponível à conclusão alcançada no âmbito do processo judicial. Caso ele indenize o segurado, o tomador poderá se opor ao ressarcimento com fundamento na decisão judicial que reconhece seu descumprimento como escusável.

A verdade é que, ao submeterem a discussão a respeito do caráter do descumprimento imputado ao devedor ao Poder Judiciário, as partes retiram a utilidade dos atos do segurador atinentes ao procedimento de regulação.

Por isso, posicionamo-nos no sentido de que, sempre que houver ação perante o Poder Judiciário com o mesmo objeto da regulação ou em que se discutam questões prejudiciais, o segurador pode suspender a regulação, ainda que não seja parte do processo judicial. Contudo, é imprescindível que a identidade de objetos e a existência de questões

---

[322] Idem, ibidem.

[323] Na realidade, muitas vezes, as partes – especialmente o tomador – solicitam o deferimento de liminares e a intimação dos seguradores para suspender o procedimento de regulação enquanto perdurar o litígio. Ocupamos-nos, aqui, das hipóteses em que não houve o pedido ou o deferimento de tal liminar.

prejudiciais sejam perquiridas com muito cuidado e com absoluto respeito ao princípio da boa-fé objetiva, acolhido expressamente no art. 422 do Código Civil de 2002.[324]

Esse entendimento pode ser prejudicial aos interesses do segurado, nos casos em que a ação for proposta pelo tomador, pois ele se verá obrigado a aguardar o desfecho da ação judicial, para obter – ou não – sua indenização securitária. Pensamos, entretanto, que tal circunstância decorre da estruturação dessa modalidade de garantia, sendo possível superá-la a partir da identificação de riscos mais claros, menos sujeitos à discussão, como o risco de descumprimento objetivo ou a aposição da cláusula *on first demand*, objeto da análise do próximo e último tópico deste capítulo.

Cumpre dizer que, muitas vezes, o segurador terá interesse em participar do processo judicial, para poder imprimir, na discussão, aspectos do seu entendimento quanto ao evento de descumprimento e, inclusive, não se ver surpreendido com o arbitramento de uma indenização em valor substancialmente superior ao que considerava devido.

Nesses casos, a possibilidade conferida pelo Código de Processo Civil consiste em sua intervenção como assistente simples do tomador, nos termos previstos entre os arts. 121 a 123. A assistência ao tomador causa algum estranhamento, pois, em geral, imagina-se que o segurador, durante o procedimento de regulação, deve adotar uma posição imparcial.

De fato, no âmbito da regulação, o segurador deve adotar, como vimos, uma postura investigatória, perquirindo a respeito de todas as circunstâncias do descumprimento noticiado e dos prejuízos apontados. Entretanto, quando a discussão é submetida ao Poder Judiciário e o segurador deseja intervir, caberá a ele assistir o tomador, posto que é a responsabilidade deste que, se configurada, dará origem à obrigação securitária indenizatória.

Por fim, há as hipóteses em que o segurador é (a) chamado a intervir no processo, por meio da denunciação da lide feita pelo tomador, com base no art. 125, II, do Código de Processo Civil,[325] ou (b) incluído como litisconsorte no polo passivo, pelo segurado.[326] Nesses

---

[324] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

[325] Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes: [...] II – àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

casos, o segurador, tendo suspendido a regulação, irá apresentar, no âmbito do processo judicial, os argumentos e seu ponto de vista a respeito da (in)existência do sinistro e da obrigação indenizatória.

4.10.2 A cláusula on first demand *no domínio do seguro garantia*

Há pouquíssima doutrina a respeito da inclusão da cláusula *on first demand* nas apólices de seguro garantia.

Entre nós, GLADIMIR POLETTO coloca a questão nos seguintes moldes:

> Por outro lado, a reclamação de sinistro pode ser feita por intermédio de uma simples solicitação de pagamento; contudo, tal procedimento é exceção à regra do seguro, embora ocorra nas chamadas "garantias a primeiro requerimento ou à primeira demanda", as quais não permitem ao segurador promover a averiguação e configuração do sinistro, pois, como o próprio nome diz, são pagas mediante o simples requerimento do segurado. No Brasil, tais garantias são inexistentes ou de raríssima utilização, ainda que seja desejada pelos segurados.[327]

Com efeito, vimos que muitos doutrinadores admitem a inclusão da cláusula de pagamento à primeira solicitação no âmbito do contrato de fiança, atribuindo-lhe a mesma função das *cláusulas solve et repete* (cf. item 3.7 *supra*). Logo, caberia ao fiador pagar a quantia demandada, para, posteriormente, no âmbito de uma ação de repetição de indébito, apresentar os meios de defesa fundados na relação principal, entre o credor e o devedor. Posicionamo-nos contrariamente a esse entendimento.

Isso porque, ao estabelecer que o fiador deve pagar ao credor sem poder lhe opor quaisquer exceções, a cláusula *on first demand* acaba por impor ao fiador que cumpra a obrigação afiançada em termos mais gravosos do que o devedor a cumpriria, dado que o último poderia opor as exceções cabíveis. A impossibilidade de que o fiador assuma uma

---

[326] O art. 114 do Código de Processo Civil dispõe que "o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos os que devam ser litisconsortes". Entendemos não se estar diante de um litisconsórcio passivo necessário justamente porque a eficácia da sentença não depende da citação do segurador; tratando-se de um seguro facultativo, o segurado pode inclusive abrir mão de se valer da garantia expressa pela apólice, para se utilizar, por hipótese, de outro tipo de garantia ajustado entre as partes.

[327] POLETTO, Gladimir. *O seguro garantia*: em busca de sua natureza jurídica cit., p. 60.

obrigação mais onerosa do que o devedor principal é uma característica intrínseca da fiança, que se deve à sua natureza de obrigação acessória relativamente à obrigação principal.

Além disso, vimos também que a discussão a respeito da natureza da obrigação do segurador, se acessória ou autônoma, não possui tanta força no âmbito do contrato de seguro garantia, pois a maior parte das questões jurídicas que se originam a partir dessa caracterização tem sua solução no próprio regime do contrato de seguro. De todo modo, existindo a necessidade de caracterizá-lo, deve-se fazê-lo como um contrato autônomo.

Conforme explicado por GLADIMIR POLETTO, quando há a inclusão da cláusula de pagamento *on first demand*, o segurador deve pagar antes de averiguar a efetiva existência do sinistro. Trata-se, sem sombra de dúvida, de mecanismo capaz de incrementar a eficácia da garantia no que tange aos interesses do segurado.

Contudo, deve-se perquirir se é possível compatibilizá-lo, juridicamente, com as características próprias do contrato de seguro garantia.

Como vimos, o contrato de seguro, como instituto, possui função reparatória, não podendo se travestir de instrumento de lucro em favor do segurado, sendo esse o motivo pelo qual a regulação do sinistro, em todas as suas etapas, revela-se imprescindível.

Digamos que o evento notificado pelo segurado não corresponda ao risco previsto na apólice e considerado pelas partes para fins de pagamento do prêmio ou, então, que, embora seja possível enquadrá-lo como risco coberto, tal evento não causou danos ao segurado. Em ambas as hipóteses, o segurado não fará jus à indenização, sendo certo que, se o segurador o pagar, configurar-se-á o enriquecimento sem causa por parte do primeiro.

Entretanto, pode o segurador entregar determinado montante, previamente fixado pelas partes, estabelecendo-se que, se a regulação apurar a inexistência de sinistro ou de prejuízo indenizável, ele irá buscar sua repetição?

ORLANDO GOMES, em parecer jurídico intitulado *Seguro de crédito e negócio fidejussório – Cláusula "solve et repete"*, apreciou um contrato de seguro celebrado entre o Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), um determinado banco financiador e uma empresa financiada; o seguro foi celebrado para cobrir os riscos de descumprimento do contrato de financiamento pela empresa financiada, se ela se tornasse insolvente.

O objeto do parecer consistia justamente na consulta sobre a validade da cláusula constante nas condições especiais da apólice por meio da qual o IRB se obrigava "a conceder adiantamento de 100% do valor segurado, antes de ter sido apurado o valor da perda líquida definitiva"; embora não se lhe tenha assim nomeado, tratava-se, a toda evidência, de uma cláusula de pagamento à primeira solicitação.

O jurista posicionou-se por sua validade, nos seguintes termos:

> *In casu*, a seguradora-fiadora não pode eximir-se do pagamento antecipado da indenização correspondente a 100% do valor segurado, nem retardá-lo, porque renunciou direito de alegar razões ou denunciar fatos extintivos de sua obrigação na cláusula décima primeira do contrato. Tem de pagar e depois repetir, se fundamento houver para cobrar o que pagou.[328]

Para ORLANDO GOMES, "a cláusula décima primeira do contrato de seguro-fiança (Condições Especiais) é indiscutivelmente um pacto *solve et repete*, também conhecido como *exceptio solutiones*".[329] A despeito da nomenclatura dada pelo jurista ao próprio contrato de seguro (seguro-fiança em vez de seguro-garantia), entendemos que sua análise a respeito da referida cláusula se aplica à hipótese sob exame.

Com efeito, parece-nos que a cláusula que prevê o pagamento "antes de ter sido apurado o valor da perda líquida efetiva" corresponde a *cláusula on first demand*, sendo válida no âmbito dos contratos de seguro garantia, devendo-se permitir ao segurador, contudo, repetir o que pagou se houver fundamento, isto é, se, depois de concluída a regulação, verificar a inexistência do sinistro ou a ocorrência de prejuízos em valores inferiores aos entregues ao segurado.

Na realidade, tal sistemática assemelha-se à adotada nos casos de adiantamentos por conta de indenização, muito comuns nos seguros de coisas, quando o segurador entrega determinado montante ao segurado como forma de evitar o agravamento dos prejuízos potencializados pelo evento notificado.

---

[328] GOMES, Orlando. Seguro de crédito e negócio fidejussório – Cláusula "solve et repete". In: _____. *Novíssimas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 276.

[329] Idem, ibidem.

Em tais situações, o segurador entrega o referido montante com base em um juízo de verossimilhança, e que, se, ao final da regulação, se concluir pela inexistência de obrigação indenizatória, será possível repeti-lo, com fundamento no art. 876 do Código Civil, segundo o qual “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição”.

Concluímos assim que, diferentemente do que ocorre na fiança, a inclusão da cláusula *on first demand* com a função equivalente à desempenhada pela cláusula *solve et repete* não colide com nenhuma das características essenciais do contrato de seguro, na medida em que conserva ao segurador a possibilidade de repetir o que pagou nas hipóteses em que a regulação concluir pela inexistência de obrigação indenizatória ou em montante inferior ao entregue.

CONCLUSÃO

Atualmente, não é incomum que se vejam contratos de garantia chamados, em seus respectivos cabeçalhos, de “contratos de fiança”, nos quais consta, por exemplo, a previsão de que o fiador renuncia as faculdades conferidas pelo art. 837 do Código Civil, ou seja, a possibilidade de opor ao credor suas exceções pessoais ou as exceções fundadas na obrigação garantida. De igual maneira, consta, muitas vezes, a previsão de que o fiador deverá pagar a quantia exigida pelo credor beneficiário, em um número de dias prefixado, mediante a apresentação de determinada documentação. Isso é possível?

Em relação ao seguro garantia, espécie do gênero de seguro de danos, que conta, portanto, com todos os benefícios de tal gênero, em especial, o compartilhamento dos riscos por meio do resseguro, por que sua execução e liquidação são tão complicadas? Há mecanismos possíveis para torná-las menos penosas e conferir ao segurado, mais rapidamente, as vantagens que pretende obter por meio da celebração de um contrato de garantia?

Esses são os questionamentos que nos parecem, nos dias de hoje, extremamente relevantes no que diz respeito à matéria das garantias fidejussórias, motivo pelo qual buscamos, por meio deste trabalho, encontrar suas possíveis respostas.

Por isso, além de estudar tais contratos típicos, estudamos o contrato atípico de garantia autônoma e a cláusula que normalmente o acompanha, a cláusula *on first demand*. Ocupamo-nos de verificar em que medida é possível importar suas características sem desnaturar os mencionados contratos de fiança e seguro garantia.

Como vimos, por meio do contrato de garantia autônoma, a instituição garante se obriga a pagar ao credor beneficiário determinado valor pecuniário, quando houver a alegação de descumprimento das obrigações garantidas, não podendo lhe opor as exceções ligadas a tais obrigações. Nesse sentido, a obrigação da instituição garante é autônoma em relação à obrigação principal.

Com efeito, ao preverem que o fiador irá renunciar a faculdade de opor exceções à pretensão de recebimento da garantia pelo credor, as partes pretendem "autonomizar" a obrigação do fiador em relação à obrigação do afiançado.

Entretanto, o contrato de fiança, como tipo legal, é absolutamente fundado no princípio da acessoriedade, o qual estabelece uma relação de dependência entre a obrigação do fiador e a obrigação garantida. Entre as consequências de tal relação de dependência, encontra-se a possibilidade de que o fiador oponha as exceções extintivas que competem à obrigação principal, na medida em que sua obrigação acessória sempre seguirá o destino da obrigação principal.

Para JOÃO CALVÃO DA SILVA, "naturalmente, caracterizando-se a fiança pela sua dependência da relação principal, garantias pessoais daquela natureza não podem reconduzir-se ao *tipo legal*".[330] O autor conclui:

> Mas isso não impõe a conclusão de que essas fianças não acessórias ou garantias autônomas sejam nulas. Antes deve entender-se que as partes celebraram um contrato atípico ou inominado de garantia, conformemente ao princípio da liberdade contratual previsto no art. 405.[331]

Assim, entendendo que a acessoriedade é uma característica que faz parte da natureza da fiança, posicionamo-nos no sentido de que todas as vezes que as partes pretenderem derrogar uma de suas consequências, entre elas a possibilidade de oposição das exceções extintivas da obrigação principal, se estará diante de uma garantia atípica.

A mesma análise deve ser feita para se responder sobre a validade e as consequências da inclusão da cláusula de pagamento *on first demand* – também chamada de cláusula à primeira solicitação ou de pagamento automático – em contratos denominados de fiança.

Como se viu, por meio da cláusula de pagamento *on first demand*, as partes pactuam que a instituição garante deverá entregar a indenização ao beneficiário mediante sua simples solicitação, não sendo necessário que ele comprove o descumprimento da obrigação garantida; em alguns casos, prevê-se que a solicitação seja documentada, sem que isso descaracterize a obrigação de pagamento automático.

---

[330] SILVA, João Calvão da. *Estudos de direito comercial*: pareceres cit., p. 336.

[331] Idem, p. 336-337.

Lembramos, por oportuno, que a cláusula de pagamento *on first demand* não se relaciona com a questão da oposição das exceções pela instituição garante. Com efeito, no âmbito do contrato de garantia autônoma, ela é um *plus*: além de não poder opor os meios de defesa decorrentes da relação entre o credor e o devedor, em virtude do princípio da autonomia, o garante tampouco poderá exigir a comprovação do descumprimento do devedor como condição para o pagamento da indenização.

Desse modo, parte significativa da doutrina afirma que a inclusão da referida cláusula nos contratos de fiança seria possível na medida em não que se retiraria do fiador a possibilidade de opor as exceções extintivas da obrigação principal, mas somente a postergaria. Com efeito, tal cláusula exerceria função semelhante à da clausula *solve et repete*, cabendo ao fiador pagar imediatamente a quantia requerida, e, caso existissem exceções, ele poderia opô-las no âmbito de uma ação de repetição de indébito proposta contra o credor.

Para os autores que se filiam a essa doutrina, tal dinâmica conservaria o caráter acessório da obrigação do fiador, na medida em que ele continuaria fazendo jus à oposição das exceções extintivas da obrigação principal.

Entretanto, depois de estudarmos a acessoriedade como característica típica da fiança, verificamos que suas consequências são muito mais amplas do que somente a possibilidade, conferida ao fiador, de opor ao credor as exceções extintivas da obrigação garantida. Na realidade, outra consequência da acessoriedade, extremamente importante e consagrada desde o direito *justinianeu*, consiste na impossibilidade de que o fiador se obrigue de modo mais oneroso do que o devedor principal – *in duriorem causam*.

O Código Civil de 2002 contém regra expressa nesse sentido, prevendo, em seu art. 823, que “a fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até o limite da obrigação afiançada”.

Sem sombra de dúvida, obrigar o fiador a pagar imediatamente a quantia demandada pelo credor, autorizando-lhe a oposição de exceções extintivas da obrigação garantida somente no âmbito de uma ação de repetição, coloca-o em uma situação muito mais gravosa do que a do próprio devedor, o qual, demandado, poderá invocá-las para obstar o pagamento.

Logo, a despeito de ser cada vez mais comum a inclusão de tais cláusulas em contratos chamados de contratos de fiança, entendemos que a previsão de pagamento à

primeira solicitação é incompatível com o seu regime, por contrariar o princípio de que o fiador não pode se obrigar *in duriorem causam* e representar, por via de consequência, uma agressão à acessoriedade.

Se as partes previrem o pagamento automático pelo fiador, estar-se-á, portanto, não diante de um contrato de fiança, mas sim de um contrato de garantia atípico; caso, numa hipótese pouco comum, as partes tenham previsto o pagamento à primeira solicitação, mas seja possível inferir, com base na interpretação do texto completo do contrato, que as partes realmente pretenderam a celebração de uma fiança, então caberá somente declarar a ineficácia da cláusula, com a conservação do restante do ajuste.

Por conseguinte, não se pretende desencorajar as previsões de renúncia à possibilidade de opor exceções extintivas da obrigação garantida ou de pagamento à primeira solicitação. Objetiva-se tão somente classificar adequadamente os contratos para encontrar soluções jurídicas capazes de enfrentar as problemáticas atuais. Ora, se a característica principal do contrato de fiança for derrogada pelas partes – no livre exercício de sua autonomia –, como pretender seguir aplicando-lhe às normas atinentes a tal tipo contratual, sem fazer as adaptações necessárias?

A verdade é que a classificação de determinado contrato como atípico gera sempre certa insegurança em suas partes. A impossibilidade de subsumir suas vicissitudes a artigos de lei faz com que elas desejem caracterizá-los como contratos típicos, mesmo diante de diferenças verdadeiramente estruturais entre eles.

Não pensamos que a forma mais eficaz de combater tal insegurança seja regular tais contratos mistos, que resultam da junção de elementos da fiança com elementos da garantia autônoma, pois sua atipicidade serve melhor ao caráter dinâmico das operações em que se inserem.

Parece-nos que a melhor solução é a regulação dos contratos atípicos como gênero, conforme defendido por ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO em sua obra *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. O autor posiciona-se nos seguintes termos:

> O que se torna necessário é a regulamentação, em nossa legislação, dos contratos atípicos com a fixação, expressa, de seu conceito e dos princípios

> gerais que os informam, dos princípios da liberdade contratual, com as limitações específicas, que se fazem indispensáveis.[332]

No tocante ao seguro garantia, nosso principal objetivo foi traçar a extensão da obrigação a cargo do segurador, justamente para poder responder à pergunta anteriormente formulada: é possível tornar a liquidação da garantia, isto é, o procedimento para obtenção da indenização securitária, menos penoso?

Como vimos, por meio do contrato de seguro garantia, o segurador garante ao credor indenizá-los dos prejuízos decorrentes do eventual descumprimento da obrigação assumida pelo devedor. O credor figura como segurado e o devedor como tomador da apólice; o interesse segurável é o adequado cumprimento da obrigação garantida, ao passo que o risco segurado consiste em seu eventual descumprimento.

Trata-se de uma modalidade de seguro de danos, motivo pelo qual aplicam-se-lhe todas as regras previstas para esse gênero. Assim, o segurado somente fará jus à indenização se os riscos previstos na apólice se concretizarem e lhe causarem danos; em virtude do princípio indenitário, a indenização ficará restrita à extensão de tais prejuízos.

Ao executar a apólice de seguro garantia, o segurado terá que comprovar que o evento noticiado por ele, isto é, o descumprimento do devedor, enquadra-se no risco garantido. Na nossa opinião, é aí que reside o busílis do contrato de seguro garantia.

Com efeito, na extrema maioria dos casos, as partes indicam, no objeto da apólice, que o risco garantido consiste no “descumprimento do devedor”, sem, contudo, definir sua natureza. Tendo em vista que, no nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade civil é culposa, o segurado terá que comprovar que o descumprimento do tomador foi culposo para caracterizá-lo como ilícito e, portanto, indenizável.

Sujeitando-se à ação de regresso por parte do segurador ou à execução da contragarantia eventualmente ofertada, o tomador irá se esforçar para demonstrar que não houve descumprimento ou, então, que tal descumprimento é plenamente escusável e não possui caráter culposo. Por vezes, há a propositura de ações com objeto semelhante ou prejudicial às questões que vêm sendo apuradas no âmbito do procedimento de regulação, o que impõe, pensamos, a sua suspensão, nos termos defendidos.

---

[332] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos* cit., p. 201.

O que se pretende demonstrar é que toda dificuldade enfrentada pelo segurado decorre da complexidade de se enquadrar o evento de descumprimento noticiado como o risco garantido pela apólice de seguro garantia. Com efeito, nas palavras de LUIS POÇAS, em virtude "do regime próprio do seguro-caução como subtipo do contrato de seguro", nele "não se reflete, portanto, a dicotomia acessoriedade vs. autonomia".[333]

Portanto, parece-nos que uma maneira de tornar a liquidação menos penosa para o segurado seria especificar, com maiores detalhes, quais os riscos garantidos, sendo possível, inclusive, prever que o risco garantido consiste no descumprimento objetivo da obrigação garantida. Nesse caso, caberia à seguradora perquirir tão somente se o descumprimento noticiado foi causado pelo tomador e qual a extensão dos prejuízos.

Outra possibilidade de satisfazer mais rapidamente os interesses do segurado consiste na inclusão da cláusula de pagamento *on first demand* nas apólices de seguro garantia. Com efeito, constatamos que, diferentemente dos contratos de fiança, não há qualquer incompatibilidade jurídica em sua inclusão para que ela desempenhe a mesma função da cláusula *solve et repete*.

Assim, sempre que tal cláusula for incluída, o segurador deverá pagar o montante previamente fixado na apólice, e, caso se constate, ao fim do procedimento de regulação, que o evento noticiado não corresponde a um risco coberto ou que os prejuízos incorridos são inferiores à quantia prefixada, caberá a ele propor a ação de repetição de indébito cabível. É claro que, nesse caso, o segurador passará a correr os riscos de não reaver a quantia entregue indevidamente; entretanto, além de calcular o prêmio adicional correspondente ao incremento de seus riscos, ele poderá se valer de contragarantias idôneas para diminuí-los.

Essas são, em síntese, as respostas que nos parecem adequadas aos questionamentos apresentados no início deste capítulo de conclusão. Não se desconhece a complexidade do tema, motivo pelo qual, caso tais respostas se revelem, posteriormente, insatisfatórias, fica ao menos a sugestão de caminhos a serem percorridos com o intuito de se encontrarem soluções jurídicas mais seguras, assim como mecanismos mais satisfatórios aos interesses dos credores garantidos.

---

[333] POÇAS, Luis. A natureza jurídica do seguro-caução cit., p. 149.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Direito civil.* Direito patrimonial e direito existencial – estudo em homenagem à Professora Giselda Maria Hinoraka. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 611-621.

_____. Bem de família (Penhora em fiança locatícia e direito de moradia). In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogerio (Org.). *Responsabilidade civil*: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil.* Direito das coisas. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

_____; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil 5:* direito das obrigações – 2.ª parte. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECHARA, Ricardo. *Direito de seguro no novo Código Civil e legislação própria*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. v. 4.

_____. _____. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. v. 5.

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1972.

BONONI, Valeria. *Comentários ao Código Civil brasileiro.* Do direito das obrigações – arts. 722 a 853. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

BURANELLO, Renato Macedo. *Do contrato de seguro*: o seguro garantia de obrigações contratuais. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CALMON DE PASSOS, J.J. A atividade securitária e sua fronteira com os interesses transindividuais – Responsabilidade da Susep e competência da Justiça Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 763, p. 98-99, 1999.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Contratos no direito civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. t. II.

CARVALHO SANTOS, João Manoel. *Código Civil interpretado.* Direito das obrigações – Arts. 1.363-1.504. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 19.

_____. *Código Civil interpretado.* Direito das obrigações – Arts. 972-1.036. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 13.

_____. *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral – Arts. 863-927. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. v. 11.

_____. *Direito das obrigações* – Arts. 1.079-1.121. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 15.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Notas retificadoras sobre seguro de crédito e fiança. Re*vista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: RT, ano XXII, n. 51, p. 101, 1983

_____. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: _____. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *O seguro de crédito*. São Paulo: RT, 1968.

_____. Seguro – Cláusula de rateio proporcional – Juridicidade. Re*vista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: RT, ano XI, n. 7, p. 108, 1972.

_____. Seguro de garantia de obrigações contratuais. In: _____. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. Substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto de Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: RT, ano XI, n. 5, p. 143, 1972.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano.* Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2.

COSTA GOMES, Manuel Januário da. A chamada “fiança ao primeiro pedido”. In: MENEZES CORDEIRO, António et al. (Coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles.* Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Assunção fidejussória de dívida.* Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

DESMET, Paul. O contrato de garantia: exame de alguns problemas técnicos específicos. In: LESGUILLONS, Henry et al. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1985.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ENNECERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil.* Derecho de obligaciones. Barcelona: Bosch, 1933. v. 2, t. II.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: Torinese, 1966.

FRANCO, Vera Helena de Mello. O contrato de seguro. In: BITTAR, Carlos Alberto et al. *Novos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 1990.

GOMES, Fátima. Garantia bancária autônoma à primeira solicitação. *Direito e Justiça*, v. 8, t. 2, p. 131, 1994.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Novíssimas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Seguro de crédito e negócio fidejussório – Cláusula “solve et repete” In: JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma*. Coimbra: Almedina, 2002.

LESGUILLONS, Henry. As garantias bancárias: tendências atuais. In: _____ et al. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARTINEZ, Pedro Romano; DA PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de cumprimento*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MATHIAS, Carlos Fernando. *Código Civil comentado* – Direito das obrigações. Várias espécies de contrato (fiança, transação e compromisso). Atos unilaterais. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004. v. 9.

MENEZES CORDEIRO, António. *Manual de direito bancário*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de. *Direito das obrigações*: transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 2.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale.* Codici e norme complementari. 9. ed. Milano: Giuffrè, 1959. v. 3.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.

_____. *Instituições de direito civil*: obrigações. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

_____. _____. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2.

_____. _____. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

POÇAS, Luis. A natureza jurídica do seguro-caução. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVI, n. 1-3, p. 138, jan.-set. 2015.

POLETTO, Gladimir. *O seguro garantia*: em busca de sua natureza jurídica. Rio de Janeiro: Funenseg, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: Parte Especial. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. t. XLIV.

REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguro e terceiros:* estudo de direito civil. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

SANTOS, Amilcar. *Seguro*: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Record, 1959.

SIDOU, J. M. Othon. *Fiança – Convencional – Legal – Judicial*: no direito vigente e no Projeto de Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, João Calvão da. *Estudos de direito comercial*: pareceres. Coimbra: Almedina, 1999.

STELLA, Giovanni. *Le garanzie del credito*: fideiussione e garanzie autonome. Milano: Giuffrè, 2010.

TZIRULNIK, Ernesto. *Estudos de direito do seguro.* Regulação de sinistro (ensaio jurídico) – Seguro e fraude. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____ et al. *O contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 2.

_____. _____. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 2.

VASCONCELOS, Luis Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil.* Contratos em espécie. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3.

VILLERS, Robert. *Droit Romain.* Les Obligations. Paris: Rousseau, 1952. t. II.

WALD, Arnoldo. A garantia à primeira demanda no direito comparado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 66, p. 6, abr.-jun. 1987.

_____. *Direito das obrigações.* Teoria geral das obrigações e contratos civis e comerciais. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.