

Atualidades

CONTRATOS DE GARANTIA E GARANTIAS AUTÔNOMAS

LUIZ MARIO GALBETTI

RAFAEL VANZELLA

I – Introdução: 1. Regime de tipicidade; 2. Esclarecimento; 3. Contratos de garantia atípicos e garantias autônomas; 4. Contrato de garantia em gênero e garantias autônomas; 5. Terminologia italiana e alemã; 6. Definições estipulantes: 6.1 Tipos contratuais gerais; 6.2 Polissemia da palavra garantia: 6.2.1 Garantia como elemento das relações jurídicas; 6.2.2 Garantia como tutela da pretensão obrigacional; 6.2.3 Garantias especiais; 6.2.4 Outros usos da palavra garantia; 6.2.5 Garantias autônomas; 6.2.6 Síntese; 7. Encaminhamento. **II – Contrato de garantia em gênero, ou tipo contratual geral de garantia:** 8. Causa abstrata dos contratos de garantia; 9. Outros elementos dos contratos de garantia; 10. Causa concreta dos contratos de garantia; 11. Sobre a fiança. **III – Contrato de garantia em espécie: o contrato autônomo de garantia e as garantias autônomas:** 12. Garantia autônoma em perspectiva comparada: 12.1 Portugal; 12.2 Mundo anglo-saxão; 13. Uniformização do regime das garantias autônomas; 14. Origem das garantias autônomas; 15. Dogmática das garantias autônomas; 16. Regime de independência: 16.1 Causa da atribuição do contrato autônomo de garantia; 16.2 Acessoriedade das garantias especiais; 16.3 Independência das garantias autônomas; 16.4 “Causa donandi”; 16.5 “Causa credendi”; 17. Tipos de garantia autônoma; 18. Problemas do regime de independência das garantias autônomas. **IV – Garantias autônomas na jurisprudência do STJ:** 19. “Leading case”; 20. Garantias autônomas e assunção cumulativa da dívida. **V – Conclusão.**

I – Introdução

1. A dogmática do direito privado ainda está à procura de técnicas satisfatórias de qualificação e regramento dos contratos atípicos. Quem acredita que a disciplina desses últimos se plasma e exaure nas normas gerais sobre obrigações e contratos, menosprezando, destarte, o relevantíssimo papel que a predisposição legal dos contratos em espécie exerce nas operações de direito privado, terá, no máximo, uma boa ideia. Ela dificilmente sairá do papel. Até porque já a tiveram, e ela pouquíssimo ecoou na experiência jurídica. Desconhecem-se, com efeito, contratos atípicos que

não sofram intervenções da disciplina dos contratos especiais a eles análogos,¹ por mais indesejável à promoção da autonomia contratual que seja essa prática.

2. Este estudo nasceu de uma disciplina brilhante do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a qual, com indistinto privilégio, seus autores cursaram. Alcides Tomasetti Júnior, mestre, concentrou seus esforços na elaboração conjunta e democrática de uma daquelas técnicas de qualificação e

1. Cf. Rodolfo Sacco, “Autonomia contrattuale e tipi”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1/785-808.

regramento dos contratos atípicos, chamada, por inspiração nos civilistas italianos, teoria dos *tipos contratuais gerais*. Essa última expressão a denominação mesma daquela disciplina. Com olhos de hoje, percebemos que o salto qualitativo do nosso aprendizado não esteve na adaptação de um sofisticado saber alienígena à realidade jurídica nacional. Com maior acerto, as lições do mestre serviram como um importante ingrediente ético das reflexões que sobrevivem e sobreviverão por muito tempo àquela disciplina: trata-se, em uma única expressão, do *cultivo da problematidade*, que alguns espíritos buscam afugentar dos modelos dogmáticos a serem propostos, sem perceber como isso interfere deletariamente nas especificidades científicas do pensamento jurídico. Ao professor Tomasetti, nossos agradecimentos e homenagens. Mas, sem desmerecer esse necessário esclarecimento em forma de devida reverência, voltemos ao tema que ora nos toca.

3. São muitos os contratos, alguns deles já nominados pelos usos e costumes contratuais, que desempenham, na prática, funções de garantia, sem que se enquadrem nos tipos de contratos de garantia conhecidos e regulados pelo direito legislado. Um deles, que já mereceu tratamento no Brasil,² é o contrato autônomo de garantia, fonte contratual de garantias autônomas. Diante da atipicidade dessa e de outras operações contratuais, emerge o problema característico a todo e qualquer contrato atípico que se apresenta sobre a mesa do jurista: como identificá-lo juridicamente? Qual disciplina será aplicável a ele?

4. A proposta de construção de um tipo contratual geral de garantia, ou contrato de garantia em gênero, vem para ao menos tentativamente solucionar esses questionamentos e tantos outros deles decorrentes. Uma disciplina comum, suficientemente abstrata, que apanhe todos os contratos de garantia conhecidos, seria o resul-

tado dessa construção, e permitiria conduzir-lhe as atípicas operações contratuais de garantia, entre elas as garantias autônomas, extraindo, assim, sua identidade e seu regramento, ainda que básicos. A primeira análise desenvolvida por este estudo pretende contribuir para aquela construção; a segunda, elaborar sobre as garantias autônomas a partir do modelo construído, ainda que seja, tão somente, para oferecer-lhes uma distinção *causal*, mesmo que panorâmica, para com as demais espécies, ou subtipos, de contrato de garantia.

5. Reservar a expressão *contrato de garantia* para designar um tipo contratual geral revela uma opção pela terminologia da doutrina italiana das garantias contratuais.³

A doutrina alemã toma, por seu turno, a expressão *contrato de garantia* (*Garantievertrag*) não como tipo contratual geral, e, sim, como o contrato constitutivo do que os italianos denominam, precisamente, *garantias autônomas*. Em seu sentido alemão, a expressão é também utilizada por Pontes de Miranda.⁴

“*Contrato de garantia* é aquele pelo qual alguém promete responder, no todo ou em parte, pelo risco que o outro figurante possa sofrer em negócio jurídico de que seja figurante. Os exemplos melhor esclarecem: B, por sugestão de A, montou hotel na pequena cidade, e A assume a responsabilidade pelos défices que anualmente ocorram, ou pelos lucros de x por cento; B, a quem A deu em locação a loja, monta ar-

3. Cf. Fulvio Mastropaolo, *I Contratti Autonomi di Garanzia*, 1989; Raffaele Cicala, “Sul contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile* 2/143-151; Luigi Garofalo, “Per un’applicazione dell’*exceptio doli generalis* romana in tema di contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile* 5/629-661.

4. *Tratado de Direito Privado XLIV. Parte Especial – Direito das Obrigações: Expedição. Contrato de Agência. Representação de Empresa. Fiança. Mandato de Crédito. Constituição de Renda. Promessa de Dívida. Reconhecimento de Dívida. Comunidade. Edição. Representação Teatral, Musical e de Cinema. Empreitada*, 2ª ed., p. 115.

2. Arnoldo Wald, “A garantia a primeira demanda no direito comparado”, in *RDM* 66/5-12.

mazém depois de C lhe haver garantido que a renda será de x por cento, ou, próximo a findar-se o contrato, que A o renovará.

“O contrato de garantia não é acessório, e sim independente. Não se promete o adimplemento por parte de devedor principal, mas indenização de dano sofrido, ou determinada renda, ou outro resultado.”

6. Adotada a expressão *contrato de garantia* como designativa de um tipo contratual geral, definem-se agora, preliminarmente, e de modo estipulante, nas linhas deste estudo, (1) tipo contratual geral e (2) garantia.

6.1 Para a compreensão dos tipos contratuais gerais é indispensável um delineamento prévio – como propõe Tomasetti Júnior⁵ – da clássica tensão entre lei e fato social no âmbito da temática contratual.

Consoante seus pressupostos, concebe-se que certas operações de mercado não se subsumam aos tipos contratuais, isto é, aos modelos legais que, conformando recorrentes operações econômicas, configuram os contratos típicos. Dessa circunstância, decorre o fenômeno dos contratos atípicos.

Concebe-se, outrossim, que os contratos atípicos, e mesmo contratos típicos que, concretamente, desempenham funções discrepantes daquelas abstratamente definidas em lei, possam confrontar-se com os esquemas legais.

Dessa colisão entre práticas negociais contínuas e ordenamento legal, e na tentativa de acomodar esse fenômeno, advém a teorização dos tipos contratuais gerais.

Ora, diante da tensão entre regramento contratual legal e arranjo negocial – e aqui se vale, novamente e continuamente, de Tomasetti Júnior – caberia ao intérprete enquadrar esse último, através da expansi-

vidade do primeiro, em modelos que, compreendendo setores – não mais operações individualizadas – do processo econômico, conformam exigências mais gerais do mercado. Vale dizer, então, *modelos setoriais*, ou – para além dos modelos legais, consistentes nos contratos (típicos) em espécie – *tipos contratuais gerais*, concernentes, na dicção de Bianca,⁶ às exigências gerais da vida em sociedade captada como um complexo de relacionamentos. Dai tais modelos, ou tipos, possibilitarem uma disciplina contratual adequada às variantes que emergem da prática social.⁷

Diante disso, construir o contrato de garantia como um tipo contratual geral implica admitir:

a) a existência de operações econômicas que não se subsumem aos tipos contratuais a que o ordenamento legal atribui a função, abstrata, de garantia. Assume-se, então, que são continuamente celebrados contratos atípicos que desempenham função de garantia (tais como o contrato autônomo de garantia) e contratos típicos que, apesar de abstratamente desempenharem outra função, concretamente desempenham função de garantia (tais como os negócios fiduciários);

b) a confrontação, não rara, desses contratos atípicos e desses contratos típicos com função concreta discrepante da função abstrata com o regramento contratual legal;

c) que, diante dessa confrontação, o intérprete é chamado a analisar os contratos especiais (em espécie) que desempenham função de garantia – tipos contratuais a que o ordenamento legal atribui a função, abstrata, de garantia, tais como o contrato de fiança, hipoteca, penhor, etc. – para que, expandindo-os, possa delinear o

5. *Âmbito e Justificação do Curso*. Trata-se da apresentação do curso *Tipos Contratuais Gerais*, lecionado pelo autor na Pós-Graduação em sentido estrito da Faculdade de Direito da USP, no 1º semestre de 2004.

6. *Diritto Civile III. Il Contratto*, 2ª ed., p. 487.

7. Cf. Pier Luigi Grana, “Obbligazione di garanzia e tipicità della disciplina”, in *Contratto e Impresa* 2/586.

setor da vida econômica em que operam. Em última análise, isso implica identificar um *mercado* de garantias constituídas por contratos;

d) que, neste setor, ainda no seio dessa atividade hermenêutica, possam ser enquadrados os contratos atípicos, bem como os típicos com função concreta diferente da abstrata. Isso permite identificar, assim, a quais exigências do mercado tais contratos correspondem e, por consequência, construir o contrato de garantia como um tipo contratual geral a fim de dispor de uma disciplina jurídica aderente às necessidades socioeconômicas que os possam justificar.

6.2 No âmbito da dogmática jurídica, o termo *garantia* é polissêmico, cujos significados podem ser extraídos em consideração ao contexto no qual a palavra se insere. Observando, contudo, a utilização do termo *garantia* em diferentes contextos, é pertinente uma breve investigação acerca de uma eventual raiz comum dos diversos significados, visando auxiliar o emprego de tal da palavra, com o rigor que a boa técnica determina.

6.2.1 Nesse sentido, no contexto da teoria geral da relação jurídica, emprega-se o termo *garantia* para designar um dos elementos da relação jurídica, ao lado dos sujeitos, dos objetos e dos fatos jurídicos.⁸

Trata-se da *ação* (em sentido material), conforme dispunha o art. 75 do revogado Código Civil de 1916, ou seja, do conjunto de meios coercitivos de que está investido o titular da pretensão, em face do destinatário de dever comportamental que o inadimpliu.⁹ Do ponto de vista estrutural, portanto, *garantia* é uma *posição jurídica subjetiva ativa complexa*; quanto à sua

função, *efetiva* a pretensão, conferindo *segurança* às pessoas de seus titulares.¹⁰

6.2.2 Daí se vê a confusão terminológica desencadeada pelo art. 189 do Código Civil. A *ação*, que no Estado de Direito é predominantemente exercida através de remédios processuais (“ações”, em sentido processual), nasce com a violação da pretensão. Essa, como posição jurídica subjetiva ativa elementar, integra o direito subjetivo desde o momento em que este é atribuído a alguém, como efeito de fato jurídico que existe, vale e é eficaz.

Pode ocorrer, entretanto, que o *exercício* da pretensão seja obstado. Assim, nas relações jurídicas obrigacionais, a pretensão só pode ser exercida a partir do momento em que a prestação se torna exigível. Sendo exigível a prestação, exercida a pretensão e verificado o inadimplemento, surge, para o sujeito ativo, a *ação*, visando à satisfação do direito de crédito.

Trata-se, portanto, da projeção do conceito anterior de *garantia* (enquanto elemento da relação jurídica) no âmbito específico das relações jurídicas obrigacionais. *Garantia* significa, também aqui, *ação, posição jurídica subjetiva ativa complexa*: o complexo de meios constritivos do patrimônio do devedor (arts. 391 do Código Civil e 591 do Código de Processo Civil), visando à satisfação do crédito através da conservação e da execução de seus bens.¹¹ Daí dizer-se, como o fazem Antunes Varela¹² e Almeida Costa,¹³ que *o patrimônio do devedor constitui a garantia geral das obrigações* ou *garantia comum dos credores*, o que se admite apenas por elipse, visto que bens ou patrimônio não podem, tecnicamente, ser mais do que objeto da *garantia*.

8. Manuel Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica I. Sujeitos e Objecto*, pp. 19-28.

9. Por todos, Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946 I – Arts. 1ª-14*, 2ª ed., pp. 105-122; *Tratado das Ações I. Ação, Classificação e Eficácia*, 2ª ed., pp. 29-58.

10. Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enumerado na Teoria do Negócio Jurídico I*, p. 549.

11. Idem, *ibidem*.

12. *Das Obrigações em Geral II*, 7ª ed., p. 419.

13. *Direito das Obrigações*, 9ª ed., p. 783.

6.2.3 De qualquer forma, o ordenamento jurídico admite que se *reforce* esse poder genérico, de que todos os credores estão investidos, para satisfazer seus créditos mediante a execução da pluralidade de bens que constitui o ativo do patrimônio do devedor.

Os portugueses chamam esse *reforço* de *garantia especial*, por rebuscar, “desde sua constituição, a consistência econômico-jurídica do vínculo obrigacional”.¹⁴ O art. 300 do Código Civil também emprega essa terminologia.

De um lado, as garantias especiais têm “por objeto a responsabilização de outro ou outros patrimônios pelo cumprimento da obrigação”,¹⁵ mediante a adstrição de outra ou outras pessoas, além do devedor, à realização da prestação. Trata-se das *garantias pessoais*, mediante as quais se opera um *reforço quantitativo* da garantia do credor. Em outros termos, a garantia pessoal consiste em uma *pretensão*, que é conteúdo de uma relação jurídica acessória, *reforçando a efetividade* da pretensão conteúdo da relação jurídica principal.

Por outro lado, as garantias especiais podem ter por objeto a atribuição ao credor de “determinados direitos sobre certos bens do próprio devedor ou de terceiro”,¹⁶ o que implica uma afetação *preferencial* de certos bens ao pagamento de certas dividas. Trata-se das *garantias reais*, mediante as quais se opera um *reforço qualitativo* e, ao mesmo tempo, quantitativo, desde que, nesta última hipótese, a garantia real seja constituída por terceiro.¹⁷ Em outras palavras, a garantia caracteriza-se, aqui, por um *poder formativo*, de que está investido o beneficiário, de satisfazer, com *preferência*, seu crédito mediante a execução de um específico bem.

De um modo geral, é a função de *reforço* da garantia geral, desempenhada pelas garantias especiais, que mantém sua unidade de tratamento. Por isso, como sustenta Fragali,¹⁸ essas últimas correspondem à noção técnica de garantia, pois, conforme explica o autor, esse termo deve ser reservado àqueles casos em que há um *reforço singular da probabilidade de satisfação do crédito*, em benefício de determinado credor, caracterizado, eventualmente, pelo rompimento da *par condicio creditorum*.

Além disso, conforme corrobora Ferreira de Almeida,¹⁹ é esse o âmbito próprio dos *contratos de garantia*, na medida em que as garantias especiais constituem-se preferencialmente através de *negócios jurídicos bilaterais*, tais como o contrato de fiança (garantia pessoal), o contrato de penhor e o contrato de hipoteca (garantias reais), entre outros.

6.2.4 O Código Civil utiliza, em diversas oportunidades, o termo garantia em outros sentidos, diferentes dos até aqui expostos. Assim, quando menciona garantia por vícios ocultos (art. 445, § 2º) e garantia pela evicção (arts. 447 e 449). O Código de Defesa do Consumidor, no art. 4º, II, *d*, fala em “garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho”.

Em todos os casos, os dispositivos legais não concernem ao poder de execução dos bens do devedor por parte do credor, nem de um reforço desse poder; o foco é a *garantia do objeto das prestações contratuais*, definindo deveres do alienante ou do fornecedor,²⁰ quanto a características das coisas ou produtos e serviços prestados.

Trata-se, na verdade, de um aspecto da *ação*, conferindo-lhe amplitude em determinadas relações jurídicas cuja *preten-*

14. João de Matos Antunes Varela, *Obrigações em Geral II*, 7ª ed., p. 420.

15. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 9ª ed., p. 819.

16. *Idem*, p. 819.

17. *Idem*, p. 821.

18. “Garanzia (dir. priv.)”, in *ED*, pp. 453-454.

19. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico I*, p. 550.

20. Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico I*, p. 551.

são volta-se não só às prestações, mas também às características de seu objeto.

6.2.5 Em todos os quatro sentidos do termo *garantia* já delineados, existe a ideia de promoção da pretensão, possibilitando-lhe efetividade frente ao inadimplemento do correspondente dever comportamental. Isso acontece, seja através de posições jurídicas subjetivas ativas que, ao lado da pretensão protegida ou promovida, são conteúdo de uma mesma relação jurídica, seja através de posições jurídicas subjetivas ativas que são conteúdo de uma relação jurídica acessória, promovendo a pretensão conteúdo da relação jurídica principal. Essa é a função da garantia, independentemente de se caracterizar, estruturalmente, como ação, pretensão ou poder formativo.

Assim, em todos os casos até agora analisados, apresenta-se:

a) ou uma relação jurídica na qual a qualidade de garante coincide com a de devedor e a qualidade de beneficiário coincide com a de credor, sendo que a garantia recai sobre a totalidade dos bens correspondentes ao ativo patrimonial do devedor, visando à satisfação da pretensão creditícia conteúdo dessa mesma relação (relação jurídica obrigacional sem garantia especial, apenas com garantia geral);

b) ou uma relação jurídica na qual a qualidade de garante coincide com a de devedor e a qualidade de beneficiário coincide com a de credor, sendo que a garantia recai sobre algum ou alguns bens que foram especificamente dados em garantia, por parte do próprio devedor, visando reforçar a probabilidade da satisfação da pretensão creditícia conteúdo dessa mesma relação (relação jurídica obrigacional com garantia real prestada pelo próprio devedor);

c) ou uma relação jurídica na qual a qualidade de garante é atribuída ao devedor de uma relação acessória a uma relação principal, sendo objeto da garantia seu patrimônio ou certos bens que deu em garan-

tia, visando reforçar a probabilidade da satisfação da pretensão creditícia conteúdo da relação jurídica principal, cujo credor é beneficiário da garantia, sem prejuízo da garantia geral da relação principal (respectivamente, relação jurídica de garantia pessoal e relação jurídica de garantia real prestada por terceiro);

d) ou uma relação jurídica na qual a qualidade de garante coincide com a de devedor e a qualidade de beneficiário coincide com a de credor, sendo que a garantia corresponde à *conformidade* do bem prestado, visando à plena satisfação da pretensão conteúdo dessa mesma relação e afastando o adimplemento ruim (relação jurídica de alienação ou de consumo).

Não é exatamente isso, porém, o que se passa com um quinto e último sentido do termo *garantia*, quando empregado no contexto de *garantias autônomas*.

Essas últimas se configuram quando alguém – o garante – promete a outrem – o beneficiário – responsabilizar-se pela verificação ou não verificação de um determinado resultado.²¹ Nesse caso, a pretensão do garantido é à prestação de indenização, em vista da ocorrência ou não de determinado evento, incluído na álea contratual, que se torna exigível quando ocorrido o infortúnio.

Ora, nesse caso, a própria pretensão consiste na garantia. Conforme se verá pormenorizadamente a seguir, o poder de exigir – pretensão – a indenização é mecanismo de *redução de riscos* e de *efetivação de uma expectativa*. Vale dizer, assim, que a garantia, como pretensão, é ela mesma garantida, pela ação, na hipótese de inadimplemento de dever comportamental. Nada de tão novo até aí, pois isso ocorre na fiança. O critério de diferenciação está, portanto, em que a garantia é juridicamente autônoma quanto a qualquer relação jurídica, anterior ou contemporânea, consistindo, ela mesma, em uma relação jurídica pró-

21. Idem, p. 554.

pria, ou melhor, a garantia, estruturalmente caracterizada como pretensão, é, ela mesma, conteúdo de uma *relação jurídica autônoma*.

6.2.6 Cinco sentidos diferentes do mesmo termo, garantia, foram expostos, os quais, conforme Ferreira de Almeida,²² apresentam um ponto em comum: a função de redução dos riscos²³ advindos da *eventualidade* de violação de um direito ou de verificação de um resultado desfavorável. Tal redução se opera através de um mecanismo para a *satisfação alternativa* de interesses jurídicos ou econômicos, mecanismo este que se qualifica ou como ação, ou como pretensão, ou, ainda, como poder formativo, dependendo do caso.

Diante disso, pode-se definir garantia como um mecanismo, ou melhor, uma posição jurídica subjetiva ativa, elementar ou complexa, atribuída pelo ordenamento jurídico para a efetivação de pretensões ou expectativas,²⁴ reduzindo, assim, os riscos advindos da eventualidade do inadimplemento de um dever comportamental, ou da verificação de um resultado desfavorável ou, ainda, da não verificação de um resultado favorável. Ou, ainda, garantia é uma posição jurídica subjetiva ativa, elementar ou complexa, atribuída pelo ordenamento jurídico para suprir o inadimplemento de um dever comportamental – ou, o que dá no mesmo, a violação de uma pretensão – ou a frustração de uma expectativa.²⁵

Para fins deste estudo, considerando o tema dos tipos contratuais gerais, tratar-se-á de tais posições jurídicas subjetivas ativas quando forem atribuídas pelo ordena-

mento jurídico em decorrência de ato negocial ou, melhor ainda, de contratos cujo objeto próprio sejam as garantias.

Assim, o estudo diz respeito, essencialmente, às garantias especiais e às garantias autônomas, âmbitos próprios dos contratos de garantia, isto é, contratos que constituem, modificam ou extinguem relações jurídicas caracterizadas, em seu conteúdo, por posição jurídica subjetiva ativa funcionalizada à efetivação de pretensões ou de expectativas, reduzindo, assim, os riscos advindos da eventualidade do inadimplemento de um dever comportamental, ou da verificação de um resultado desfavorável ou, ainda, da não verificação de um resultado favorável.

7. Delimitado o âmbito de investigação do presente estudo e feitas as observações introdutórias, caberá, doravante, o tratamento dos contratos de garantia em gênero, isto é, do tipo contratual geral de garantia, e das garantias autônomas constituídas por contrato.

II – Contrato de garantia em gênero, ou tipo contratual geral de garantia

8. Os contratos de garantia caracterizam-se pela sua *causa*, isto é, por sua típica e objetiva função econômico-social,²⁶ a qual pode ser definida como a finalidade prática de redução dos riscos advindos da eventualidade do inadimplemento de um dever comportamental, ou da verificação de um resultado desfavorável ou, ainda, da não verificação de um resultado favorável, mediante mecanismos que efetivem, substitutiva ou alternativamente, expectativas. Mais simplesmente, os contratos de garantia são aqueles que têm por finalidade suprir o inadimplemento de um dever comportamental – ou, o que dá no mesmo, a violação de uma pretensão – ou a frustração de uma expectativa.

22. Idem, p. 556.

23. Riscos de incumprimento de obrigações, riscos pela evicção, vícios ocultos ou, ainda, vícios de qualidade e segurança dos bens de consumo, riscos os mais variados que são inseridos na álea dos contratos autônomos de garantia.

24. Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico I*, p. 556.

25. Idem, *ibidem*.

26. Cesare Massimo Bianca, *Diritto Civile III. Il Contratto*, 2ª ed., p. 450.

Por isso, como afirma Ferreira de Almeida,²⁷ os contratos de garantia “são negócios de risco, não um risco procurado, mas um risco previsto e acautelado, isto é, um risco prevenido que confira segurança ao seu beneficiário”.

9. Na medida em que essa função econômico-social é desempenhada por todos os *subtipos* de contratos de garantia, não se tratando, portanto, da função, específica, que cada um deles está vocacionado a desempenhar, aquela função não corresponde, senão, à *causa abstracta* dos contratos de garantia.

Nesse sentido, verifica-se que, a partir da unidade de função econômico-social, todos os *subtipos* de contratos de garantia apresentam três elementos que lhes caracterizam e os diferenciam das outras figuras contratuais, elementos esses que, ademais, delineiam o setor do processo econômico no qual podem ser enquadrados todos aqueles subtipos, permitindo, assim, a construção de um modelo setorial ou de um tipo contratual geral.

Em primeiro lugar, os protagonistas dos contratos de garantia são pessoas, que neles figuram com duas qualidades: o garante (devedor da garantia) e o garantido ou beneficiário (credor da garantia).

Em segundo lugar, os contratos de garantia apresentam uma *previsão* de violação de pretensão ou de verificação de um evento desfavorável ou, ainda, a não verificação de um evento favorável. Trata-se, em suma, de uma previsão de frustração de uma expectativa, que Ferreira de Almeida denomina *circunstância de eventualidade*.²⁸

A circunstância de eventualidade consiste em um evento futuro e incerto, desfavorável ou prejudicial ao beneficiário: inadimplemento, dano patrimonial, não advento de ganhos esperados, etc. Não se

trata de uma condição, isto é, de uma cláusula accidental dos negócios jurídicos que subordina sua eficácia a um evento futuro e incerto:²⁹ primeiro, porque a incerteza da circunstância de eventualidade concerne ao conhecimento do evento pelas partes e não necessariamente ao momento de sua verificação; segundo, porque a circunstância de eventualidade não afeta a eficácia do contrato, apenas desencadeia a potencialização de uma eficácia preexistente.³⁰ De outro lado, é possível a existência de contratos de garantia condicionados: “serei seu fiador se os lucros de sua atividade superarem x”.

Em terceiro lugar, o objeto dos contratos de garantia consiste na atribuição³¹ de posição jurídica subjetiva ativa – a garantia propriamente dita – ao beneficiário. E, em atenção à bilateralidade do fenômeno jurídico, destina-se ao garante uma posição jurídica subjetiva passiva de garantia, isto é, aquela cujo conteúdo é a eliminação de um risco que, quando concretizado, desatando a circunstância de eventualidade, torna exigível sua prestação, dela não se eximindo, nem sequer, por caso fortuito ou força maior.³²

Daí a definição de contratos de garantia como aqueles que *atribuem, ao benefi-*

29. Idem, *ibidem*.

30. Assim, Emilio Betti, *Teoria Generale delle Obbligazioni I. Prolegomeni: Funzione Economico-Sociale dei Rapporti d'Obbligazione*, p. 44.

31. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*, 10ª ed., p. 127.

32. Fábio Konder Comparato, “Obrigações de meios, de resultado e de garantia”, in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, pp. 537 e 539. O autor é impreciso ao afirmar que a simples assunção do risco consiste no adimplemento da prestação do devedor garante. O adimplemento se refere a um dever comportamental que só se torna exigível quando se verifica a circunstância de eventualidade. Nos contratos de garantia bilaterais, a contraprestação é exigível porque o garante assumiu um dever, e o adimplemento ou inadimplemento só terá lugar posteriormente. A assunção do risco é um bem, uma utilidade proporcionada ao beneficiário, a qual não passa do plano dos motivos do contrato, que não são relevantes.

27. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico I*, p. 557.

28. Idem, p. 558.

ciário, posição jurídica subjetiva ativa que, ao se verificar um evento futuro e incerto que possa prejudicá-lo, satisfaz, substitutiva ou alternativamente, pretensões ou expectativas. A simples atribuição implica, desde o nascimento do contrato, uma diminuição dos riscos que advêm da simples possibilidade de ocorrência do evento futuro e incerto.

10. Em patamar menos abstrato de raciocínio e categorização dos contratos, aparece o conceito de *causa concreta*, como a razão concreta, a finalidade prática que as partes efetivamente ligaram ao seu acordo, a função que, concretamente, o contrato desempenha.³³

No campo dos contratos de garantia, quando se passa a analisar cada um dos *subtipos*, em atenção às finalidades práticas que, concretamente, cada um deles promove, verifica-se uma variação dos *elementos* que, abstratamente, emergem de sua função econômico-social, ao mesmo tempo em que surgem outros elementos necessários para efetuar a discriminação entre os subtipos.

Quanto a estes novos elementos, importa assinalar que, para a distinção dos *subtipos* torna-se necessário distinguir os

contratos em consensuais e reais. Há, destarte, contratos de garantia que existem, na medida em que se verifique o simples consenso das partes contratantes; e há outros que existem na medida em que ocorra um fato jurídico de direito das coisas que institua a garantia, tais como a tradição ou o registro.

Além disso, quanto ao objeto dos contratos de garantia, importa distinguir entre unidade e duplicidade dos objetos. A regra é que o objeto seja uno, isto é, ocorra apenas uma atribuição, a atribuição da garantia, mas o ordenamento legal ou mesmo a declaração das partes podem estabelecer duplicidade de objeto. Segundo Ferreira de Almeida,³⁴ quando esta se verifica, isto é, quando ocorre outra atribuição – correspondente à contraprestação – p. ex., de prêmio, de comissão, etc., a função econômico-social é mista, ocorrendo garantia + troca.

Considerando as variações dos elementos que decorrem da função econômico-social dos contratos de garantia, somadas a essas observações complementares, ou seja, em atenção à sua causa concreta, é possível expor os subtipos dos contratos de garantia em um quadro, conforme a seguinte ilustração:

	Existência	Garante	Circunstância de eventualidade	Objeto mediato da atribuição ao beneficiário	Objeto mediato da atribuição ao garante	Tipo contratual
Garantias reais	Constituição	Devedor ou terceiro	Inadimplemento	Coisas móveis ou direitos	–	Penhor
	Constituição	Devedor ou terceiro	Inadimplemento	Coisa imóvel	–	Hipoteca
	Constituição	Devedor ou terceiro	Inadimplemento	Coisa imóvel e seus rendimentos	–	Anticrese

cont. ...

33. Cesare Massimo Bianca, *Diritto Civile III. Il contratto*, 2ª ed., p. 453.

34. Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico I*, p. 559.

... cont.

	Existência	Garante	Circunstância de eventualidade	Objeto mediato da atribuição ao beneficiário	Objeto mediato da atribuição ao garante	Tipo contratual
Garantias obrigacionais (acessórias)	Promessa/Consenso	Terceiro	Inadimplemento	Dinheiro	–	Fiança
	Promessa/Consenso	Banco (terceiro)	Inadimplemento	Dinheiro	Comissão	Fiança Bancária
	Promessa/Consenso	Sociedade Controladora do devedor/Banco	Inadimplemento	Dinheiro	–	Garantia Aparente
Garantias obrigacionais (autônomas)	Promessa/Consenso	Qualquer pessoa, menos o beneficiário	Sinistro ou insucesso	Dinheiro	–	Garantia autônoma simples
	Promessa/Consenso	Banco	Sinistro ou insucesso	Dinheiro	Comissão	Garantia bancária autônoma
	Promessa/Consenso	Companhia de Seguros	Sinistro	Dinheiro	Prêmio	Seguros com função de garantia autônoma

Diante disso, nota-se que é fundamental considerar a causa concreta dos subtipos de contratos de garantia para qualificá-los e interpretá-los, distinguindo-os entre si, como figuras afins por apresentarem a mesma causa abstrata.

II. Dentro do quadro exposto, é possível identificar que a figura típica dos contratos de garantia – isto é, o modelo legal característico quanto ao desempenho da função de garantia, e que também é o mais recorrente – é a fiança.³⁵

São dois os dados fundamentais do contrato de fiança que por ora interessam: sua acessoriedade e sua subsidiariedade.

A primeira implica sua dependência funcional para com a pretensão garantida.³⁶ Na verdade, o contrato de fiança se subordina ao contrato principal e o acompanha em todas as suas vicissitudes.³⁷ Dai que não existe, juridicamente, fiança com valor superior ao da obrigação principal (art. 823 do Código Civil); é excluído o poder formativo de celebrar fiança se o contrato principal for nulo, salvos os casos de mútuo feito a menor ou de incapacidade pessoal do devedor (art. 824 do Código Civil); está investido o fiador do poder de opor exceções extintivas da obrigação que são atribuídas ao devedor, salvo o caso de mútuo a menos (art. 837 do Código Civil);

35. Pier Luigi Grana, “Obbligazione di garanzia e tipicità della disciplina”, in *Contratto e Impresa* 2/587-588.

36. Idem, p. 572.

37. Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, 4ª ed., p. 83.

o fiador, que é destinatário da obrigação – mas não da dívida principal – ao pagá-la, em vista do incumprimento do devedor, adimple, operando-se, então, a subrogação (legal), prevista no art. 831 do Código Civil (podem incidir, outrossim, regras estabelecidas no contrato entre fiador e afiançado, no que concerne ao exercício do direito de regresso que o fiador tem relativamente ao devedor); entre outros.

Já a segunda – subsidiariedade – consiste em uma modalidade de coordenação entre as relações principal e acessória, de forma a graduar, ocorrido o adimplemento por parte do fiador, a relação de fiança relativamente à relação garantida.³⁸ Esta característica do contrato de fiança é dispositiva (art. 828 do Código Civil), ao contrário da acessoriedade, que é cogente. Desarte, verifica-se a subsidiariedade nos benefícios de ordem (arts. 827 do Código Civil e 595 do Código de Processo Civil) e de excussão (art. 839 do Código Civil).

Dito isso, em outras oportunidades desse estudo – até para que ele não fique repetitivo – especialmente quando se tratar dos outros subtipos dos contratos de garantia, serão feitas referências a outros aspectos dessa figura típica que, topicamente, forem relevantes para uma comparação entre eles.

III – Contrato de garantia em espécie: o contrato autônomo de garantia e as garantias autônomas

12. A garantia autônoma obteve consagração legal – conforme referência feita por Mônica Jardim na sua tese de mestrado sobre garantias autônomas³⁹ – apenas na antiga Tchecoslováquia (Código do Co-

mércio Internacional tchecoslovaco, de 1963),⁴⁰ na antiga República Democrática Alemã (Lei sobre contratos econômicos internacionais, de 1976)⁴¹ e na antiga República Socialista da Iugoslávia (Lei sobre obrigações e contratos, de 1978).⁴²

Em alguns países Árabes (Bahrein, Kuwait, Iraque, República Democrática e Popular do Yêmen) a figura seria regulada através de legislação indireta,⁴³ e na Arábia Saudita através de “*tender regulations*”, que seriam circulares governamentais.

Em países como o Egito, a Turquia, a Líbia, a Birmânia, o Irã e a Síria, que são importadores de tecnologia e normalmente beneficiários de garantias, têm sido elaboradas normas precisas acerca da garantia autônoma que deve ser emitida a favor de um ente público que opere com uma organização estrangeira.

Mas tais normas, se determinam o tipo de garantia a ser prestada, não dão a noção de garantia autônoma, nem fixam um regime, limitando-se a obrigar os sujeitos nacionais a exigir uma garantia “à primeira solicitação”, sem limitação alguma, e exigível perante um banco local, contragarantido por um banco estrangeiro.

Nos países da Europa Ocidental a garantia autônoma apresenta-se como um tipo contratual de origem sócio-jurisprudencial.

40. O art. 672º do Código do Comércio Internacional checoslovaco estabelece que na garantia à primeira solicitação o banco não podia opor ao beneficiário as exceções derivadas do contrato base; bem como que o art. 675º do mesmo Código estabelecia que nas relações comerciais internacionais como sendo próprio do crédito documentário, era também aplicável à garantia autônoma na medida em que a natureza desta o permitisse.

41. O art. 255º estendia à garantia autônoma a disposição sobre o crédito documentário e algumas normas reguladoras da fiança, nomeadamente as normas sobre pluralidade de devedores (art. 247º) e sobre direito de regresso (art. 250º).

42. Arts. 1.083 a 1.087.

43. No sentido de referência geral, com preocupação de outras ordens e não o estabelecimento de seu regramento estrutural.

38. Pier Luigi Grana, “Obbligazione di garanzia e tipicità della disciplina”, in *Contratto e Impresa* 2/572.

39. Defendida em setembro de 1998 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, perante uma banca constituída pelos Professores Doutores Pinto Monteiro, Antonio Menezes Cordeiro e Calvão da Silva.

Na Alemanha, depois de uma discussão sobre a reforma das garantias pessoais, a decisão final inclinou-se para a não regulação, temendo-se que a estruturação do *Garantievertrag* em um só país pudesse romper a uniformidade existente no mercado internacional.

Se a opção fosse por normas supletivas, elas seriam inúteis, uma vez que poderiam ser derogadas pelas partes, e caso fossem elaboradas normas imperativas, elas poderiam impedir os agentes econômicos alemães de recorrer a esta vantajosa garantia, pela negativa de outros contraentes de se subordinarem a tais normas.⁴⁴

12.1 O início da utilização da garantia autônoma, em Portugal, segundo Rebelo Martins e Oliveira Ferreira,⁴⁵ parece ter ocorrido em 1973, com a crise do petróleo e a subsequente procura, pelos países produtores de petróleo, de bens e serviços mediante a exigência da prestação de garantias autônomas.

Segundo estes autores, as taxas de juro se afastaram rapidamente das comissões cobradas por garantias, e houve ainda fixação aos bancos de limites⁴⁶ de concessão de crédito aos quais as garantias não estavam sujeitas.

Haveria, portanto, dois tipos de vantagens: uma primeira, relacionada com o baixo valor da comissão cobrada para estas operações (de apenas 2,5% ao ano), comparados com os de uma taxa de juro de imobilização financeira (naquela época, em função da inflação, na casa dos 25% ao ano); bem como o fato de esta operação não ser levada em conta para o preenchimento dos seus *plafonds* de crédito.

44. Verificar informação de Alfredo Calderale, "Garantie autonome in Italia, revisione delle norme uniforme per le garanzie contrattuali e riforma dell'art. 5^o dell'UCC", in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, p. 656, 1991.

45. José A. Rebelo Martins e Ernesto de Oliveira Ferreira, *Garantias Bancárias*, p. 21.

46. Na terminologia portuguesa "plafonds de concessão de crédito".

12.2 Tanto nos Estados Unidos quanto no Canadá, as instituições de crédito estariam impedidas de emitir garantias de cumprimento de uma obrigação de um terceiro – acessórias ou autônomas –, por força da chamada *no-guaranty rule*,⁴⁷ que foi afirmada pela primeira vez no caso *Talman vs. Rochester City Bank*⁴⁸ e confirmada, depois, por inúmeras decisões.

Mas a grande procura do mercado os impeliu a encontrar uma solução, tendo sido criada, em especial, para o domínio da construção civil no Oriente Médio, a *stand-by letter of credit*, nesses casos pagáveis "upon simple demand".

A *stand-by letter of credit* deriva da letra de crédito (entre nós letra de câmbio) tradicionalmente usada como meio de pagamento nas vendas internacionais de bens e, por isso, chamada *commercial letter of credit*.

Distinguir-se-ia desta, porque no caso de uma *stand-by letter of credit*, o banco é obrigado a pagar logo que o beneficiário lhe apresenta os documentos que comprovam que o seu cliente não executou as prestações devidas ou não pagou a dívida, enquanto que, no caso de uma *commercial letter of credit*, o banco só é obrigado a pagar quando o beneficiário lhe apresenta os documentos que comprovam que executou corretamente as suas obrigações contratuais.⁴⁹⁻⁵⁰

47. Visa, esta regra, evitar a exposição das instituições a operações de risco que possam comprometer a solidez financeira.

48. Neste feito, um credor-beneficiário propôs uma ação contra um banco, que havia assumido a posição de garante de seu devedor. O Tribunal, ao decidir sobre a responsabilidade do Banco, afirmou que a prestação de garantia de débitos de outrem não faz parte da atividade que os bancos são autorizados a desenvolver.

49. Sobre este assunto, verificar o comentário "Fraud in the transaction: enjoining letters of credit the Iranian revolution", in *Harvard Law Review* 93 (1979-1980), pp. 992-993.

50. A *stand-by letter of credit* envolveria assim mais riscos para o devedor do contrato-base do que a *commercial letter of credit*, uma vez que os

A *stand-by letter of credit* é um instrumento de suporte financeiro usado para uma gama de atividades financeiras e comerciais muito mais extensa do que aquela em que é utilizada a garantia autônoma. E poderia ser definida como “qualquer letra de crédito ou análogo instrumento por efeito do qual um sujeito se obriga face ao beneficiário a restituir o dinheiro emprestado ao devedor garantido, a pagar o débito assumido por este último, ou a ressarcir os danos derivados do descumprimento do contrato de base”.⁵¹

Seria, portanto, a *stand-by letter of credit* ambivalente: pode corresponder a um instrumento de pagamento, tal como a *commercial letter of credit*, ou constituir o substituto da garantia autônoma europeia.

As seguradoras norte-americanas, por seu turno, subscrevem regularmente (embora não lhes seja da preferência) garantias destinadas a assegurar o cumprimento das obrigações de seus clientes.

Garantias estas que se denominam *surety bonds*, e se subdividem em *conditional* (as mais comuns) e *unconditional bonds*, conforme o garante assume uma obrigação acessória ou uma obrigação autônoma e à primeira solicitação.

13. Em virtude da crescente importância e difusão da garantia autônoma nas relações comerciais internacionais, houve, desde cedo, muito debate em torno da uniformização jurídica ao regime de contratos deste tipo.

A Comissão da Comunidade Europeia redigiu, na reunião de 1º e 2 de março de 1979, com base no relatório do Max-Planck-Institut de Hamburgo, um projeto, nunca aprovado, de Diretiva visando a harmonização do direito aplicável às principais garantias pessoais, em cujo art. 9º ns. “1” e “2” é definido o contrato de garantia

autônoma como: “O contrato pelo qual o garante se responsabiliza perante o beneficiário, isto é, o credor dum terceiro, a responder total ou parcialmente pelas perdas financeiras sofridas pelo beneficiário em resultado do descumprimento, por esse terceiro, duma obrigação presente ou futura, sendo a obrigação do garante independente da extensão, da validade, ou do caráter exequível da obrigação do terceiro”.⁵²

Houve, ainda, trabalho realizado pela CCI (Câmara de Comércio Internacional) juntamente com a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional com o fim de buscar Regras Uniformes sobre garantias contratuais, que culminou com um Grupo de Trabalho sobre Práticas Comerciais Internacionais, que, em onze sessões, de 1990 a 1995, elaborou um projeto de Convenção das Nações Unidas sobre as garantias independentes e as letras de crédito *stand-by*, tendo todos os Estados e organizações interessados sido convidados a participar na elaboração do projeto, quer na qualidade de membros, quer de observadores plenamente habilitados a usar da palavra e a apresentar propostas.

A Assembleia Geral de 11 de dezembro de 1995 adotou e abriu à assinatura ou adesão a Convenção das Nações Unidas sobre as garantias independentes e as letras *stand-by*, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2000.

A referida convenção compõe-se de vinte e nove artigos subdivididos por nove títulos que têm o seguinte objeto: âmbito de aplicação (arts. 1º a 4º), regras de interpretação (arts. 5º e 6º), forma e conteúdo do compromisso de garantia (arts. 7º a 12), os direitos, as obrigações e as exceções oponíveis (arts. 13 a 19), providências cautelares (art. 20), conflitos de lei (arts.

documentos apresentados pelo beneficiário ao garante já não comprovam o cumprimento do contrato-base por parte do beneficiário.

51. Cf. *Comptroller of the Currency* 12, CFR § 7, 1160 (1981).

52. Pretendia, o projeto encomendado pela Comissão ao Instituto Max-Planck, um estudo comparativo sobre a fiança no direito dos Estados-membros, e, na base dele, adotou-se o Projeto da Diretiva.

21 e 22), regras relativas à ratificação (arts. 23 a 29).

Segundo o art. 2º a Convenção aplica-se aos compromissos internacionais independentes ou *stand-by letters of credit*,⁵³ assumidos por um banco ou uma outra instituição ou pessoa (garante), de pagar ao beneficiário um certo montante ou montante determinável a pedido simples ou acompanhado de outros documentos, de acordo com os termos e as condições do compromisso, que indiquem, ou dos quais possa ser deduzido, que o pagamento é devido em virtude da não execução de uma obrigação ou de qualquer outra eventualidade, ou em virtude de um empréstimo, de um adiantamento de dinheiro, ou do vencimento de uma dívida do dador da ordem ou de outra pessoa.

14. De um modo geral, as garantias autônomas surgiram na prática das relações comerciais internacionais, porque a entidade garantida não queria ficar na dependência da aplicação de regras específicas sobre a fiança, vigentes em cada país, derivadas, em particular, do fato de se invocarem objeções baseadas nas relações do cliente do banco garante (devedor garantido) com o credor estrangeiro.

Acresce-se, a isto, o fato de os parceiros negociais, mormente no domínio internacional, poderem não conhecer a solvabilidade e credibilidade do devedor e garante (p.ex., fiador), exigindo uma garantia mais sólida.

Tradicionalmente, a garantia era entendida ligada a um crédito, sendo, por isso, acessória deste, com as respectivas consequências, mas, pelos motivos indicados, passou a admitir-se uma garantia desligada do crédito, que não tendo por referência um débito, subsistia independentemente das vicissitudes deste, conferindo maior solidez ao credor.

53. A Convenção não é aplicável ao crédito documentário.

Daí que a garantia autônoma tenha se autonomizada da fiança, com regras próprias, mas mantendo os pressupostos básicos desta figura, em particular a natureza contratual.

15. Também denominada garantia bancária, na medida em que, frequentemente, o papel de garante tem sido assumido por entidades bancárias, a garantia autônoma é constituída por um negócio jurídico atípico, produto da liberdade contratual. Além disso, a garantia autônoma é também conhecida por garantia pura, incondicional, abstrata, independente, ou por garantia (bancária) automática,⁵⁴ à primeira solicitação, à primeira interpelação ou de pagamento imediato.

Trata-se de um tipo de garantia que, na fórmula mais comum, é prestada por uma entidade, normalmente um banco, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro, uma soma pecuniária previamente acordada, ao beneficiário da garantia, logo que este prove o descumprimento de determinado contrato por parte do terceiro (contrato autônomo de garantia simples), ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação (contrato autônomo de garantia automática ou “à primeira solicitação”), mas abdicando desde logo, em ambos os casos, a opor ao beneficiário quaisquer exceções derivadas tanto da sua relação com o terceiro garantido, como da relação jurídica cujo cumprimento garante.⁵⁵

54. Como se verá, a “garantia automática” ou “à primeira solicitação” é apenas uma modalidade, apesar de claramente a mais importante. Na medida em que se distingue a figura dos institutos tradicionais, como a fiança, o que acaba por distingui-la não é a sua automaticidade, mas a sua autonomia.

55. Verificar Inocêncio Galvão Telles, “Garantia bancária autônoma”, in *O Direito* 3-4/283, 1988, para quem “A garantia autônoma é a garantia pela qual 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 qualquer meios de defesa relacionados com esse contrato”.

Às vezes, a posição de garante é assumida por uma companhia de seguros (subtipo determinado pela natureza de sujeito que presta a garantia), funcionando o seguro como *garantia autônoma*.

A constituição de uma garantia autônoma implica a concessão eventual de um crédito equivalente ao do montante garantido, mediante uma contrapartida (denominada na doutrina portuguesa de comissão).

O garante recebe uma contraprestação para, na eventualidade de ocorrência de certos fatos (circunstância de eventualidade), pagar uma quantia a terceiro, constituindo-se credor do garantido por essa importância.

A garantia é representada, portanto, por uma pretensão ao recebimento de uma determinada soma em dinheiro, independentemente da natureza da obrigação assumida.

O garante, perante o credor, responsabiliza-se pelo pagamento de uma obrigação própria e não pelo cumprimento de uma dívida alheia (do garantido); não se trata de garantir o cumprimento da obrigação do devedor, mas, antes, de assegurar o interesse econômico do credor beneficiário da garantia.

Dito de outro modo, a garantia não pressupõe a existência de uma assunção de dívida, em que o banco (assuntor) assume a obrigação de pagar a dívida de outrem (antigo devedor), nos termos previstos nos artigos 595² e seguintes do Código Civil Português, ou dos arts. 299 e ss. do Código Civil, pois o garante constitui-se devedor de uma obrigação própria, ainda que relacionada com a dívida do garantido.

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 encon-

trar 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.

O contrato de garantia, celebrado entre o banco e o credor beneficiário tem natureza causal: a função de garantia. E, quanto à forma, este contrato segue o regime geral dos negócios jurídicos.

Com o pagamento que o garante faça ao credor beneficiário, extingue-se, nessa medida, a obrigação do devedor garantido para com o seu credor, ficando o garante subrogado nos direitos do credor beneficiário.⁵⁶

Independentemente da subrogação, o autor da garantia, por via do contrato celebrado com o devedor garantido, quando paga ao beneficiário, fica, por este efeito, credor da importância despendida, acrescida de despesas e juros em relação àquele que o encarregou de tal incumbência, nos termos ajustados.

Através da garantia autônoma, evita-se o dispêndio da prestação de caução, ao mesmo tempo em que se vincula o garante ao cumprimento de uma obrigação alheia, levando a que ele pressione o obrigado a cumprir pontualmente, sem ter de se imiscuir na relação deste com o credor.

As outras vantagens e inconvenientes da garantia autônoma são os mesmos das garantias pessoais, como a fiança e o aval, com a particularidade da economia.

O credor fica melhor assegurado, primeiro porque o garante não lhe pode opor meios de defesa derivados da relação garantida e, segundo, o beneficiário não tem de fazer a prova dos pressupostos que legitimam a pretensão de pagamento.

56. Art. 346, inc. III do Código Civil brasileiro de 2002 ("Art. 346. A subrogação opera-se, de pleno direito, em favor: (...) III – do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado no todo ou em parte") e art. 592² do Código Civil português.

16. As garantias autônomas constituem-se pelos contratos autônomos de garantia, também denominados contratos de risco, que são, conforme Ferreira de Almeida,⁵⁷ aqueles pelos quais o garante promete ao beneficiário assumir o risco pela verificação de um resultado futuro ou pela manutenção de uma determinada situação, ficando obrigado ao pagamento de uma prestação equivalente ao prejuízo emergente ou à cobertura do lucro esperado. São contratos atípicos,⁵⁸ em sentido estrito, apesar de serem sócio-jurisprudencialmente típicos.

Sua primeira construção doutrinária data de 1886 e se refere à monografia de Stammler, denominada *Der Garantievertrag*.

Trata-se de um contrato não acessório, isto é, a prestação do garante *independe* do inadimplemento de um dever comportamental do devedor, decorrendo, na verdade, de outros infortúnios, de riscos atípicos, no dizer de Cicala.⁵⁹ Esse é, fundamentalmente, o critério de sua diferenciação para com todos os demais subtipos dos contratos de garantia, podendo ser recortado dessa ampla categoria por um traço negativo:⁶⁰ o evento que torna exigível a prestação do garante *não* é o inadimplemento de um dever comportamental (geralmente uma obrigação, em sentido estritíssimo).

16.1 Para extrair as consequências dessa afirmação com acerto, é necessário interpretar o fenômeno através da teoria da *causa da atribuição*.

Conforme esclarece Bianca,⁶¹ predomina na Itália a noção unitária de causa,

segundo a qual a causa do contrato compreende a causa da atribuição. Nesse sentido, se o contrato exerce uma função econômica que promove interesses mercedores de tutela, ele se justifica, seu amparo pelo ordenamento jurídico é relevante, o ato de autonomia privada pode, enfim, ser reconhecido. As atribuições patrimoniais, que implicam posições jurídicas subjetivas passivas do sujeito que as realiza, estão, assim, justificadas.⁶²

Diferente é a posição de Pontes de Miranda,⁶³ que vê na causa da atribuição a causa do contrato. Essa noção de causa também é unitária, mas está no extremo oposto da doutrina italiana majoritária: enquanto esta determina a causa da atribuição através da causa do contrato, Pontes de Miranda⁶⁴ determina a causa do contrato através da causa da atribuição:

“A causa é a função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia. A causa fixa, na vida jurídica, o ato. (...). De certo modo, sintetiza os efeitos essenciais do ato jurídico, porque os prefigura, os esquematiza, os debuxa em traços gerais, típicos.

“A causa refere-se à atribuição. Tantos tipos de atribuição, tantas as causas. (...) A causa só diz respeito à atribuição, e a atribuição é a mesma, na compra-e-venta, na troca, na locação e na transação. (...) Pense-se no que é atribuição, no que é comum à operação de transferir, pessoal ou realmente, de um patrimônio a outro.”

É outra a noção de causa para Ascarelli,⁶⁵ quem rompe o conceito unitário de

57. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico I*, p. 554.

58. Os Estados Unidos da América são um dos poucos países que tipificaram, legalmente (*statute law*), a figura.

59. “Sul contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile* 2/143.

60. Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico I*, p. 562.

61. *Diritto Civile III. Il Contratto*, 2ª ed., p. 455.

62. Assim também Pier Luigi Grana, “Obbligazione di garanzia e tipicità della disciplina”, in *Contratto e Impresa* 2/582.

63. *Tratado de Direito Privado III. Parte Geral – Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*, 3ª ed., pp. 78-123.

64. *Idem*, pp. 78-79.

65. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, 2ª ed., pp. 61-72. Na p. 67, o autor afirma: “O problema da causa do negócio deve, a meu ver, ser mantido dis-

causa. Para este autor, coexistem causa do contrato e causa da atribuição, as quais absolutamente não se confundem: a causa do contrato, ou do negócio, é sua função econômica, sua finalidade prática, que constitui a razão do reconhecimento e da tutela que o ordenamento jurídico dispensa ao ato; a causa da atribuição é uma razão objetiva lícita que justifica a assunção de um vínculo obrigacional ou a constituição ou transferência de um direito real. Em suma, a causa da atribuição serve à proteção daquele que é gravado por uma atribuição patrimonial, bem como à tutela dos interesses de seus credores.

Adotando, neste estudo, a opinião de Ascarelli, e admitindo a tripartição da causa da atribuição patrimonial em *credendi*, *solvendi* e *donandi*, tem-se que a novidade trazida pelas garantias autônomas, relativamente às chamadas garantias especiais das obrigações, está em que sua causa não é *solvendi*, como nestas, mas sim *credendi* ou *donandi*.

16.2 Nas chamadas garantias especiais das obrigações, estabelece-se uma situação de acessoriedade entre a obrigação (dever comportamental) que se garante, ou, o que dá no mesmo, a pretensão cuja violação se busca suprir, e o exercício da garantia, isto é, o desencadear de seu mecanismo.⁶⁶ Na fiança, por exemplo, o credor-garantido – ou credor-beneficiário – só pode exercer sua pretensão à prestação do garante – pretensão esta que é a garantia propriamente dita – quando verificado o inadimplemento do devedor na relação jurídica principal. Em outras palavras, a prestação da relação jurídica acessória, de fiança, só se torna exigível depois de violada a pretensão conteúdo da relação jurídica principal (art. 818 do Código Civil).

Vale dizer, assim, que a atribuição patrimonial ao credor garantido, por parte do

fiador-garante, de uma pretensão à prestação, só se justifica *solvendi causae*, na medida em que supõe obrigação de um devedor principal a que o fiador também se obriga a adimplir. Assim, Pontes de Miranda:⁶⁷ “a causa *solvendi* supõe dever ou obrigação do próprio agente, ou de terceiro, que aquele adimpla”.

A mesma situação ocorre nos contratos de penhor e de hipoteca. A atribuição patrimonial de um direito real ao credor pignoratício ou hipotecário (e aqui o poder formativo destaca-se como a garantia propriamente dita) por parte do devedor pignoratício ou hipotecário ou por parte de terceiro, só se justifica na medida em que se supõe um dever comportamental de adimplir, em relação jurídica dita principal (art. 1.419 do Código Civil).

Nas garantias especiais, enfim, “a prestação de garantia também supõe relação jurídica, logicamente *posterius*, entre o que presta e o que é credor, ou entre o credor e outrem a favor de quem se presta. Num e noutro caso, embora se trate de segurança (que não deixa de ser atribuição), a causa é *solvendi*”.⁶⁸ E Pontes de Miranda⁶⁹ ainda arremata: “Não há por onde se negar que o dador de garantia pignoratícia, hipotecária, anticrética, ou de fiança, pratica ato com causa *solvendi*”.

16.3 Já nas garantias autônomas, tal situação de acessoriedade absolutamente não existe⁷⁰ e é, inclusive, incogitável: simplesmente, o risco não se reporta a uma

67. *Tratado de Direito Privado III. Parte Geral – Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*, 3ª ed., p. 83.

68. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado III. Parte Geral – Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*, 3ª ed., 84.

69. *Idem*, *ibidem*.

70. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado XLIV. Parte especial – Direito das Obrigações: Expedição. Contrato de Agência. Representação de Empresa. Fiança. Mandato de Crédito. Constituição de Renda. Promessa de Dívida. Reconhecimento de Dívida. Comunidade. Edição. Representação Teatral, Musical e de Cinema. Empreitada*, 2ª ed., p. 116.

tinto daquele da causa das atribuições patrimoniais, apesar da conexão”.

66. Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico I*, p. 562.

situação jurídica, anterior, simultânea ou futura, uma vez que a garantia não se exercita em virtude de inadimplemento. Este, em outras palavras, não é elemento de suporte fático, mas pode ser incluído como um infortúnio qualquer, sem essa sua característica própria.

Assim, enquanto na fiança a circunstância de eventualidade que torna exigível a prestação do fiador-garante corresponde ao *inadimplemento*, na garantia autônoma a circunstância de eventualidade consiste na *não obtenção de uma vantagem patrimonial*: o inadimplemento é o descumprimento de um dever comportamental, que só se verifica, portanto, *quando e se* for exigível; a não obtenção de uma vantagem patrimonial é a omissão de um fato de enriquecimento, cuja existência e apreciação independem de um juízo valorativo.⁷¹ Em suma, há uma *identidade qualitativa* entre a obrigação do devedor principal e a obrigação do fiador, que não se observa nos contratos autônomos de garantia.

Pontes de Miranda⁷² esclarece essa situação: “Se o risco, pelo qual se responde, é por falta de adimplemento, a garantia parece-se com a da fiança; mas, em vez de se prometer o adimplemento pelo devedor, o que se promete é a indenização pela falta de adimplemento, podendo dar-se, o que frequentemente ocorre, que se indenize o risco, mesmo se inválido o negócio jurídico, ou se não se concluiu, juridicamente, o negócio jurídico. O art. 1.488 [atual 824] do Código Civil não é invocável”.

Em outras palavras, conforme Garofalo,⁷³ o adimplemento, nesse caso, é con-

siderado somente como fato, como simples evento na sua materialidade e objetividade, e o único juízo possível é formulado em termos de verificação ou não verificação do evento.

Nesse sentido, a atribuição de pretensão ao credor-garantido, por parte do devedor-garante – e aqui se percebe que nos contratos autônomos de garantia sempre há coincidência de garante e beneficiário com devedor e credor, tendo em vista que a situação econômica setorial esgota-se em uma só relação jurídica – se justifica *donandi causae* ou *credendi causae*.

16.4 Na primeira hipótese – *causa donandi* – o garante, por simples liberalidade – do ponto de vista jurídico – não contrai crédito a seu favor.⁷⁴ Em outras palavras, o garante alivia, desde logo, o risco que recai sobre o garantido, sem correspondente jurídico, ainda que possa ter interesse moral ou econômico. O contrato é unilateral.

16.5 Na segunda hipótese – *causa credendi* – o garante, como equivalência da assunção do risco – que é um decréscimo patrimonial, na medida em que se contrai uma posição jurídica subjetiva passiva – recebe do garantido pretensão à comissão ou ao prêmio.⁷⁵ O contrato é bilateral.⁷⁶

74. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado III. Parte Geral – Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*, 3ª ed., 1970, p. 85: “a *causa donandi* supõe que nem se crie crédito a favor de alguém, nem se solva dívida. Só um dá, sem outra causa que a de inserir bem da vida no patrimônio de outrem. A unilateralidade do sacrifício, através do tempo, faz ressaltar que só se quis o enriquecimento de outrem, o que permite (...) que se defina de modo negativo a *causa donandi*”.

75. Adotou-se, portanto, o conceito de Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado III. Parte Geral – Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*, 3ª ed., pp. 82-83: “se, como equivalência do que se decresce ao seu patrimônio, o outorgante há de obter do outorgado direito, pretensão, ação, ou exceção, ou outro bem da vida, a causa diz-se *causa credendi*”.

76. Para Pontes de Miranda, o *Garantievertrag* é sempre unilateral, só vinculando o garante. “Se nele se pôs a cláusula de dever o outro contratante prestar mensalidade, ou levar a cabo o que em-

71. Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico I*, pp. 562-563.

72. *Tratado de Direito Privado XLIV. Parte especial – Direito das Obrigações: Expedição. Contrato de Agência. Representação de Empresa. Fiança. Mandato de Crédito. Constituição de Renda. Promessa de Dívida. Reconhecimento de Dívida. Comunidade. Edição. Representação Teatral, Musical e de Cinema. Empreitada*, 2ª ed., p. 116.

73. “Per un’applicazione dell’exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile* 5/632-633.

Ocorre, aqui, função mista de garantia + troca, e essa será sempre a causa concreta que caracteriza a maior parte dos subtipos do contrato autônomo de garantia, como o contrato de seguro,⁷⁷ bem como o contrato autônomo de garantia bancária, figura típica dos contratos autônomos de garantia.

17. A respeito destes últimos, parte da doutrina os denomina garantias bancárias à primeira solicitação (*on first demand* ou *a prima richiesta*),⁷⁸ visto que se identificam por uma cláusula que lhes impõe um regramento comum:⁷⁹ verificada a circunstância

preendeu, há contrato inominado, no qual se têm de observar as regras jurídicas peculiares à vinculação do outorgado e as regras jurídicas especiais sobre o contrato de garantia, regras jurídicas, essas, não escritas” (*Tratado de Direito Privado XLIV. Parte Especial – Direito das Obrigações: Expedição. Contrato de Agência. Representação de Empresa. Fiança. Mandato de Crédito. Constituição de Renda. Promessa de Dívida. Reconhecimento de Dívida. Comunidade. Edição. Representação Teatral, Musical e de Cinema. Empreitada*, 2ª ed., p. 115).

77. O contrato de seguro desempenha função mista de garantia + troca, em virtude da pretensão que tem o segurador ao recebimento do prêmio (art. 757 do Código Civil). Trata-se de um contrato de garantia, sempre que sua finalidade prática seja a de suprir a frustração de uma pretensão ou de uma expectativa. Nesse sentido, não será sempre que o contrato de seguro poderá ser qualificado como um subtipo dos contratos de garantia. Na verdade, o contrato de seguro não é um tipo simples, e é constituído por uma combinação constante de elementos que enseja a construção uma categoria mais geral, isto é, de um tipo contratual geral de contratos de seguro.

Com efeito, os contratos de seguro apresentam vários subtipos, tendo todos em comum a natureza de empresário segurador de uma das partes (art. 757, parágrafo único, do Código Civil) e o modo de cálculo da prestação da outra parte (o prêmio devido pelo segurado), o que confere peculiaridade à aleatoriedade do contrato de seguro.

Outra diferença do contrato de seguro relativamente aos outros subtipos de contrato de garantia é a não existência de direito de regresso, nem de sub-rogação. A indenização, quando paga porque se verificou o sinistro, é suportada exclusivamente pelo fundo comum.

78. No Brasil, o artigo pioneiro de Arnaldo Wald, “A garantia a primeira demanda no direito comparado”, in *RDM* 66/5-12.

79. Este não deixa, contudo, de ser um outro critério de classificação do contrato autônomo de

de eventualidade, o beneficiário, credor do banco-garante, interpela este último, seu devedor, alegando a ocorrência do fato e solicitando o pagamento de soma em dinheiro, a título de indenização, sem que o banco-garante possa opor-lhe exceções decorrentes da relação jurídica entre ele – beneficiário – e devedor “principal”.⁸⁰

Com efeito, a circunstância de eventualidade dos contratos autônomos de garantia pode consistir: (i) na verificação de um evento prejudicial ou na não verificação de um evento esperado (por exemplo, não aferição dos lucros esperados); (ii) no fato do inadimplemento ou adimplemento ruim de um dever comportamental, por parte de um terceiro, devedor do beneficiário em uma outra relação jurídica.

Apesar do regramento comum, em virtude da cláusula “a primeira solicitação”, é no bojo do segundo subtipo de contrato autônomo de garantia bancária – qual seja, aquele cuja circunstância de eventualidade consiste no fato do inadimplemento ou adimplemento ruim – que se apresentam inúmeros subtipos de tal subtipo, em uma escala que tende ao infinito, quando se considera a variação de elementos, bem

garantia, referente à *automaticidade*. Assim, existem garantias autônomas simples e garantias autônomas automáticas. Na primeira, o beneficiário, para exigir o cumprimento da obrigação do garante, tem que provar o incumprimento da obrigação do devedor ou qualquer outro evento que seja pressuposto da constituição do seu crédito face ao garante. Assim, o beneficiário terá de provar que o evento, cujo risco originou a promessa do garante, verificou-se realmente. Na segunda, em que normalmente é incluída a cláusula de pagamento à primeira solicitação (“on first demand”, “upon first demand”, “auf erstes anfordern”, “à première demande”, “prima richiesta”), o beneficiário está isento de tal prova, devendo o garante entregar-lhe imediatamente a quantia pecuniária fixada ao seu primeiro pedido. A simples afirmação por este feita de que o fato se produziu (de que a outra parte não cumpriu o contrato) bastaria para colocar o banco na situação de ter de efetuar o pagamento pedido, sem mais indagações.

80. Luigi Garofalo, “Per un’applicazione dell’*exceptio doli generalis* romana in tema di contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile* 5/629.

como a inserção de novos elementos, trazidas pela análise da causa concreta.

Nesse sentido, o contrato autônomo de garantia pode servir como garantia do pagamento de uma dívida determinada que o devedor contraiu perante o credor (subtipo do *repayment bond*) ou para a falta de devolução de pagamento antecipado (subtipo do *advance payment bond*, *Anzahlungs-garantie* ou ainda *garantie de rembursement*).

Mas a garantia autônoma tem sido mais frequentemente usada como caução de uma eventual indenização derivada de um potencial descumprimento de obrigações, em especial para o caso de não cumprimento do dever de realizar a obra no contrato de empreitada.

Seria ainda possível subdistinguir, desta última situação, 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 de oferta, cuja função é desempenhada pelo *bid bond* (ou *promessa mediante anúncio público*, *garantia de honorabilidade da proposta*, ou *garantia de subsistência da oferta*, *tender guarantee*, *bietungsgratzie*, *garantie de soumission*, *garanzia di offerta*); segundo, de que o contraente realizará a prestação a que se vinculou (garantia de que o empreiteiro efetuará a obra no prazo acordado); terceiro, de que o contraente cumprirá a prestação de forma não defeituosa (por exemplo, garantia de boa execução do contrato, sem defeitos). Estas duas últimas correspondem à designada *performance bond* (garantia de boa execução, *performance guarantee*, *leistungs-, lieferungs- oder erfüllungsgarantie* ou *gewährleistung*, ou ainda *garantie de bonne exécution*, ou de *bonne fin*, *garanzie di buona esecuzione*).

A garantia autônoma ainda pode ser usada com função idêntica à do seguro: por exemplo, como garantia de que a mercadoria embarcada chegará ao destino em boas condições.

Tanto a garantia autônoma, em quase todas as suas modalidades, como determinado tipo de seguro, pretendem assegurar um risco: o risco de inadimplemento de um contrato.

Nestas hipóteses em que a garantia autônoma tem em vista a indenização por um eventual descumprimento do contrato, o seu objeto é qualitativamente diverso do da obrigação assumida pelo devedor garantido (talvez outro subtipo decorrente do critério pelo tipo de obrigação diversa assumida pelo garante).

18. A doutrina italiana identifica alguns problemas práticos nos contratos autônomos de garantia automática e cuja circunstância de eventualidade consiste no fato do inadimplemento ou adimplemento ruim. Tais problemas podem ser assim sistematizados:

a) Renúncia, por parte do garante, ao poder de opor exceções.

Em se tratando de uma relação jurídica independente, o garante renunciaria a exercer qualquer exceção referente à existência, validade e eficácia da relação jurídica entre o beneficiário e o devedor “principal”.⁸¹ Poderia, porém, repetir o que pagou indevidamente.⁸² Há autores, porém, que sustentam que tal renúncia só ocorreria quando tal cláusula estiver expressa no instrumento contratual.⁸³

81. Não haveria prejuízo, somente, como é óbvio, das exceções fundadas na própria relação derivada do contrato autônomo de garantia, entre o garante e o beneficiário.

82. Francesco Galgano, *Diritto Civile e Commerciale* II. 2 – *Le Obbligazioni e i Contratti. I Singoli Contratti. Gli Atti Unilaterali e i Titoli di Credito. I Fatti Illeciti*, 3ª ed., p. 444.

83. Luigi Garofalo, “Per un’applicazione dell’*exceptio doli generalis* romana in tema di contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile* 5/632.

De qualquer forma, essa renúncia seria o fundamento de que, mediante a interpelação do garante, por parte do beneficiário, solicitando o pagamento em vista da simples afirmação da ocorrência da circunstância de eventualidade, a prestação daquele já se tornaria exigível.

b) Direito de regresso do garante em face do devedor “principal”.

A celebração de um contrato autônomo de garantia implicaria a conclusão de um mandato entre o garante e o devedor “principal”. Este se caracterizaria na medida em que a comissão exigida pelo banco para a prestação da garantia seria suportada pelo devedor, uma vez que se inseriria no custo global da operação. Assim entende Tommaseo,⁸⁴ para quem, em virtude desse mandato, efetuado o pagamento por parte do garante, este se legitimaria para o exercício de uma *actio mandati contraria* contra o devedor “principal”.

Galgano⁸⁵ e Cicala⁸⁶ acrescentam que a autonomia de tais contratos seria apenas relativa. Nesse sentido, se a acessoriedade é inoperante nas relações entre o garante e o beneficiário, é, ao contrário, operante nas relações entre o devedor “principal” e o credor garantido. Assim, o pagamento recebido pelo beneficiário, se não for justificado pela relação “principal”, é sujeito à repetição. Mas quem tem legitimidade para exercer a repetição é o devedor “principal”, uma vez que o garante renunciou a tal poder, sendo sujeito de uma relação, aí sim autônoma, com o beneficiário. Estaria, desse modo, formada uma corrente: o garante exerceria a *actio mandati contraria* contra o devedor “principal”, quem, por sua vez, exerceria a repetição contra o cre-

dor-garantido, em face de um enriquecimento sem causa.

De outro lado, conforme Garofalo,⁸⁷ a existência de um mandato, entre devedor “principal” e garante, implicaria que o direito de regresso, por parte desse último, não se constituiria quando este houvesse violado o dever de pontual pagamento da indenização, demandada pelo beneficiário.

c) Ilicitude do contrato “principal”.

Segundo Garofalo,⁸⁸ a ilicitude do contrato “principal” seria o único vício que se comunicaria ao contrato autônomo de garantia, tornando-o nulo por ilicitude da causa. Daí a necessidade de se descrever, no instrumento do contrato autônomo de garantia, a “relação-base”, que fundamenta o primeiro.⁸⁹

IV – Garantias autônomas na jurisprudência do STJ

19. O *leading case* é, sem dúvida, o Recurso Especial 3.673 de Minas Gerais, tendo sido Relator o Ministro Fontes de Alencar. O que mais interessa, nesse momento, são os votos dos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro. O problema versa essencialmente sobre a natureza da aposição de assinatura por parte do garantidor em instrumento contratual, na posição de coobrigado.

Questiona o Ministro Sálvio de Figueiredo de Teixeira: “existiria uma nova modalidade de garante, ao lado do avalista e do fiador?”. Termina por responder: “o pretenso ‘garante solidário’ não passa de um devedor (CPC, art. 568, I) e como tal obrigado, e de forma ainda mais ampla que o fiador, quer por dispensar a anuência do cônjuge (embora incidente a Lei 4.121/

84. “Autonomia negoziale e tutela giurisdizionale nei rapporti di garanzia a prima richiesta”, in *Rivista di Diritto Civile* 2/7.

85. *Diritto Civile e Commerciale* II. 2 – *Le Obbligazioni e i Contratti. I Singoli Contratti. Gli Atti Unilaterali e i Titoli di Credito. I Fatti Illeciti*, 3ª ed., p. 444.

86. “Sul contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile* 2/144.

87. “Per un’applicazione dell’*exceptio doli generalis* romana in tema di contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile* 5/636.

88. *Idem*, p. 635.

89. No mesmo sentido, Raffaele Cicala, “Sul contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile* 2/151.

1962), quer por não dispor do benefício de ordem, com o qual é contemplado o fiador por força de lei (CPC, art. 595, CC, art. 1.491)".

Aparentemente, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira parece ter reconhecido um tipo de negócio jurídico diferente da fiança, pelo qual o garante está obrigado de forma mais ampla do que o fiador.

Pontes de Miranda,⁹⁰ ao tratar dos contratos de garantia – neste trabalho denominados contratos autônomos de garantia – afirma: "A assinatura aposta a contrato de locação, na qualidade de coobrigado, não é, em caso de dúvida, fiança, mas promessa de garantia independente da dívida que resulte do contrato de locação". E prossegue: "Também há promessa de garantia, e não fiança, se foi dito 'sob garantia pelo capital e juros', em negócio jurídico de cessão. Bem assim, a promessa de indenização pelo que, a propósito de alguma operação mercantil, ou outra razão, possa a outra pessoa sofrer". Depois, diz o autor, em uma frase que parece tomar como sinônimas a eficácia do contrato de garantia e a da promessa de garantia:⁹¹ "Nos contratos de garantia ou promessas de garantia, o credor não é adstrito a acionar o devedor. Não há acessoriedade, nem subsidiariedade".

Portanto, o caso consubstanciaria uma hipótese de garantia autônoma, seja formada por contrato autônomo de garantia, seja formada por negócio jurídico unilateral (promessa de garantia)?

20. No voto do Ministro Athos Gusmão Carneiro, é lembrada a figura da soli-

dariedade e, especialmente, o art. 915 do Código Civil de 1916, atual art. 285: "Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que pagar". O sistema contempla, pois, a possibilidade de haver devedor solidário a quem não interessa a dívida, ou, pode-se dizer, não seja beneficiado por ela.

Seria o caso, então, de solidariedade? E será que, no Brasil, a disciplina dos contratos autônomos de garantia não estaria concentrada no regime das dívidas solidárias?

Ao tratar da solidariedade, Pontes de Miranda⁹² afirma: "É solidária a obrigação de quem assume, em reforço, a dívida (adesão à dívida, *Schuldbeitritt*, ou coassunção de dívida, *Schuldmitübernahme*, como preferiu Hans Reichel): quem adere à dívida assume-a independentemente, e não acessoriamente, nem como obrigado secundário (...)" Mas "a obrigação do assumente não se irradia se a obrigação do devedor não existia (e.g., era nulo ou ineficaz o negócio jurídico), ou se o negócio jurídico foi desconstituído por ser anulável, ou rescindido. (...) Tal figura jurídica é inconfundível com a fiança".⁹³ Trata-se, em suma, do negócio de *assunção cumulativa da dívida*,⁹⁴ em adesão *solidarizante*.

No caso em análise, por conseguinte, tratar-se-ia de uma promessa de garantia – distinta do contrato autônomo de garantia pela sua unilateralidade – ou de uma assunção cumulativa da dívida?

Como se viu, a distinção é de todo relevante. Se se tratar de negócio constitutivo de garantia autônoma (contrato autôno-

90. *Tratado de Direito Privado XLIV. Parte Especial – Direito das Obrigações: Expedição. Contrato de Agência. Representação de Empresa. Fiança. Mandato de Crédito. Constituição de Renda. Promessa de Dívida. Reconhecimento de Dívida. Comunidade. Edição. Representação Teatral, Musical e de Cinema. Empreitada*, 2ª ed., p. 116.

91. Nesse sentido, a promessa de garantia seria um negócio jurídico unilateral, enquanto o contrato de garantia seria uma promessa de dívida que se bilateraliza.

92. *Tratado de Direito Privado XXII. Direito das Obrigações: Obrigações e suas Espécies. Fontes e Espécies de Obrigações*, 2ª ed., p. 336.

93. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado XXII. Direito das Obrigações: Obrigações e suas Espécies. Fontes e Espécies de Obrigações*, 2ª ed., pp. 337-338.

94. No mesmo sentido, Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones I*, p. 513.

mo de garantia ou promessa de garantia), o garante é sujeito de uma relação jurídica com o beneficiário que absolutamente não se reporta à relação deste com o devedor principal. Nesse caso, o garante não adimpe, mas indeniza.

Se se tratar, entretanto, de uma assunção cumulativa da dívida, em adesão solidarizante, com função de garantia, ocorre um negócio não acessório, porque, na solidariedade, há simultaneidade, não solidariedade das dívidas.⁹⁵ Mas o garante-assumente pode se opor ao pagamento através da alegação de inexistência da obrigação de seu codevedor (diretamente interessado), por nulidade, ineficácia, ou por ter sido o negócio rescindido (vício genético, que não se confunde com resolução) ou desconstituído por anulabilidade. De um modo geral, o garante está adstrito ao adimplemento, na qualidade de devedor solidário (e é por isso que não há que se falar em acessoriedade, visto que há uma só situação jurídica; não há simultaneidade). O garante-assumente não deve, enfim, uma indenização, como o deve o garante – autônomo.

A conclusão pela qualificação de um ou outro negócio surge somente no caso concreto. Solidariedade, assim como a fiança, não se presume; mas basta que esteja implícita através do emprego de expressões comuns no tráfico jurídico, como “solidariamente”, “com solidariedade”, “um por todos”, “juntos e de per si”, “cada um pelo todo”, entre outras.⁹⁶ Em caso de

dúvida, porém, é de se adotar a opinião de Pontes de Miranda: tratar-se-ia de contrato autônomo de garantia ou de promessa de garantia.

Parece, portanto, que ambos os Ministros chegaram muito próximo da qualificação do negócio jurídico celebrado. Não é uma simples fiança. Dependendo do contexto do caso, tratar-se-ia ou de uma assunção cumulativa de dívida, que engendra solidariedade, ou de um contrato autônomo de garantia ou promessa de garantia.

V – Conclusão

Estabelecendo uma relação entre tipo contratual geral e contrato autônomo de garantia, observou-se que este é um subtipo daquele. Mas se observou também que o contrato autônomo de garantia também tem vários subtipos, caracterizados ora pela natureza de uma das partes, ora pela sua unilateralidade ou bilateralidade, ora por ambos. Todos eles são contratos causais:⁹⁷ desempenham uma função socioeconômica que o ordenamento jurídico considera relevante para dispensar-lhe tutela, qual seja, a diminuição de um risco através da responsabilização do garante não pelo inadimplemento, mas por um resultado desfavorável qualquer. Não se trata

95. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado XLIV. Parte Especial – Direito das Obrigações: Expedição. Contrato de Agência. Representação de Empresa. Fiança. Mandato de Crédito. Constituição de Renda. Promessa de Dívida. Reconhecimento de Dívida. Comunidade. Edição. Representação Teatral, Musical e de Cinema. Empreitada*, 2ª ed., pp. 104-105.

96. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado XXII. Direito das Obrigações: Obrigações e suas Espécies. Fontes e Espécies de Obrigações*, 2ª ed., pp. 337-338. No mesmo sentido, Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones I*, p. 335.

97. Fulvio Mastropaolo, *I Contratti Autonomi di Garanzia*, pp. 228-229. Cf. Vincenzo Roppo, *Il Contratto*, p. 397, para quem o contrato autônomo de garantia é abstrato, mas se trataria de uma “abstração causal”: é abstrato, porque o garante deve pagar sem poder opor exceções baseadas na relação da qual nasce o crédito garantido; é causal, porque a abstração menciona a causa do contrato, sendo a própria causa, ou seja, a razão justificativa é dar ao credor uma garantia insensível às exceções que podem ser invocadas em uma garantia fidejussória tradicional. Em sentido semelhante, Francesco Galgano, *Diritto Civile e Commerciale II. 2 – Le obbligazioni e i Contratti. I Singoli Contratti. Gli Atti Unilaterali e i Titoli di Credito. I Fatti Illeciti*, 3ª ed., p. 445, para quem a verdadeira razão pela qual o contrato autônomo de garantia é considerado válido na Itália consiste na grande difusão internacional do tipo contratual, tendo de ser adotado sob pena de um isolamento comercial.

de um negócio abstrato. A ideia de autonomia relaciona-se à independência que este contrato guarda para com outras relações jurídicas, realçando sua diferença relativamente às garantias especiais quanto à causa da atribuição.

Viu-se, outrossim, que os subtipos dos contratos autônomos de garantia têm, por sua vez, outros subtipos; caso dos con-

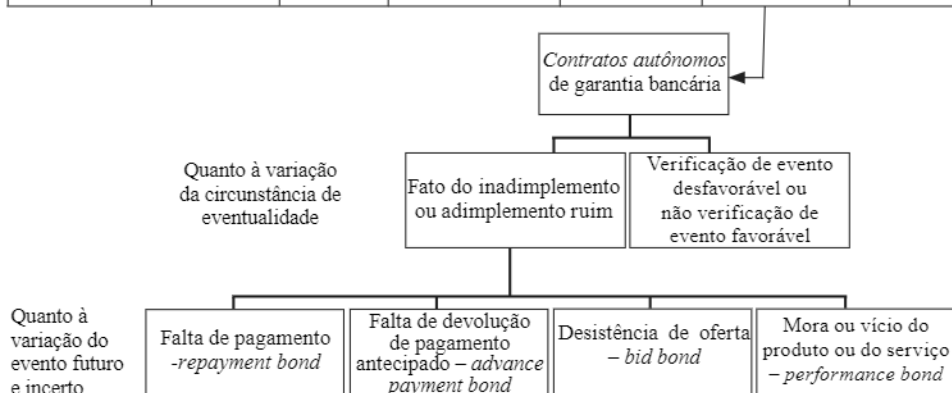
tratos autônomos de garantia bancária, que, consoante sua circunstância de eventualidade, podem ser distinguidos em dois subtipos. Trata-se, assim, da variação, a partir da consideração da causa concreta, que o elemento circunstância de eventualidade experimenta. Dentro daquele quadro exposto acima, esta situação poderia ser assim completada:

	Existência	Garante	Circunstância de eventualidade	Objeto mediato da atribuição ao garante	Objeto mediato da atribuição ao beneficiário	Tipo contratual
Garantias obrigacionais (autônomas)	Promessa/Consenso	Banco	Sinistro ou insucesso	Dinheiro	Comissão	Garantia bancária autônoma



Com base no que foi exposto, poderiam, na esteira deste, ser ilustrados muitos outros quadros, como por exemplo:

	Existência	Garante	Circunstância de eventualidade	Objeto mediato da atribuição ao garante	Objeto mediato da atribuição ao beneficiário	Tipo contratual
Garantias obrigacionais (autônomas)	Promessa/Consenso	Banco	Sinistro ou insucesso	Dinheiro	Comissão	Garantia bancária autônoma



Concretamente, portanto, os elementos dos contratos autônomos de garantia podem variar, além de ser possível incluir outros elementos, como se observou.⁹⁸ Na prática, essa combinação fará resultar uma multiplicidade dos contratos autônomos de garantia, que se apresentam em uma infinidade de casos, podendo, todos, ser agrupados graças à noção de *causa*. E é exatamente esta noção, pois, que permite o delineamento de um setor do processo econômico e a consequente construção de um modelo setorial correspondente, que consiste no tipo contratual geral de garantia, ou contrato de garantia em gênero.

Bibliografia

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 9ª ed. Coimbra, Almedina, 2003.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral II*. 7ª ed. Coimbra, Almedina, 1997.

98. O aval, por não ser contrato, não foi mencionado, mas basta dizer que não caracteriza uma garantia autônoma, na medida em que o avalista adimple, ou seja, ele responde pelo inadimplemento do avalizado. A causa é *solvendi*, tanto que a obrigação do avalista é modelada pela do avalizado (art. 32 do Decreto 57.663/1966 e art. 27 do Decreto 57.595/1966).

Poderia ser citada, outrossim, a garantia que o fornecedor assume, convencionalmente, pela qualidade dos produtos e serviços destinados aos consumidores, mas é discutível se ela realmente se qualifica como autônoma. Na Alemanha, discute-se se a garantia de durabilidade (*Halbbarkeitgarantie*) é ou não autônoma. Em geral, entende-se que elas apenas reforçam o regime legal de qualidades asseguradas, razão pela qual não passam de um aspecto da garantia legal. Pontes de Miranda entende que tais garantias são autônomas (*Tratado de Direito Privado XLIV. Parte Especial – Direito das Obrigações: Expedição. Contrato de Agência. Representação de Empresa. Fiança. Mandato de Crédito. Constituição de Renda. Promessa de Dívida. Reconhecimento de Dívida. Comunidade. Edição. Representação Teatral, Musical e de Cinema. Empreitada*, 2ª ed., p. 115).

ASCARELLI, Tullio. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1969.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. 10ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle Obbligazioni I. Prolegomeni: Funzione Economico-Sociale dei Rapporti d'Obbligazione*. Milão, Giuffrè, 1953.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile III. Il Contratto*. 2ª ed. Milão, Giuffrè, 2000.

BOZZI, Giuseppe. *La Fideiussione*. Milão, Giuffrè, 1995.

CALVÃO DA SILVA, João. “Cartas de conforto”, in *Estudos de Direito Comercial (Parcerias)*. Coimbra, Almedina, 1996.

CICALA, Raffaele. “Sul contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile* 2/43-151, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Parcerias de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel. *Teoria Geral da Relação Jurídica I. Sujeitos e Objecto*. Coimbra, Almedina, 1992.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico I*. Coimbra, Almedina, 1992.

GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale II. 2 – Le Obbligazioni e i Contratti. I Singoli Contratti. Gli Atti Unilaterali e i Titoli di Credito. I Fatti Illeciti*. 3ª ed. Turim, Cedam, 1999.

GAROFALO, Luigi. “Per un’applicazione dell’*exceptio doli generalis* romana in tema di contratto autonomo di garanzia”, in *Rivista di Diritto Civile* 5/629-661, 1996.

GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*. Coimbra, Almedina, 2000.

- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Aval – Alcance da Responsabilidade do Avalista*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1993.
- GRANA, Pier Luigi. “Obbligazione di garanzia e tipicità della disciplina”, in *Contratto e Impresa* 2/562-589, 1996.
- JARDIM, Mónica. *A Garantia Autônoma*. Coimbra, Almedina, 2002.
- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones I*. Madri, Revista de Derecho Privado, 1958.
- MARTINEZ, Pedro Romano; e DA PONTE, Pedro Fuzeta. *Garantias de Cumprimento*. 4ª ed. Coimbra, Almedina, 2003.
- MASTROPAOLO, Eugenio Maria. “Autonomia contrattuale e patto di non alienazione di specifici beni a fini di garanzia nel contratto di mutuo”, in *Rassegna di Diritto Civile* 1/74-93, 1999.
- MASTROPAOLO, Fulvio. *I Contratti Autonomi di Garanzia*. Turim, Giappichelli, 1989.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Das Cartas de Conforto*. Lisboa, Lex, 1993.
- MINNITI, Giuseppe. “Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia”, in *Rivista del Diritto Commerciale* 1-2/29-66, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado III. Parte Geral – Negócios Jurídicos. Apresentação. Conteúdo. Forma. Prova*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsói, 1970.
- _____. *Tratado de Direito Privado XXII. Direito das Obrigações: Obrigações e suas Espécies. Fontes e Espécies de Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Borsói, 1958.
- _____. *Tratado de Direito Privado XLIV. Parte Especial – Direito das Obrigações: Expedição. Contrato de Agência. Representação de Empresa. Fiança. Mandato de Crédito. Constituição de Renda. Promessa de Dívida. Reconhecimento de Dívida. Comunidade. Edição. Representação Teatral, Musical e de Cinema. Empreitada*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Borsói, 1963.
- _____. *Comentários à Constituição de 1946 I – Arts. 1º-14*. 2ª ed. São Paulo, Max Limonad, 1953.
- _____. *Tratado das Ações I. Ação, Classificação e Eficácia*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1972.
- PORRETI, Antonella. *Lettere di Patronage*. Turim, Giappichelli, 1991.
- REBELO MARTINS, José A.; e OLIVEIRA FERREIRA, Ernesto. *Garantias Bancárias*. Lisboa, Banco do Espírito Santo e Comercial de Lisboa, 1983.
- ROPPO, Vincenzo. “Il contratto”, in IUDICA, Giovanni; e ZATTI, Paolo. *Trattato di Diritto Privato*. Milão, Giuffrè, 2001.
- SOARES DA VEIGA, Vasco. *Direito Bancário*. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 1997.
- TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. *Âmbito e Justificação do Curso [de Tipos Contratuais Gerais]*. São Paulo, s.e., 2003.
- WALD, Arnoldo. “A garantia a primeira demanda no direito comparado”, in *RDM* 66/5-12, 1987.

