

AS GARANTIAS EMPRESARIAIS ATÍPICAS PRESTADAS POR TERCEIROS SOB A ÓTICA DOGMÁTICA E ECONÔMICA

Ana Paula Mageste*

Giacomo Grezzana**

Marcelo Matos Amaro da Silveira***

1. INTRODUÇÃO



outorga de garantias em contratos empresariais possui efeitos não só jurídicos, mas igualmente econômicos. Por um lado, a garantia funciona, no dizer de Hugh Collins, como uma sinalização de confiança de que o contrato será cumprido – confiança essa necessária à construção da relação comercial entre as partes e, *a fortiori*, do próprio mercado. Por outro lado, a outorga de uma garantia atua como forma de sanção ao inadimplemento do devedor tendencialmente mais efetiva do que as sanções legais disponíveis e, nesse sentido, mais interessante ao credor.¹

Não seria exagero tratar a garantia como verdadeira

* Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Advogada.

** Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado.

*** Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos/MG. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont. Advogado.

¹ COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 102.

“refêm” entregue ao credor: atua como mecanismo de pressão sobre o devedor, no sentido de privá-lo do bem dado em garantia, em caso de não cumprimento do contrato. Obviamente, o bem dado em garantia deve ser relevante a ponto de o devedor preferir cumprir o contrato a perdê-lo. A outorga da garantia ajuda, assim, a construir uma relação contratual que se utilize o mínimo possível do aparato estatal para ser cumprida – um *self enforcing contract*.²

Embora a lei disponha sobre instrumentos típicos de garantia (de que são exemplos a fiança, o penhor, a hipoteca, a anticrese e a alienação fiduciária em garantia), nem sempre tais figuras conseguem comportar os efeitos jurídicos e econômicos concretamente buscados pelas partes. Sobretudo a vida empresarial, tão dinâmica quanto variada, impõe a necessidade de a praxe de criar novas figuras – atípicas – para cumprir esse papel.

Tais novas figuras são tão mais seguras para o empresário quanto mais a sua utilização for reiterada no ramo. A percepção dos participantes do mercado, de que determinada prática reiterada possui algo de vinculante, confere previsibilidade quanto ao tratamento de tal nova figura, ainda que tal tratamento não provenha da Lei. Este é precisamente o problema da tipicidade social dos contratos ou, como aqui se pretende, dos novos formatos de garantias empresariais.

A questão que se põe, então, é definir como essas novas garantias atípicas se relacionam com as figuras típicas já conhecidas e com o regramento das garantias em geral no direito brasileiro. Também impende analisar como estas figuras são construídas na prática e quais os incentivos para que as partes a elas recorram em detrimento de figuras típicas.

O capítulo 2 deste artigo abordará o conceito de garantia e seu regramento geral no direito brasileiro, indicando ainda, de forma sucinta, os traços característicos das garantias de terceiros (subcapítulo 2.1). Na sequência, o capítulo 2 analisará as

² COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*, p. 115-116.

garantias de terceiros típicas em seu subcapítulo 2.2, para conseguir divisá-las das garantias de terceiros atípicas no subcapítulo seguinte (2.3). Superado esse ponto, o artigo propõe-se a analisar de forma específica duas garantias empresariais atípicas no direito brasileiro, a saber: o contrato de garantia autônoma (capítulo 3) e as cartas de conforto (capítulo 4). No capítulo 5, serão discutidos os incentivos econômicos e os custos de transação envolvidos na concessão de garantias. Por fim, serão apresentadas as conclusões do trabalho (capítulo 6).

2. SOBRE AS GARANTIAS DAS OBRIGAÇÕES

2.1. VISÃO GERAL SOBRE A GARANTIA DAS OBRIGAÇÕES

2.1.1. DEFINIÇÃO E REGIME DAS GARANTIAS

A palavra “garantia” não possui definição em nossa Lei e, mesmo na doutrina, não é utilizada de forma unívoca. Pestana de Vasconcelos já apontava a dificuldade de sistematizar um Direito das Garantias, visto que as garantias são normalmente tratadas de forma esparsa dentro das figuras típicas conhecidas no Direito das Obrigações, Direitos Reais, Direito Comercial e Direito Bancário, imbricando-se no regime da execução, da insolvência e da prática comercial. O Direito das Garantias adquire, assim, verdadeiro caráter transversal, articulando-se com diversas matérias e perpassando os regimes de diferentes institutos.³

Para além dessa dificuldade, a regulamentação das garantias no direito brasileiro sofre de um “*excesso de tipologias fechadas*”⁴, que prejudica não só a construção de um sistema geral a todas as garantias, mas nada ou pouco acrescenta à

³ PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *Direito das garantias*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 31.

⁴ A expressão é de Fábio Rocha Pinto e Silva (*Garantias das Obrigações*. São Paulo: Editora IASP, 2017, p. 150).

construção de uma disciplina das garantias atípicas. Embora os direitos reais de garantia constituam um rol fechado, em vista do *numerus clausus* que é característico aos direitos reais, o mesmo não se pode dizer das garantias pessoais, para as quais vige a regra geral da atipicidade (Código Civil, art. 425).

O Código Civil dita normais gerais apenas para as garantias reais (Livro III, Título X, Capítulo I). Para fora desse capítulo, apenas as figuras típicas do penhor (art. 1.431 e ss.), hipoteca (art. 1.473 e ss.), anticrese (art. 1.506 e ss.), fiança (art. 818 e ss.) e propriedade fiduciária (art. 1.361 e ss.) encontram regulação no Código. A legislação especial regula a alienação fiduciária em garantia (Lei 9.514/97, Lei 4.728/65, Decreto-Lei 911/69). A formulação de um conceito de “garantia” precisa dar conta de todas essas figuras típicas e de outras figuras atípicas já surgidas na prática e que ainda possam vir a surgir. Além disso, ainda é preciso justificar a utilidade de uma categorização autônoma das garantias em geral, para se criar normas aplicáveis a toda a categoria.

Apesar da sua regulamentação em hipóteses fechadas, o vocábulo “garantia” é utilizado para fazer menção a várias figuras distintas. “Garantia” pode significar desde a proteção contra vícios redibitórios e evicção (chamadas garantias de fruição), até obrigações de garantia propriamente ditas, que englobam obrigações securitárias, passando também por técnicas de reforço do cumprimento das obrigações (comumente denominadas garantias de cumprimento).⁵ Esse tripé é de onde se deve extrair um conceito de garantia sistematicamente adequado ao direito brasileiro.

O primeiro eixo do tripé são as garantias de fruição, as

⁵ Este tripé foi identificado na doutrina nacional por SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das Obrigações*, p. 33-34. Maria Helena Diniz também perpassa estas mesmas hipóteses, embora sem adotar uma classificação específica (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 2: Teoria Geral das Obrigações. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 224). Na doutrina italiana, Fulvio Mastropaolo segue a mesma abordagem (*I contratti autonomi di garanzia*. Turim: Giappichelli, 1989, p. 24-26).

quais podem ser definidas como a proteção contra os efeitos de atos humanos que interfiram nas situações subjetivas de terceiros, que não decorram de inadimplemento contratual.⁶ Trata-se de remédios predispostos pela legislação para assegurar que a pessoa titular de um direito poderá dele fruir.⁷ Exemplos de garantias de fruição são a evicção (Código Civil, art. 447 e ss.) e os vícios redibitórios (Código Civil, art. 441 e ss.), bem como a garantia do empreiteiro por vícios de solidez e segurança da obra (Código Civil, art. 618).

O segundo eixo são as obrigações de garantia, dentro das quais se incluem o contrato de seguro. Comparato coloca as obrigações de garantia como um *tertium genus* ao lado das obrigações de meio e de resultado. Enquanto, na obrigação de meio, o conteúdo da obrigação é a atividade diligente do devedor em vista do resultado almejado e, na obrigação de resultado, o conteúdo é o próprio alcance de um resultado determinado, a obrigação de garantia se exaure na “*eliminação de um risco que pesa sobre o credor*”⁸. O garante não assume a obrigação de evitar a ocorrência dos eventos cobertos pela garantia, mas coloca-se em posição de responder pelas consequências negativas do evento.

O terceiro eixo é o das garantias de cumprimento ou garantia das obrigações. Estas são as mais comuns e consistem no reforço quantitativo ou qualitativo do crédito, um aumento da proteção contra a inexecução da prestação pelo devedor.⁹ Este eixo abrange as garantias reais e as pessoais (ou de terceiros), como ver-se-á mais adiante. São exemplos de garantias de cumprimento o penhor, a hipoteca, a anticrese, a fiança, as cartas de conforto, as garantias autônomas, entre várias outras

⁶ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das Obrigações*, p. 66.

⁷ MASTROPAOLO, Fulvio. *I contratti autonomi di garanzia*, p. 26-27 (embora o autor critique essa classificação).

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *Revista dos Tribunais*, v. 56, n. 986, p. 26-35, dez. 1967, p. 34.

⁹ PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *Direito das garantias*, p. 47-48; SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das Obrigações*, p. 68.

modalidades, que possuem uma estrutura comum de garantia. Dentro desse terceiro eixo é possível, ainda, incluir a chamada garantia geral das obrigações, que certas vezes é apontada como o primeiro nível de concreção da palavra.¹⁰ Ela engloba todo o patrimônio do credor, nos termos do artigo 391 do Código Civil e 789 do Código de Processo Civil. Essa garantia geral acompanha toda obrigação que for constituída e seja exigível, e engloba a totalidade do patrimônio do devedor.¹¹

Como colher um conceito de garantia ao qual se possam subsumir os três eixos acima? A tarefa não é fácil, dada a heterogeneidade das situações cobertas. Já se afirmou na doutrina portuguesa que garantia não seria nem mesmo um termo técnico-jurídico, mas apenas uma expressão da prática.¹² No Brasil, os textos doutrinários costumam identificar as garantias com as garantias de pagamento¹³ ou apenas as classificam, sem defini-las.¹⁴ Em que pese tais dificuldades, um conceito de garantia sistematicamente conforme ao direito brasileiro deve conseguir explicar as diferentes situações abarcadas no tripé apontado acima.

O que nos parece comum a todas as hipóteses do tripé é que todas as garantias têm a função de proteger o beneficiário contra um certo fato: o risco de ocorrência de um determinado fato indesejável ou das consequências negativas de tal fato. O

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. As cartas de conforto: modalidades e eficácias. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; BODIN DE MORAES, Maria Celina; e MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coords.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 433-463, p. 434.

¹¹ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das Obrigações*, p. 267-268.

¹² MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das Obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 14.

¹³ Assim, por exemplo, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III: Contratos. 21. ed. rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 357; TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Vol. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 14. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 162.

¹⁴ Como faz, por exemplo, Eduardo Espínola ao tratar das medidas preestabelecidas de garantia (*Garantia e extinção das obrigações*. 1. ed. atual. por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005, p. 256 e ss.).

critério distintivo, portanto, é o da função, e não o da natureza da obrigação ou o da natureza do interesse protegido. Pode-se dizer, com Fábio Rocha Pinto e Silva,¹⁵ que configura garantia todo instrumento voltado a proteger uma pessoa contra determinado risco, por meio da atribuição de tal risco ao garantidor (ou a seus bens). Essa definição também é adotada em alguns outros textos doutrinários nacionais,¹⁶ embora de forma pouco detida.

A utilidade da categorização de uma determinada figura como garantia está em divisar elementos comuns aos instrumentos de garantia e definir o conjunto de normas gerais aplicáveis aos negócios jurídicos subsumíveis à categoria. Embora a lei não preveja uma disciplina geral à categoria das garantias, mas apenas às garantias reais (Código Civil, arts. 1.419-1.430),¹⁷ isso não significa que não exista uma disciplina própria das garantias no direito brasileiro. Apenas tal disciplina não está positivada em lei, devendo ser colhida de outras fontes.

Não é objeto deste trabalho analisar o regime jurídico geral aplicável às garantias no direito brasileiro. Porém, cite-se que é traço comum a qualquer garantia a coligação funcional a um elemento externo, que é o risco coberto pela garantia. Desta função se pode derivar quatro grupos de consequências jurídicas: (i) o não surgimento (inexistência) da garantia, no caso de o crédito garantido não vir a existir;¹⁸ (ii) a transmissão da garantia juntamente com o crédito garantido;¹⁹ (iii) a correspondência entre a amplitude do crédito garantido e a amplitude da garantia,²⁰ já

¹⁵ *Garantias das Obrigações*, p. 54-58. Na mesma linha, na doutrina estrangeira, MASTROPAOLO, Fulvio. *I contratti autonomi di garanzia*, p. 23-24.

¹⁶ Por exemplo: GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. Vol. 2: Obrigações. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 178.

¹⁷ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das Obrigações*, p. 146.

¹⁸ Peter Bülow chega a afirmar que toda garantia fica sob condição suspensiva de o crédito principal vir a existir (*Recht der Kreditsicherheiten*. 7. ed. rev. e atual. Heidelberg: C. F. Müller, 2006, p. 9).

¹⁹ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das Obrigações*, p. 206-207.

²⁰ BÜLOW, Peter. *Recht der Kreditsicherheiten*, p. 9.

que eventuais excessos de garantia, apurados após sua excussão, devem ser restituídos ao garantidor; e (iv) a extinção da garantia pela extinção do crédito.²¹

O caráter cogente ou dispositivo de tal arcabouço regulativo das garantias no direito brasileiro é matéria que ultrapassa o escopo deste trabalho. Ressalte-se, porém, que todas as quatro consequências jurídicas supramencionadas, ordinariamente atreladas às garantias, são em larga medida normas dispositivas. Como ver-se-á, o afastamento de tais regras é a espinha dorsal de certas garantias atípicas prestadas por terceiros.

Justifica-se, assim, a utilidade de definir um conceito de garantia e de enquadrar as heterogêneas espécies do tripé acima na categoria geral das garantias. Passemos agora a tecer breves notas sobre o terceiro grupo do tripé, que engloba as garantias reais e pessoais.

2.1.2. AS GARANTIAS ESPECIAIS DAS OBRIGAÇÕES

Dentro da construção de uma noção de garantia das obrigações, deve-se destacar aquelas que possuem estrutura e função de garantia, e que representam o terceiro vértice do tripé destacado acima. Trata-se dos institutos que usualmente são agrupados e denominados como garantias especiais das obrigações, sendo em última análise instrumentos de reforço da própria garantia geral das obrigações. Nas palavras de Menezes Cordeiro elas representam “esquemas destinados a assegurar o cumprimento das obrigações e que não possam reconduzir-se à garantia geral, nalguma das suas dimensões”²². Pode-se afirmar que as garantias especiais representam uma situação jurídica subjetiva acessória do crédito, cujo objetivo é o estabelecimento de uma segurança voltada à satisfação do crédito, compreendendo-se

²¹ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das Obrigações*, p. 207-209.

²² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Vol. X: Direitos das Obrigações: Garantias. Coimbra: Almedina, 2014, p. 421.

nelas três características principais: a acessoriedade; a segurança contra o inadimplemento; e a proteção contra a insolvência.²³

Essas garantias, portanto, representam um reforço suplementar na segurança do cumprimento da obrigação, que pode ser atribuído a um ou a alguns credores, sendo que, naquela denominada real, o reforço se dá por meio da afetação de um ou mais bens ao cumprimento da obrigação, e, nas pessoais, por meio da vinculação do patrimônio de um terceiro.²⁴

Considerando que o patrimônio do devedor é móvel, e pode se alterar consideravelmente durante a relação obrigacional, a garantia geral acaba se revelando um tanto volúvel.²⁵ Busca-se, assim, com a constituição de uma garantia especial, um reforço, uma forma de aumentar a possibilidade da satisfação do credor, que, por meio da garantia real ou pessoal, poderá, além dos bens do próprio devedor, excutir um bem ou atingir o patrimônio de um terceiro. Esse reforço somente será verificado quando a lei ou um negócio jurídico constituir a garantia especial, que diverge da garantia geral que decorre do ordenamento jurídico e da própria juridicidade da obrigação.²⁶

As garantias reais, como já apontado acima, possuem um regime legal geral, e pela sua própria natureza se submetem às regras e aos princípios dos Direito Reais. A garantia real cria um laço entre o débito e o bem ou conjunto de bens que implica a sua realidade.²⁷ Neste sentido, essas garantias obedecem a certos princípios, como da tipicidade, da publicidade, e do absolutismo ou universalidade. Elas só podem existir se forem

²³ TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil*. Vol. 5: Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 392-393.

²⁴ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das Obrigações*, p. 95.

²⁵ CASTRO NEVES, José Roberto de. As Garantias do Cumprimento da Obrigação. *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 44, p. 174-213, 2008, p. 185.

²⁶ TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 504-505.

²⁷ WALD, Arnoldo; VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Direito das Coisas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. (Coleção de direito civil brasileiro), p. 218.

expressamente previstas em lei, como acontece com a hipoteca, o penhor e a anticrese, regulamentadas pelo Código Civil, por exemplo. E elas só produzem efeitos se devidamente registradas, seja no cartório de imóveis, no caso da hipoteca, ou no de títulos e documentos, em certas espécies de penhor.²⁸ Disso decorre o seu efeito *erga omnes*, que permite que elas sejam oponíveis a terceiros, e ainda o seu principal caractere, que é a seqüela. Considerando que o principal efeito verificado quando do oferecimento de certa garantia real é a afetação desse bem para a satisfação prioritária da dívida,²⁹ o direito de seqüela é fundamental, já que a garantia irá acompanhar o bem, permanecendo plena mesmo quando da alienação deste.³⁰

Fundamental destacar, contudo, que a natureza real dessas garantias não afasta o aspecto negocial que as permeia. Isto porque, ressalvadas as hipóteses de penhor legal (Código Civil, art. 1.467 e ss.) e hipoteca legal (Código Civil, art. 1.489 e ss.), todas elas sempre são constituídas por meio de um contrato de garantia, que aliás é um traço comum de qualquer uma das chamadas garantias especiais das obrigações.³¹ Essa natureza negocial mais recentemente tem sido valorizada exatamente como instrumento de modernização das garantias reais, que vêm sofrendo uma certa crise que se estende desde meados do século passado.³² Diversas críticas são direcionadas às figuras tradicionais, em especial quanto à morosidade e dificuldade de excussão

²⁸ No caso do penhor de direitos, por exemplo, como destaca RENTERIA, Pablo. *Penhor e Autonomia Privada*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 202.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV: Direitos Reais. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 279.

³⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Vol. 4: Direito das Coisas. 4. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 425. Os professores destacam que o direito de seqüela equivale no mundo animal ao chamado mutualismo, apresentando como exemplo a rêmora que adere ao abdome de um tubarão.

³¹ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das Obrigações*, p. 147 e 409.

³² MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: GUEDES, Gisela Sampaia da Cruz; BODIN DE MORAES, Maria Celina; e MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coords.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 105-122, p. 105-106.

dos bens, custas com atos de registro, limitação de objeto e problema do concurso de credores.³³

Certo é que, historicamente, um movimento pendular das preferências pelos instrumentos de garantia³⁴ vem sendo verificado. Atualmente, no âmbito dos contratos empresariais, parece existir uma maior valorização das garantias pessoais, também chamadas de fidejussórias ou de terceiros (nomenclatura que optamos no presente trabalho) em detrimento das reais. Verifica-se uma certa vulnerabilidade das garantias clássicas, e, conseqüentemente, um movimento de implemento de modalidades de garantias contratuais cada vez mais efetivas.³⁵ Neste sentido, existe uma busca por formas mais seguras de proteção e tutela do crédito, que é primordial no sistema dos contratos empresariais,³⁶ com a busca por garantias mais amplas e seguras.³⁷ Daí a prevalência das garantias pessoais.

As garantias especiais das obrigações prestadas por terceiros têm como caráter comum e particular a sujeição da totalidade do patrimônio do terceiro à dívida. De forma resumida, portanto, pode-se afirmar que o principal efeito observado nesse conjunto de garantias é a soma de patrimônios que estão disponíveis para a satisfação do credor. Ao invés de apenas o patrimônio do devedor estar sujeito ao credor, o que ocorre é que dois patrimônios garantem a dívida.³⁸ Se na garantia real o objeto da garantia é o bem ou o conjunto de bens afetados à satisfação do devedor, nas pessoais o objeto acaba sendo o próprio patrimônio

³³ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das Obrigações*, p. 365.

³⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Da fidejussória à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, Ano 14, n. 2, jul. 2014, p. 115.

³⁵ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Manual de Direito das Coisas*. Belo Horizonte: D'Placido, 2020, p. 382.

³⁶ FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 159.

³⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Da fidejussória à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição*, p. 58.

³⁸ WALD, Arnoldo; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito das Coisas*, p. 218.

do garantidor.³⁹

Quando a garantia da obrigação é prestada por um terceiro, é possível verificar quatro principais características: (i) a pressão do adimplemento direcionado ao devedor; (ii) a confiança que o terceiro inspira no credor; (iii) a delimitação do risco do inadimplemento; e (iv) uma melhor gestão do risco contratual.⁴⁰ Sempre tendo em vista que qualquer garantia de cumprimento representa uma cobertura do risco do inadimplemento, a garantia pessoal exerce essa função por meio da vinculação do patrimônio do garantidor à satisfação do crédito em adição ao patrimônio do próprio devedor. Há, contudo, uma particularidade nessa vinculação, que se restringe à responsabilidade pelo crédito. Ainda que por vezes rejeitada em doutrina,⁴¹⁻⁴² parece ser proveitoso do ponto de vista dogmático o reconhecimento, nas garantias de terceiro, da aplicação da teoria dualista das obrigações. Existe assim uma responsabilidade (*Haftung*) desvinculada de um débito (*Schuld*).⁴³ Ocorrendo inadimplemento, portanto, o garantidor responde apenas pelo valor da dívida, não podendo ser forçado a performar a prestação.

2.2. AS GARANTIAS DE TERCEIROS TÍPICAS

São legalmente típicos os contratos amparados por um modelo jurídico previsto em lei. Para a caracterização de tipicidade legal, adverte a doutrina, não basta a disciplina de uma

³⁹ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das Obrigações*, p. 214.

⁴⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Vol. X, p. 447.

⁴¹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das Obrigações*, p. 106-107.

⁴² Não é escopo deste trabalho analisar as teorias explicativas da relação obrigacional. Sem adentrar o mérito acerca de qual teoria melhor explica o fenômeno obrigacional (para o que se remete à doutrina especializada, como pode-se ver na digressão feita por Judith Martins-Costa em *Comentários ao código civil*. Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17-26), o texto procura utilizar a contribuição da teoria dualista para, com base nisso, melhor situar o fenômeno das garantias de terceiros.

⁴³ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 422.

questão pontual afeta ao contrato. O regramento legislado deve ser amplo o suficiente para solucionar todos os principais problemas relativos ao tipo.⁴⁴

O legislador brasileiro pouco cuidou de tipificar as garantias de terceiros. Esse dado, somado à regra do art. 425 do Código Civil, deixam um largo espaço à atuação da autonomia privada e à criação de tipos sociais de garantias pessoais. Em preparação ao estudo do tema, cabe-nos apresentar as garantias de terceiros que a lei, pontualmente, se põe a normatizar.

Nas palavras de Manuel Januário da Costa Gomes, a “estrela de primeira grandeza”⁴⁵ das garantias fidejussórias é a fiança, regulamentada nos arts. 818 a 839 do Código Civil. Consoante o direito vigente, trata-se de negócio jurídico por meio do qual “uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. A redação legal, vale ressaltar, marca uma das notas adjetivas do contrato de fiança: a sua elasticidade. A fiança é classicamente a principal garantia especial de terceiros típica,⁴⁶ sendo reconhecida, tanto na doutrina portuguesa,⁴⁷ quanto em trabalhos brasileiros mais recentes,⁴⁸ como a figura que alicerça o regime dessas figuras.

Na fiança, um terceiro alheio à relação obrigacional firma um novo contrato com o credor, por meio do qual promete – sem contrapartidas – o adimplemento da dívida pelo devedor.⁴⁹

⁴⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 214.

⁴⁵ *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 63.

⁴⁶ CASTRO NEVES, José Roberto de. *As Garantias do Cumprimento da Obrigação*, p. 191.

⁴⁷ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das Obrigações*, p. 105.

⁴⁸ SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das Obrigações*, p. 409, que defende a ampliação do regime da fiança a todas as garantias prestadas por terceiros.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIV: Direito das Obrigações. Representação, Fiança, Edição, Empreitada. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 4.781, p. 185-186; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008,

Apesar da aparente identidade quanto ao seu conteúdo, as obrigações de devedor e fiador têm objetos distintos.⁵⁰ A teoria dualista da obrigação mostra-se útil para clarificar essa distinção: ao passo que o devedor *deve* realizar a prestação para adimplir a obrigação (*Schuld*), o fiador somente se *responsabiliza* pela ocorrência do inadimplemento (*Haftung*).⁵¹

Como sói ocorrer em matéria contratual, a estrutura da fiança dialoga com os contornos de sua função assecuratória. Atribuindo-se ao credor o poder de se socorrer de um patrimônio alheio ao do devedor, mitiga-se o risco da falta de satisfação do interesse subjacente à obrigação principal. Esse reforço de segurança, contudo, não vai além dos limites da dívida. Se fosse, adverte Pontes de Miranda, “o plus estaria na função de objeto de outro negócio jurídico”⁵².

Tanto a estrutura como a função da fiança são ratificadas pelos principais pontos de seu regime jurídico. Sobressalta-se, em primeiro lugar, a acessoriedade. Para além de atuar como *causa pressuposta* do contrato de fiança,⁵³ o contrato principal válido⁵⁴ e eficaz fixa os limites da garantia,⁵⁵ razão pela qual “a obrigação fidejussória não sobrevive à obrigação principal”⁵⁶.

Destaca-se, em segundo lugar, a subsidiariedade.

p. 536.

⁵⁰ SEGALLA, Alessandro. *Contrato de fiança*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

⁵¹ SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 3, p. 167-181, 2013, p. 175.

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIV, § 4.781, p. 189.

⁵³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144-147.

⁵⁴ Exceção é feita à hipótese de incapacidade pessoal do devedor, nos termos do art. 824, *caput*, do Código Civil.

⁵⁵ CASTRO NEVES, José. *As Garantias do Cumprimento da Obrigação*, p. 192.

⁵⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 537. No mesmo sentido, embora aludindo à “invalidade” do contrato, dispõe o art. 823 do Código Civil: “[a] fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada.”

Segundo a regra geral, a responsabilidade do fiador é subsidiária à do devedor, haja vista o benefício de ordem disposto no art. 827 do Código Civil. Na prática, porém, o benefício é rotineiramente derogado,⁵⁷ de modo a sujeitar os bens do fiador à excusão tão logo o pagamento da dívida se torne exigível do devedor. Vale notar que, ainda que se acresça cláusula de solidariedade à fiança (Código Civil, art. 828, inc. II), a dualidade de obrigações e a dependência entre elas se mantêm.⁵⁸

Merecem relevo, em terceiro lugar, a solenidade e a vedação à interpretação extensiva do contrato de fiança, ambas previstas no art. 819 do Código Civil. Ao dispositivo em comento, soma-se a exigência de outorga conjugal fora dos casos de regime de separação absoluta de bens (Código Civil, art. 1.647, inc. III). Do exame desse conjunto de regras, extrai-se uma proteção do fiador e de seu patrimônio, promovida pelo legislador mediante a aposição de requisitos de forma ao contrato e de restrições interpretativas ao seu instrumento. No caso da fiança, essa proteção justifica-se por constituir, em regra, uma promessa gratuita⁵⁹ de adimplemento de dívida alheia, para cuja constituição o fiador não concorreu nem de cuja concepção participou.⁶⁰

Os lineamentos da fiança são usualmente referidos pela doutrina no estudo do aval, disciplinado pelos arts. 897 a 900 do Código Civil e por leis extravagantes.⁶¹ Trata-se de negócio

⁵⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina; SCHULMAN, Gabriel. Ensaio sobre as iniquidades da fiança locatícia gratuita. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; BODIN DE MORAES, Maria Celina; e MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coords.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 11-55, p. 29.

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIV, § 4.783, p. 202.

⁵⁹ Diz-se em regra, pois vislumbra-se algumas hipóteses de fianças onerosas, como aquelas dadas por bancos. Orlando Gomes, por sua vez, pondera que eventual onerosidade não é acomodada pela estrutura da fiança, devendo emergir de outro negócio jurídico (*Contratos*, p. 537).

⁶⁰ SEGALLA, Alessandro. *Contrato de fiança*, p. 2.

⁶¹ Lei Uniforme de Genebra, Arts. 30 a 37; Lei do Cheque, arts. 29 a 31; e Lei das Duplicatas, art. 12.

jurídico⁶² unilateral típico, eventual e sucessivo, de direito cartular.⁶³ Quem avaliza um título de crédito garante o pagamento da quantia indicada na cártula ao portador.⁶⁴ Não há constituição de relação contratual.

Em contraste com a fiança, entende-se que o aval origina uma obrigação de garantia com carga elevada de autonomia.⁶⁵ Sua eficácia não se subordina à validade ou à eficácia do contrato em razão do qual houve a emissão do título de crédito, mas apenas a vícios estampados na própria cártula (Código Civil, art. 899, § 2º). Em outras palavras, as exceções pessoais do avalizado não aproveitam ao avalista. O ponto é importante, tendo em vista a relevância da noção de autonomia para a dogmática da circulação dos títulos de crédito.⁶⁶

O avalista, salvo disposição em contrário, equipara-se ao emitente do título, assim como a seus endossantes. Nesse sentido, em dissonância com a regra geral da fiança,⁶⁷ ocupa a posição de solidariedade em relação aos demais devedores da cadeia cambial. O pagamento do valor avalizado provoca a sub-rogação do avalista nos direitos contra o avalizado e contra os

⁶² Para a qualificação do negócio jurídico como categoria, adota-se a proposta de Antonio Junqueira de Azevedo, segundo a qual o “*reconhecimento social do caráter jurídico de certos atos*” é que fundamentalmente importa para a caracterização do negócio jurídico.” (*Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação de declaração negocial*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 6; destaques no original).

⁶³ SPINELLI, Luis Felipe. O aval na recuperação judicial e na falência. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; BODIN DE MORAES, Maria Celina; e MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coords.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 125-169, p. 124-125.

⁶⁴ SPINELLI, Luis Felipe. *O aval na recuperação judicial e na falência*, p. 125.

⁶⁵ Em sentido contrário, entendendo não se tratar de uma garantia própria, mas sim uma “vinculação equiparada”, PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXIV: Direito Cambiário. Letra de Câmbio. Atualizado por Raquel Sztajn. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 3.892, p. 378.

⁶⁶ DE LUCCA, Newton. O aval. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 80, p. 340-353, 1985, p. 343.

⁶⁷ Da mesma forma, em Portugal, cf. PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *Direito das garantias*, p. 121.

demais obrigados anteriores (Código Civil, art. 899, § 1º).

A par da fiança e do aval, a terceira garantia pessoal cuja tipicidade deve ser discutida no direito brasileiro é o contrato de seguro garantia, haja vista a sua regulação na Circular nº 477/2013, da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Em suma, trata-se de contrato que obriga a instituição securitária a garantir, em contraprestação ao pagamento de um prêmio, os riscos do inadimplemento de obrigação contraída pelo tomador do seguro frente a um terceiro (beneficiário do seguro ou segurado).⁶⁸

No campo empresarial, duas das modalidades mais consagradas do contrato de seguro garantia são a *performance bond*, de importância ímpar ao setor da construção civil, e o seguro garantia judicial, contemplado no art. 835, § 2º, do Código de Processo Civil. No primeiro, almeja-se o afastamento do risco do inadimplemento do construtor, quer mediante o pagamento de indenização, quer mediante o custeio da execução da obrigação garantida. No segundo, garante-se o pagamento de obrigação tornada litigiosa entre o tomador e o segurado.⁶⁹

Antes do advento da disciplina regulatória, a similitude do seguro garantia com a fiança tornou controvertida a sua qualificação tipológica. Ao contrário do que se vê nos contratos de seguro em geral, o risco do seguro garantia recai sobre ato voluntário do tomador. Por outro lado, o seguro garantia é um contrato oneroso e, assim como o aval, constitui uma obrigação autônoma em relação à que se visa a garantir. Atualmente, porém, a relevância da questão perde força. Mais importante do que fixar a natureza do contrato é saber quais normas gerais melhor se amoldam à integração das lacunas da Circular SUSEP n.º

⁶⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde; SALGADO FILHO, Bernardo. O risco no seguro garantia e o inadimplemento anterior ao termo. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. *Temas atuais de direito dos seguros*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, t. II, p. 486-506, p. 490.

⁶⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; SALGADO FILHO, Bernardo. *O risco no seguro garantia e o inadimplemento anterior ao termo*, p. 492.

477/2013.⁷⁰

A figura do seguro garantia joga luz sobre um derradeiro ponto a ser mencionado neste subcapítulo. Não raro, os contratantes preferem se socorrer de modelos legais para, apenas no caso concreto, vertê-los à persecução do escopo de garantia que não lhes é típico.⁷¹ É o que se passa, v.g., com a solidariedade passiva, a promessa de fato de terceiro e a assunção cumulativa de dívida, assim como com tipos contratuais de função pré-formatada, como a compra e venda com pacto de retrovenda e o mandato de crédito. Os dois últimos casos, vale observar, situam-se no campo dos *negócios jurídicos indiretos*.⁷²

Os negócios jurídicos indiretos encontram-se dentro dos limites da tipicidade legal, mas, à medida que tal escopo indireto, lenta e reiteradamente, por obra da praxe, passa a ser incorporado no próprio conteúdo do negócio, como seu efeito direto, caminha-se rumo à seara da tipicidade social.

2.3. RELACÕES EMPRESARIAIS, GARANTIAS E TIPICIDADE SOCIAL

O dinamismo das relações empresariais impõe a modelagem de instrumentos aptos a abrigar os efeitos econômicos queridos pelas partes. Nem sempre o ordenamento jurídico dispõe de instrumentos jurídicos capazes de comportá-los. As partes acabam se valendo da permissão do ordenamento à atipicidade de contratos para formatar novos tipos negociais ou, como visto, para atribuir novas funções a figuras já conhecidas. Em ambas

⁷⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde; SALGADO FILHO, Bernardo. *O risco no seguro garantia e o inadimplemento anterior ao termo*, p. 492. Sobre a distinção entre fiança e seguro garantia no período anterior à edição da Circular SUSEP n.º 477/2013, ver também PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIV, § 4.785, p. 224-225.

⁷¹ Processo esse chamado por Pestana de Vasconcelos de “adaptação de figuras civílicas com função de garantia” (*Direito das garantias*, p. 26).

⁷² Por todos, ASCARELLI, Tullio. *O negócio jurídico indirecto*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1965, p. 117.

as alternativas, o empresário exerce seu espírito criativo sobre as sésseis vestimentas que o Direito oferece às operações econômicas. O direito das garantias, em especial no vértice das garantias especiais de terceiros, tem se revelado campo fértil para o desenvolvimento desse espírito criativo.

A utilidade de reunir as novas garantias surgidas da prática empresarial (sejam figuras inovadoras ou figuras já conhecidas, porém funcionalmente remanejadas) à categoria geral das garantias, como acima já se demonstrou, reside em poder divisar elementos comuns a tais figuras e extrair um regramento jurídico unitário, ainda que se venha a reconhecer que as normas gerais às garantias são essencialmente dispositivas.

Sobre isso, releva notar que o direito dispositivo da moldura regulativa dos contratos tem função facilitadora das transações privadas: evita que as partes precisem renegociar todos os pontos de um contrato a cada vez, ao mesmo tempo em que dá abertura para as partes, em exercício de sua autonomia privada, encontrarem uma autorregulação concreta diversa.⁷³ O próprio temor de que as normas dispositivas venham a ser aplicadas também funciona como mola propulsora da inventividade das partes. Em um campo tão fértil e dinâmico como o das garantias empresariais, é conveniente que as normas sejam majoritariamente dispositivas para não engessar o tráfego jurídico-econômico.

Alguns exemplos das novas garantias cunhadas nas práticas empresariais são as garantias autônomas e as cartas de conforto, que serão abordadas de forma mais detalhada nos capítulos seguintes. Sem prejuízo, adianta-se que ambas tratam de modalidades de garantia não previstas em lei, emergem da prática empresarial e possuem estrutura e função de garantia. Tanto a garantia autônoma quanto as cartas de conforto já são bastante recorrentes na prática empresarial e poderiam ser consideradas

⁷³ MÖSLEIN, Florian; RIESENHUBER, Karl. Contract governance – a draft research agenda. *European Review of Contract Law*, v. 5, p. 248-289, Nov. 2009, p. 270.

negócios socialmente típicos.

Pedro Pais de Vasconcelos elenca três requisitos para que um negócio alcance tipicidade social: (i) o ato socialmente típico deve ser recorrente, pois a tipicidade não é compatível com a ocorrência de atos isolados; (ii) o ato deve traduzir-se numa verdadeira prática, reconhecida no meio social como mais do que a soma de coincidências fortuitas; e (iii) deve existir uma consciência geral e pacífica da vigência dessa prática como algo vinculativo, como norma de comportamento.⁷⁴ Pensamos que os exemplos supramencionados preenchem estes requisitos e justificam o seu tratamento como tipos sociais.⁷⁵

A utilidade prática de atribuir a um determinado contrato o caráter de tipicidade social desdobra-se em três vertentes. Primeiro, permite colher no tipo social critérios interpretativos para a declaração de vontade das partes, sendo correto presumir que as expressões utilizadas no contrato o foram em seu sentido socialmente típico.⁷⁶ Segundo, a recondução ao tipo social permite também colher critérios para integração do contrato celebrado pelas partes, naquilo em que for omissivo, pois, como diz Pedro Pais de Vasconcelos, “[o] modelo regulativo constituído pelo tipo social funciona como o direito dispositivo do tipo, no tipo legal”.⁷⁷ Entendemos ainda que existe uma terceira utilidade no estabelecimento de tipos sociais de contratos, que é a definição da (in)aplicabilidade de certas normas jurídicas codificadas ao tipo social, por lhe serem incompatíveis, em que pese sua previsão para um tipo legal de contrato próximo ao tipo social em questão.⁷⁸ O estabelecimento de negócios socialmente típicos,

⁷⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, p. 62-63.

⁷⁵ A tipicidade social do contrato de garantia autônoma, por exemplo, é afirmada em PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *Direito das garantias*, p. 130.

⁷⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, p. 64.

⁷⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, p. 64.

⁷⁸ Assim, por exemplo, a doutrina logo identificou a inaplicabilidade do direito do locatário à revisão do aluguel (Lei 8.245/91, art. 19) em contratos *build to suit*, por não se compatibilizar com o tipo social (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Build to suit: qualificação e consequências*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; ALMEIDA PRADO,

portanto, permite que as partes amoldem o quadro normativo dispositivo de figuras próximas, aplicando-se aquilo que seja harmônico e, ao mesmo tempo, afastando disposições legais que não o sejam.

3. DA GARANTIA AUTÔNOMA

3.1. CONCEITO E TRAÇOS CARACTERÍSTICOS

Pode-se definir o contrato de garantia autônoma como aquele em que o garante se obriga a pagar uma soma ao beneficiário, em caso de ocorrência de determinados fatos objetivos descritos no contrato, normalmente o inadimplemento da obrigação de um terceiro (usualmente chamado ordenador), de forma autônoma e independente, abrindo mão de quaisquer exceções baseadas na relação jurídica de base (relação ordenador-beneficiário) ou na sua relação com o ordenador (relação garante-ordenador).⁷⁹

A maior discussão parece ser o caráter autônomo da garantia frente à relação de base, o que inclui a definição de quais exceções baseadas no contrato principal podem ser opostas pelo garante contra o beneficiário. Muitos textos doutrinários já foram escritos sobre o assunto, em sua maioria perpassando a questão da causa nos contratos, sobretudo no direito italiano, que é fortemente causalista.⁸⁰ Contudo, não é objeto deste trabalho analisar a teoria da causa.

Maurício (orgs.) *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 101-122, *passim*). Embora a inaplicabilidade desse dispositivo ao contrato *build to suit* tenha sido posteriormente reconhecida pelo legislador com o advento da Lei 12.744/12, o seu afastamento ao contrato socialmente típico de *build to suit* já era entendimento recorrente.

⁷⁹ MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro, p. 108; FRADERA, Vera Maria Jacob de. Os contratos autônomos de garantia. *Revista Ajuris*, n. 53, p. 170-180, nov. 1991, p. 173.

⁸⁰ Para uma digressão sobre as principais teorias aventadas na Itália, veja-se MASTROPAOLO, Fulvio. *I contratti autonomi di garanzia*, p. 211-286.

Para o que releva ao presente estudo, é importante assentar que existe ao menos uma coligação funcional entre a garantia autônoma e o contrato de base.⁸¹ Para Pedro Guilhardi, deve-se distinguir a coligação de negócios jurídicos dos efeitos de tal coligação.⁸² Assim, embora haja uma inegável coligação entre a garantia autônoma e o contrato de base, nada impede as partes de afastarem consensualmente os efeitos de tal coligação para evitar a contaminação do contrato de garantia pelas vicissitudes do contrato principal – que é precisamente o que ocorre na garantia autônoma.⁸³

Parece haver consenso na doutrina de que a autonomia da garantia possui o efeito precípua de impedir que as exceções e os meios de defesa disponíveis ao ordenador no contrato de base possam ser arguidos pelo garante frente ao beneficiário.⁸⁴ Assim, a eventual inexistência ou invalidade do contrato de base não pode ser levantada pelo garante.⁸⁵ Exceções pessoais do ordenador também não podem ser opostas pelo garante, tais como compensação e direito de retenção.⁸⁶ A regra é de que apenas as exceções internas ao próprio contrato de garantia podem ser

⁸¹ GUILHARDI, Pedro. *Garantias autônomas*: instrumento para proteção jurídica do crédito. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 169-170; DE NICTOLIS, Rosanna. *Nuove garanzie personali e reali*: Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back. Pádua: CEDAM, 1994, p. 78-80 (embora de forma um pouco diversa, dizendo ser o contrato de garantia autônoma funcionalmente acessório, mas estruturalmente independente do contrato de base).

⁸² Para um aprofundamento sobre a distinção entre a coligação e as suas consequências jurídicas, MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141 e ss.

⁸³ GUILHARDI, Pedro. *Garantias autônomas*: instrumento para proteção jurídica do crédito, p. 170. De forma similar, MASTROPAOLO, Fulvio. *I contratti autonomi di garanzia*, p. 138-139.

⁸⁴ GUILHARDI, Pedro. *Garantias autônomas*: instrumento para proteção jurídica do crédito, p. 50; MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. *A garantia autônoma no direito brasileiro*, p. 110.

⁸⁵ GUILHARDI, Pedro. *Garantias autônomas*: instrumento para proteção jurídica do crédito, p. 50; PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *Direito das garantias*, p. 134.

⁸⁶ GUILHARDI, Pedro. *Garantias autônomas*: instrumento para proteção jurídica do crédito, p. 50.

opostas pelo garante.⁸⁷

O caráter autônomo confere enorme efetividade prática à garantia autônoma. O beneficiário possui segurança muito maior de que receberá a prestação do garantidor, pois o garante possui menos meios para se exonerar da obrigação de pagar o valor coberto pela garantia.

Todavia, entende-se que a nulidade do contrato autônomo de garantia pode ser declarada quando o próprio contrato de base for ilícito ou quando contrariar normas de política econômica (proibição de exportação a determinado país, por exemplo),⁸⁸ bem assim quando violar a ordem pública e os bons costumes.⁸⁹ Se a cobrança da garantia pelo beneficiário for feita em abuso de direito ou fraude, o garante também pode se recusar ao pagamento.⁹⁰ Quando o próprio beneficiário dá causa à perda do direito de haver o pagamento do devedor original no contrato de base ou por outro modo agrava a situação do garante, também se reconhece a contaminação da relação de garantia autônoma por uma vicissitude do contrato de base, perdendo o beneficiário o direito à garantia.⁹¹

Outra questão que se põe é a da necessidade (ou não) de a garantia autônoma consistir no pagamento de uma soma em dinheiro pelo garante ao beneficiário. Algumas definições

⁸⁷ PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *Direito das garantias*, p. 126; MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 140; TARTAGLIA, Paolo. *I negozi atipici di garanzia personale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 133.

⁸⁸ BARILLÀ, Giovanni. *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, p. 63 (referindo-se à nulidade da causa do direito italiano) e 74-75 (direito alemão).

⁸⁹ MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. *A garantia autônoma no direito brasileiro*, p. 116-117; MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*, p. 143.

⁹⁰ MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. *A garantia autônoma no direito brasileiro*, p. 116-117; MASTROPAOLO, Fulvio. *I contratti autonomi di garanzia*, p. 305.

⁹¹ BERENSMANN, Wolfgang. *Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1988, p. 147; MASTROPAOLO, Fulvio. *I contratti autonomi di garanzia*, p. 295.

encontradas em doutrina falam no pagamento de uma soma em dinheiro,⁹² ao passo que outros autores admitem que o objeto da prestação do garante possa assumir outros formatos.⁹³ Parece-nos que o traço característico da garantia autônoma não seja o objeto da obrigação, mas sim a sua autonomia e a sua independência quanto à relação jurídica de base.⁹⁴ Assim, por exemplo, se a prestação da relação jurídica de base tem por objeto a entrega de determinada commodity, nada impede que o garantidor se comprometa, por meio de uma garantia autônoma, a entregar commodities da mesma espécie *in natura*.

Também se discute se o objeto da prestação do garante precisa ser idêntico ao objeto da prestação do ordenador na relação jurídica de base. É pacífico que a obrigação do garante é uma obrigação própria, e não a simples assunção da dívida original do ordenador.⁹⁵ O garante não se obriga a cumprir a obrigação do ordenador, mas se compromete a cumprir uma obrigação própria sua que surge apenas quando do inadimplemento da relação jurídica de base. Logo, nada obriga a que a garantia autônoma carregue consigo uma identidade de prestações com a relação jurídica de base.⁹⁶ Do ponto de vista conceitual, toda garantia oferece proteção contra um risco. O risco contra o qual a garantia autônoma visa a proteger, em regra, é o risco de inadimplemento do contrato de base pelo ordenador. Neste sentido, discute-se se a prestação na garantia autônoma teria o caráter de indenização por descumprimento contratual. Essa qualificação não parece

⁹² FRADERA, Vera Maria Jacob de. Os contratos autônomos de garantia, p. 173; PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *Direito das garantias*, p. 126 e 128.

⁹³ BARILLÀ, Giovanni. *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*, p. 32; KRATZ, Maria-Theresia. *Rechtsdogmatik des Garantievertrages*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Bonn, Bonn, 1989, p. 28-29.

⁹⁴ GUILHARDI, Pedro. *Garantias autônomas: instrumento para proteção jurídica do crédito*, p. 164-165.

⁹⁵ PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *Direito das garantias*, p. 134; GUILHARDI, Pedro. *Garantias autônomas: instrumento para proteção jurídica do crédito*, p. 164.

⁹⁶ MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*, p. 126; MASTROPAOLO, Fulvio. *I contratti autonomi di garanzia*, p. 136.

correta, pois, nessa acepção, a indenização é um dever secundário de prestação, que nasce em substituição a um dever primário.⁹⁷ Embora a medida da garantia normalmente se dê na mesma extensão do dano sofrido pelo beneficiário com o descumprimento contratual na relação de base,⁹⁸ a obrigação do garante tem sempre caráter de dever primário de prestação, desidentificando-se, portanto, com uma obrigação de caráter indenizatório.⁹⁹

3.2. DISTINÇÃO EM RELAÇÃO À FIANÇA

A principal diferença entre a garantia autônoma e a fiança está em que esta última é fortemente marcada pela acessoriedade em relação ao negócio jurídico de base, ao passo que a garantia autônoma se desprende quase totalmente das vicissitudes da relação de base. Como ressaltado, as normas jurídicas aplicáveis à fiança, previstas no Código Civil, evidenciam que a sorte da relação jurídica principal afeta diretamente a relação de fiança. Nenhuma das defesas e exceções do devedor pode ser manejada pelo garante em contrato de garantia autônoma.

Pode-se questionar se a fiança perde o caráter de acessoriedade quando o fiador renuncia a todos os meios de defesa e exceções que a lei lhe confere. Se as partes formatam a fiança de modo a eliminar ou a restringir o seu principal traço característico, que é a acessoriedade, passaria ela a ser uma garantia

⁹⁷ Segundo Judith Martins-Costa, deveres primários são o núcleo da relação obrigacional, voltados a satisfazer primordialmente o interesse do credor à prestação (*A boa-fé no direito privado*: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 220). Já os deveres de prestação secundários, embora apresentem-se em mais de um tipo, para o que releva ao texto, configuram um sucedâneo da prestação principal, que surgem diante da impossibilidade de executar o dever primário (*A boa-fé no direito privado*: critérios para sua aplicação, p. 222).

⁹⁸ BERENSMANN, Wolfgang. *Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht*, p. 117; BOETIUS, Jan. *Der Garantievertrag*. München: Uni-Druck München, 1986, p. 23-24.

⁹⁹ BOETIUS, Jan. *Der Garantievertrag*, p. 23-24. Em sentido contrário: PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *Direito das garantias*, p. 134-135.

autônoma? Não se pode negar que, quanto mais a formatação concretamente ajustada entre as partes renunciar à acessoriedade, tanto mais a fiança se aproximará da garantia autônoma,¹⁰⁰ chegando Wolfgang Berensmann a defender que o contrato de garantia autônoma seria gênero do qual a fiança seria espécie com regras especiais codificadas e caracterizada pela acessoriedade.¹⁰¹ A crítica de Berensmann, embora contundente, pode ser rebatida com base no fato de que toda garantia pressupõe um contrato, um negócio jurídico que a constitui, o qual possui pressupostos próprios.¹⁰² A garantia autônoma não poderia ser caracterizada como um gênero, mas sim uma espécie do contrato “geral” de garantia, ao lado da fiança.

Outro critério de distinção apontado pela doutrina alemã é o de que a fiança se orienta à proteção do interesse do devedor, ao passo que a garantia autônoma é voltada para proteger o interesse do credor.¹⁰³ Porém, o critério poderia ser criticado pelo fato de que toda garantia é voltada à proteção do interesse do credor. Na doutrina portuguesa também é apontado um interessante ponto de clivagem das figuras, sendo destacado que na garantia autônoma a garantia é do resultado, e não do pagamento de uma dívida alheia, como ocorre na fiança.¹⁰⁴

Por serem tipos, não se pode traçar uma linha divisória clara entre a fiança e a garantia autônoma. No entanto, um outro índice tipológico que pode ser trazido para agregar a essa

¹⁰⁰ BERENSMANN, Wolfgang. *Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht*, p. 137. De forma semelhante, Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte afirmam que o caráter acessório de uma garantia pode assumir diferentes graus (*Garantias de cumprimento*, p. 122-123). De Nictolis também admite que o aumento do rol de exceções oponíveis pelo garante reduz a autonomia, aumentando a “causalidade” do contrato (*Nuove garanzie personali e reali: Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, p. 115).

¹⁰¹ *Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht*, p. 136.

¹⁰² Conforme propõe Fábio Rocha Pinto e Silva (*Garantias das Obrigações*, p. 145-151).

¹⁰³ BERENSMANN, Wolfgang. *Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht*, p. 133-134.

¹⁰⁴ TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*, p. 511.

diferenciação seria a própria dicção do art. 818 do Código Civil. O fiador garante satisfazer a obrigação do devedor, ao passo que, na garantia autônoma, o garante não se vincula à obrigação do devedor principal, mas assume uma obrigação nova, com pressupostos próprios. A acessoriedade, embora seja uma importante diferença de regime entre fiança e garantia autônoma, não seria o único ou mesmo o principal traço distintivo entre as duas figuras. O próprio objeto da obrigação devida na fiança e na garantia autônoma também desempenharia relevante papel. Do contrário, a maioria das fianças prestadas no Brasil seriam garantias autônomas, dada a recorrência com que as exceções são renunciadas pelo fiador. Não se quer aqui adotar uma postura puramente consequencialista, mas sim indicar um índice de tipo mais seguro para a diferenciação e apontar a sua relevância prática.

3.3. ATIPICIDADE DA GARANTIA AUTÔNOMA: FONTES DE REGULAÇÃO

A atipicidade da garantia autônoma não significa que não haja normas específicas a ela aplicáveis. Como já se demonstrou, em que pese não existam normas gerais positivadas no Código Civil aplicáveis às garantias, o enquadramento na categoria atrai as normas desenvolvidas doutrinariamente sobre surgimento, extinção, transmissão e extensão da garantia por remissão à relação de base. Mesmo a garantia autônoma não se afasta completamente dessa moldura normativa. Afinal, não se pode conceber que a garantia autônoma, por exemplo, intitule o beneficiário a receber uma soma maior que a da própria dívida original da relação de base (caso em que a efetivação da garantia geraria verdadeiro enriquecimento sem causa para o beneficiário), ou não se extinga juntamente com o cumprimento da dívida de base pelo ordenador. Contudo, por não serem de aplicação obrigatória, a exata medida da incidência destas normas dependerá do ajuste das partes, dos usos do meio e da finalidade do contrato.

Para além disso, a tipicidade social da garantia autônoma também permite discernir critérios de interpretação e de integração a ela aplicáveis, hauridos da praxe negocial. Assim, quando a garantia autônoma é prestada por um banco, a manifestação de vontade do garante deve ser interpretada no sentido de o banco se obrigar a uma prestação compatível com a sua atividade, ou seja, ao pagamento de uma soma em dinheiro.¹⁰⁵ Aliás, sempre que o inadimplemento do contrato de base resultar em prejuízo de carácter financeiro para o beneficiário, será adequado o pagamento da garantia em dinheiro.¹⁰⁶

Ainda, em se tratando de interpretação do contrato autónomo de garantia segundo os usos do meio, Rosanna de Nictolis refere que, na dúvida, o contrato de garantia deve ser interpretado como garantia autônoma e não acessória. Isso se justifica por ser a garantia outorgada no interesse do credor, para quem é mais benéfica a garantia autônoma.¹⁰⁷

Passando à integração do contrato segundo as práticas comerciais consolidadas, tem-se que, na omissão do contrato, o garante deve ficar obrigado apenas ao pagamento de valores em dinheiro, pois a reparação *in natura* é prevista em lei apenas para a indenização propriamente dita¹⁰⁸ (Código Civil, art. 947), o que é incompatível com a garantia autônoma. Outra regra de integração aplicável é que o limite de responsabilidade do garante deve englobar, na omissão do contrato, todos os prejuízos sofridos pelo credor com o inadimplemento da relação de base, incluindo lucros cessantes.¹⁰⁹

4. DAS CARTAS DE CONFORTO

¹⁰⁵ BOETIUS, Jan. *Der Garantievertrag*, p. 25.

¹⁰⁶ BOETIUS, Jan. *Der Garantievertrag*, p. 25.

¹⁰⁷ DE NICTOLIS, Rosanna. *Nuove garanzie personali e reali: Garantievertrag, fideiussone omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*, p. 32.

¹⁰⁸ BOETIUS, Jan. *Der Garantievertrag*, p. 27-28.

¹⁰⁹ BOETIUS, Jan. *Der Garantievertrag*, p. 29-30.

4.1. CONCEITO E TRAÇOS CARACTERÍSTICOS

Um segundo grupo de declarações que podem assumir função e estrutura de garantia são as *cartas de conforto*.¹¹⁰ Segundo o seu uso mais corrente, a expressão designa o documento submetido por uma sociedade a uma instituição financeira, com vistas a incentivar a concessão de crédito a uma terceira sociedade.¹¹¹ Trata-se, portanto, de praxe oriunda dos entornos da atividade bancária,¹¹² ainda que a ela não se restrinja.¹¹³

Na tentativa de reconhecer os elementos típicos das cartas de conforto, a doutrina busca amparo em suas funções econômicas. Com efeito, nota-se que o subscritor da carta fomenta a confiança do credor na idoneidade do devedor, propiciando, assim, a conclusão do negócio.¹¹⁴ Há quem acresça um segundo aspecto: permitir que o fomento de confiança se dê “à margem”¹¹⁵ do rigoroso regime das garantias fidejussórias,¹¹⁶ o qual

¹¹⁰ Em língua portuguesa, carrega a mesma semântica a expressão *cartas de patrocínio*. Na doutrina portuguesa, contudo, constatou-se a preferência pela expressão referida no corpo do texto, mais próxima à versão anglo-saxã, *comfort letters* (PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. As garantias difusas do financiamento societário: as cartas de conforto. *Revista Eletrônica de Direito*, n. 1, fev. 2014). Essa também parece ser a opção da doutrina brasileira, haja vista o emprego predominante da expressão nos textos citados ao longo deste subcapítulo.

¹¹¹ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos III*. Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco. Coimbra: Almedina, 2012, p. 219.

¹¹² MOREIRA ALVES, José Carlos. Notas sobre a carta de conforto. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira (Org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos – Liber Amicorum* Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 709-712, p. 709.

¹¹³ Aventa-se, por exemplo, o oferecimento de “confortos” por uma *holding* em prospecto de oferta pública de ações de uma de suas controladas (MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. *As cartas de conforto: modalidades e eficácias*, p. 441).

¹¹⁴ LEÃES, Luiz Gastão de Barros. Carta de conforto como obrigação de garantia vinculante. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 13, p. 207-216, jul./set. 2001.

¹¹⁵ A expressão é de MENEZES CORDEIRO, António. Direito Privado Bancário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 4, p. 80-93, jan./abr. 1999.

¹¹⁶ CAMUZZI, Sergio. Le lettere di patrocínio. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, n. 5-8, p. 157-176, 1980.

compreende requisitos específicos de validade, uma tributação particular, exigências contábeis e restrições previstas em atos sociais.¹¹⁷ Sua atipicidade permite uma flexibilidade formal e material, comportando, inclusive, eventuais declarações verbais ou por videoconferência.¹¹⁸

Ambas as funções delineadas acima guardam estreita relação com características estruturais das cartas de conforto. Nota-se, em primeiro lugar, a coexistência de três¹¹⁹ centros de interesses relevantes: (i) o potencial devedor, interessado na obtenção de crédito, mas carente de credibilidade necessária para tanto; (ii) o potencial credor e destinatário da carta, interessado no incremento de segurança e previsibilidade em torno da operação de crédito; e (iii) o subscritor da carta, terceiro interessado em verter sua credibilidade e capacidade financeira em prol da celebração do contrato.¹²⁰

A “estrutura triangular”¹²¹ das cartas de conforto aproxima-as das garantias autônomas. No caso ora em exame, porém, o interesse que motiva o terceiro a confortar o credor costuma derivar de uma relação societária.¹²² Na generalidade dos casos, subscrevem cartas de conforto sociedades controladoras, coligadas ou pertencentes ao mesmo grupo econômico da sociedade devedora.¹²³ Esse mesmo vínculo, visto sob outra perspectiva, é um dos confortos tendentes a favorecer a concessão do

¹¹⁷ LEÃES, Luiz Gastão de Barros. Carta de conforto como obrigação de garantia vinculante.

¹¹⁸ ROCHA, Derick de Mendonça. As cartas de conforto. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 20, p. 87-116, jul./set., 2019, p. 89-90.

¹¹⁹ Sergio Camuzzi, em especial, defende a trilateralidade da “relação” (*rapporto*) do conforto, ainda que surja a partir de um contrato bilateral entre o terceiro e o credor (*Le lettere di patrocinio*).

¹²⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito Privado Bancário*.

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. *As cartas de conforto: modalidades e eficácias*, p. 440.

¹²² CAMUZZI, Sergio. *Le lettere di patrocinio*.

¹²³ PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *As garantias difusas do financiamento societário: as cartas de conforto*.

crédito.¹²⁴

Dando sequência ao exame da estrutura das cartas de conforto, merece relevo, em segundo lugar, a nota da informalidade.¹²⁵ A apresentação de um “conforto” ao credor costuma ser reduzida a termo pela sociedade subscriptora. Todavia, pressupondo-se o distanciamento da declaração das garantias fidejussórias legais, dispensa-se os escrutínios formais impostos aos instrumentos de fiança e a outras garantias regulamentadas na legislação.¹²⁶

À ausência de demarcações de forma, segue-se uma alargada disparidade de conteúdo. Na realidade, no bojo de cada carta de conforto, é possível identificar declarações acentuadamente variadas entre si,¹²⁷ decorrente da relação de forças entre o subscritor e o credor.¹²⁸ A heterogeneidade vai ao ponto de desafiar os limites do reconhecimento de uma unidade, o que levaria importantes vozes a compreendê-la como uma noção meramente descritiva, sem conteúdo jurídico.¹²⁹

4.2. A CLASSIFICAÇÃO DAS CARTAS DE CONFORTO

Posta a premissa de que o exame do conteúdo contratual é nuclear ao mapeamento do regime jurídico do contrato,¹³⁰ o

¹²⁴ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das Obrigações*, p. 151-152.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. *As cartas de conforto: modalidades e eficácias*, p. 443.

¹²⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito Privado Bancário*.

¹²⁷ Ainda em 1980, Sergio Camuzzi registrou que a doutrina italiana havia apontado ao menos doze declarações usualmente inseridas em cartas de conforto (*Le lettere di patrocinio*). Tal levantamento empírico também é referido por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (*Garantias das Obrigações*, p. 153-154).

¹²⁸ PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *As garantias difusas do financiamento societário: as cartas de conforto*.

¹²⁹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das Obrigações*, p. 152. Em sentido contrário, reconhecendo a existência de elementos comuns que justificam um tratamento jurídico unitário, MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. *As cartas de conforto: modalidades e eficácias*, p. 440.

¹³⁰ PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *As garantias difusas do*

estudo das cartas de conforto deve reconhecer a sua diversidade substancial. Para melhor compreendê-la, a doutrina classifica as cartas de acordo com a intensidade de sua vinculação e eficácia.¹³¹ Dita intensidade, vale esclarecer, resulta da interpretação de cada declaração e corresponde à extensão da obrigação assumida pelo subscritor frente ao credor.

No desempenho de seu ofício ordenador, a doutrina oscila entre classificações dicotômicas e tricotômicas das cartas de conforto.¹³² Adotando-se a tricotomia proposta por Menezes Cordeiro, passamos a expor os lineamentos de cada uma dessas três espécies: as cartas de conforto fraco, médio e forte.¹³³

Nas cartas de conforto fraco, reúnem-se aquelas que não se orientam à produção direta de obrigações ou de efeitos jurídicos em geral.¹³⁴ Escapando ao campo negocial, tais cartas mais se afeiçoariam à noção de “acordos de cavalheiros”¹³⁵, com efeitos propositadamente confinados ao (poderoso) plano relacional.¹³⁶ No mesmo grupo, são alocadas as cartas de conforto

financiamento societário: as cartas de conforto.

¹³¹ Em sentido contrário, entendendo que cada classe “dispõe do efeito correspondente ao seu significado, tal como sucede com a generalidade das declarações negociais”, FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos III*. Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco, p. 222.

¹³² Para um panorama sobre as diversas propostas de classificação, MOREIRA ALVES, José Carlos. *Notas sobre a carta de conforto*, p. 711-712. Ao final, o autor prefere classificá-las entre fracas, em que só há “obrigações de informação”, e fortes, “em que há obrigações de fazer de meios ou de resultado ou, então, obrigações de dar como obrigações de garantia atípica, variando, conforme ocorra uma ou outra, o alcance da responsabilidade.”

¹³³ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito Privado Bancário*.

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. *As cartas de conforto*: modalidades e eficácias, p. 449.

¹³⁵ Na doutrina brasileira, sobre a distinção entre o acordo de cavalheiros e o negócio jurídico, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação de declaração negocial, p. 41-43.

¹³⁶ Sobre a gravidade do descumprimento de compromissos de honra assumidos por meio de uma carta de conforto, observa Luis Miguel Pestana de Vasconcelos: “faltando a ética, pelo menos o cálculo económico aconselhará as partes, mesmo que não sejam cavalheiros (no sentido aqui apontado, sem qualquer outra conotação), a cumprirem.” (PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *As garantias difusas do*

voltadas à comunicação de fatos capazes de reforçar a idoneidade do devedor.¹³⁷

A falta de caráter negocial de certas cartas de conforto, contudo, não quer significar o afastamento da problemática do mundo jurídico. As declarações ainda poderão deflagrar a incidência de outras normas, inclusive de direito privado. À vista da relevância das cartas de conforto para a formação do contrato de crédito, importa mencionar a eventual configuração de responsabilidade pré-contratual, tanto por veracidade das informações como pela confiança, ambas calcadas no princípio da boa-fé.¹³⁸

Nas cartas de conforto médio, situam-se as cartas por meio das quais o subscritor se compromete a empreender esforços para incentivar ou para impelir o devedor ao pagamento da dívida.¹³⁹ Em geral, a sociedade confortante ou mãe, além de informações gerais sobre o grupo empresarial, costuma fazer certas declarações sobre o empenho negocial, discriminando como irá atuar.¹⁴⁰ Em tais casos, o subscritor incrementa o conforto prestado ao credor mediante a assunção de compromissos projetados ao futuro.¹⁴¹ Segundo a doutrina, esse incremento seria robusto o suficiente para atribuir natureza contratual à carta de conforto,¹⁴²⁻¹⁴³ mas não o bastante para deflagrar a

financiamento societário: as cartas de conforto).

¹³⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Direito Privado Bancário*. Vale ressaltar que, para Luis Gastão de Barros Leães, até mesmo as declarações de informação visam à produção de efeitos jurídicos, dada a presença de “intenção jurídica de suscitar a confiança do destinatário quanto à solvência da controlada e ao subsequente adimplemento do financiamento” (*Carta de conforto como obrigação de garantia vinculante*).

¹³⁸ PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *As garantias difusas do financiamento societário*: as cartas de conforto.

¹³⁹ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Direito Privado Bancário*.

¹⁴⁰ ROCHA, Derick de Mendonça. *As cartas de conforto*, p. 95.

¹⁴¹ A relevância da referência temporal do compromisso assumido pelo subscritor (*i.e.*, se relativo a fatos passados e presentes ou a fatos futuros) está em FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos III*. Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco, p. 220.

¹⁴² CAMUZZI, Sergio. *Le lettere di patrocinio*.

¹⁴³ A constituição de um “contrato de conforto”, formada a partir da soldagem de duas declarações de vontade, é objeto de diferentes explicações doutrinárias. Para José

responsabilidade pelo inadimplemento do contrato de crédito. Haveria, apenas, uma obrigação de meio ou de diligência.¹⁴⁴

Nas cartas de conforto forte, figuram as cartas por meio das quais o subscritor assume uma obrigação diretamente relacionada ao pagamento da dívida do devedor.¹⁴⁵ Por vezes, essa obrigação restringe-se ao adimplemento na exata medida em que devido no âmbito do contrato de crédito. Por outras, as declarações chegam a obrigar o subscritor ao pagamento, a despeito de circunstâncias liberatórias do devedor (*e.g.*, caso fortuito ou força maior). Reconhece-se, nesses cenários, a constituição de obrigações de garantia, ou, ao menos, de resultado.¹⁴⁶

Conquanto também favoreçam a celebração do contrato de crédito, declarações fortes excedem as funções usualmente associadas às cartas de conforto, assim como se aproximam de modelos incompatíveis com a nota da informalidade.¹⁴⁷ Em verdade, a inserção de compromissos robustos no seio das cartas de conforto turva o *distinguo* entre tais documentos e tipos legais, como a fiança¹⁴⁸ ou o mandato com função de garantia¹⁴⁹; outras

Carlos Moreira Alves, a declaração de vontade do destinatário ocorreria de modo tácito (*Notas sobre a carta de conforto*, p. 711-712). Segundo Luis Miguel Pestana de Vasconcelos, por seu turno, a conclusão do negócio ocorreria verbalmente, *antes* da emissão do documento pelo subscritor (PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *As garantias difusas do financiamento societário*: as cartas de conforto).

¹⁴⁴ PESTANA DE VASCONCELOS, Luis Miguel. *As garantias difusas do financiamento societário*: as cartas de conforto.

¹⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito Privado Bancário*.

¹⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. *As cartas de conforto*: modalidades e eficácias, p. 450-451.

¹⁴⁷ Em sentido semelhante, embora ressalte que a informalidade impediria até mesmo o reconhecimento de uma obrigação de garantia, CHIOMENTI, Filippo. Le “lettere di conforto”. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle Obligazioni*, n. 11-12, p. 346-354, 1974.

¹⁴⁸ LEÃES, Luiz Gastão de Barros. *Carta de conforto como obrigação de garantia vinculante*.

¹⁴⁹ Judith Martins-Costa e Giovana Benetti aludem à declaração, conhecida no Brasil, por meio da qual a sociedade controladora confere à instituição bancária “autorização para, em caso de inadimplemento da sociedade controlada, estar o Banco autorizado a transferir o montante do *debitum* da conta bancária da garante à conta da devedora.” (*As cartas de conforto*: modalidades e eficácias, p. 447, nota 46).

figuras legais, como a promessa de fato de terceiro¹⁵⁰; e tipos sociais, como a garantia autônoma¹⁵¹. Nesses casos, a doutrina costuma conduzir as cartas de conforto a requalificações jurídicas.¹⁵²

As dificuldades verificadas na delimitação substancial das cartas de conforto intensificam-se diante da linguagem ambígua comumente reproduzida em tais documentos.¹⁵³ O recurso a uma “ambiguidade intencional”, observa Carlos Ferreira de Almeida, costuma se orientar ao acobertamento de práticas vedadas pelo direito. Nesse sentido, a interpretação e a qualificação das cartas de conforto não podem legitimar um contorno fraudulento de normas imperativas afetas às suas figuras afins.¹⁵⁴

5. ASPECTOS ECONÔMICOS DAS GARANTIAS DE TERCEIROS

5.1. NOTAS SOBRE A VISÃO ECONÔMICA DOS CONTRATOS

Dizer que o contrato é “veste jurídica de uma operação econômica”¹⁵⁵ é algo tão repetitivo quanto verdadeiro. Esse instrumento, que é eminentemente jurídico, tem inegáveis influências econômicas, ao mesmo tempo que é fortemente influenciado pela economia. Neste sentido, verifica-se que a visão

¹⁵⁰ LEÃES, Luiz Gastão de Barros. *Carta de conforto como obrigação de garantia vinculante*.

¹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. *As cartas de conforto: modalidades e eficácias*, p. 445.

¹⁵² PESTANA DE VASCONCELOS, Luis Miguel. *As garantias difusas do financiamento societário: as cartas de conforto*.

¹⁵³ LEÃES, Luiz Gastão de Barros. *Carta de conforto como obrigação de garantia vinculante*.

¹⁵⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos III*. Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco, p. 219-220.

¹⁵⁵ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7-10.

econômica permite um tratamento mais funcional à disciplina contratual, já que o contrato é entendido como sendo um instrumento de comunicação das metas de conduta dos sujeitos que se relacionam em busca de um benefício comum.¹⁵⁶

A contribuição da economia para a teoria contratual, mesmo que recentemente desenvolvida, já traz diversos frutos bastante interessantes, em especial no seio dos contratos empresariais, que têm no fim lucrativo almejado pelas partes a sua principal característica.¹⁵⁷ Não cabe no presente estudo trabalhar de forma exaustiva todos os pontos tratados pela chamada Teoria Econômica do Contrato, já que tal esforço, além de hercúleo, não se coaduna com os objetivos ora traçados. Mas, sem dúvidas, ainda que de forma sintética, é importante destacar certos pontos interessantes trazidos pela chamada literatura de *law and economics*.

Ao fazer um sobrevoos dessa visão econômica do contrato, o principal conceito que merece destaque é o de custos de transação, que são todos os esforços e gastos despendidos pelas partes que participam de uma relação contratual. Não se trata dos custos monetários envolvidos no negócio em si, mas sim daqueles que são gastos pelas partes sem qualquer benefício para a outra, podendo ser apontados três principais custos nas relações contratuais: custos de informação, custos de negociação e custos de execução.¹⁵⁸

Neste sentido, sempre fundamental destacar que eles representam perdas absolutas de bem-estar, e por isso é fundamental que as partes busquem sempre os reduzir. Isto porque dentro da noção de custos de transação está presente a ideia do ótimo coseano, que é a tentativa de se chegar sempre o mais próximo

¹⁵⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14-17.

¹⁵⁷ FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*, p. 109.

¹⁵⁸ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 167-168.

possível da solução negociada mais eficiente.¹⁵⁹ Considerando tal premissa, chega-se a afirmar que o advogado que assessora as partes na negociação contratual deve ser um engenheiro de custos de transação, estabelecendo os arranjos de incentivos contratuais que permita a redução destes.¹⁶⁰

Daí se extrai outra importante noção que é trabalhada na análise econômica do direito: o incentivo. Apoiado na noção de racionalidade da ciência econômica, entende-se que o incentivo é tudo aquilo que altera o quadro de indiferença do agente econômico, deslocando as suas preferências.¹⁶¹ Como a economia neoclássica parte do pressuposto de que o indivíduo é maximizador de utilidades, e tem preferências estáveis e acumula parâmetros ótimos de informações.¹⁶² Os incentivos funcionam como “empurrões” para as partes, dentro de uma relação contratual, alterem suas preferências.

A noção de incentivos é particularmente relevante pois permite que se entenda de forma estruturada a função econômica exercida pelas disposições e condições contratuais, que tem como objetivo precípuo permitir que as partes tratem o risco.¹⁶³ Definição dos incentivos, gestão do risco e redução dos custos de transação são os três principais valores de eficiência dos contratos.¹⁶⁴ E do ponto de vista econômico o contrato deve sempre almejar a eficiência, pois assim é possível obter utilidade e bem-estar.

Dentro da noção de eficiência contratual, é particularmente importante destacar a ideia de assimetria informacional,

¹⁵⁹ Como proposto por COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. III, p. 1-44, 1960.

¹⁶⁰ GILSON, Ronald. Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing. *The Yale Law Journal*, v. 94, n. 2, p. 239-313, 1984, p. 255.

¹⁶¹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra, Almedina, 2005, p. 44B-45A.

¹⁶² SANTOLIM, Cesar. “Behavioral Law and Economics” e a Teoria dos Contratos. *Revista Jurídico Luso-Brasileira – RJLB*, Ano 1, n. 3, p. 407-430, 2015, p. 408-409.

¹⁶³ FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*, p. 147.

¹⁶⁴ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 105-107.

que representa um dos principais óbices a essa busca. Sabe-se que as partes que negociam um contrato nunca podem dispor de informações completas uma sobre as outras, pois os custos de sua obtenção são muito elevados. Neste contexto, é possível que muitas vezes os agentes mais eficientes sejam afastados do mercado, movimento que é denominado de seleção adversa.¹⁶⁵ Isso ocorre quando o detentor da informação, ciente que ela pode ser utilizada contra si mesmo, desenvolve comportamentos e utiliza-se de mecanismos para manipular a negociação, levando a perdas de eficiência.¹⁶⁶

Para solucionar esses problemas que podem decorrer da assimetria informativa, e evitar situações de seleção adversa, é preciso que as partes criem estruturas de cooperação que permitam um jogo de soma positiva. As partes podem, por meio de mecanismos contratuais, oferecer informações que sejam verificáveis a baixos custos de transação, sinalizando uma para outra a sua boa-fé. A sinalização para a ciência econômica é exatamente a disponibilização de informações sem custos de transação, de forma gratuita.¹⁶⁷ Muitas vezes, para tanto, o agente econômico se oferece à contraparte como verdadeiro refém, permitindo que a informação seja adquirida sem maiores custos.¹⁶⁸

Fica de certa forma evidente, portanto, que a abordagem econômica enxerga o contrato como uma rede de soluções de equilíbrio e compromissos, um mecanismo de organização da cooperação,¹⁶⁹ que deve estar permeado de incentivos que busquem a eficiência e o bem-estar. Do ponto de vista econômico, a função do direito contratual deve ser a de reduzir os custos de

¹⁶⁵ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*, p. 167.

¹⁶⁶ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais*. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 77-78.

¹⁶⁷ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, p. 401B-402A.

¹⁶⁸ GILSON, Ronald. *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, p. 280-281.

¹⁶⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 96-98.

transação.¹⁷⁰ Neste sentido, parece particularmente interessante tecer algumas considerações sobre a função econômica exercida pelas garantias atípicas pessoais.

5.2. GARANTIAS, INCENTIVOS E SINALIZAÇÃO

Do ponto de vista dogmático, ficou claro que a principal função das garantias é o reforço do cumprimento da obrigação, permitindo que o credor com certa facilidade obtenha a satisfação do seu crédito. Essa ideia de reforço ao cumprimento, do ponto de vista econômico, está ligada à noção de incentivo ao adimplemento, ou seja, de criação de mecanismos de deslocamento da preferência do devedor pelo cumprimento.¹⁷¹ Considerando que o devedor tenha um esquema de preferências entre o adimplemento e inadimplemento das obrigações de um contrato, um incentivo contratual atua para alterar esse esquema, privilegiando a execução.

Em regra, esses mecanismos de reforço da vinculação contratual e da obrigatoriedade dos pactos funcionam como uma espécie de seguro do ponto de vista econômico. O devedor, ao se sujeitar a, ou mesmo ao sugerir que, esse tipo de mecanismo seja inserido no contrato, tem a plena ciência que os efeitos serão desencadeados em caso de inadimplemento. Desta forma, a tendência será que ele tome maiores precauções e realize a prestação, o que faz com que esses mecanismos funcionem como incentivo ao adimplemento do contrato.¹⁷²

Inegavelmente, as garantias pessoais atípicas funcionam como incentivo ao cumprimento. Elas atuam como mecanismos

¹⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*, p. 175.

¹⁷¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 480.

¹⁷² HÄTZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law, *International Review of Law & Economics*, v. 22, n. 4, p. 381-406, Dec. 2002, p. 390.

que reduzem os riscos de inadimplemento e simplificam os custos de monitoramento,¹⁷³ e esse aspecto existe exatamente em razão da função incentivadora que ela exerce no agente que se sujeita a ela. Considerando que o próprio ordenamento jurídico brasileiro possui mecanismos que são voltados ao adimplemento da obrigação, dando uma segurança mínima para o contrato, a garantia pode ser considerada uma segurança que reforça a própria segurança, sendo assim um instrumento de incentivo ao cumprimento.¹⁷⁴ Isso é ainda mais evidente nos contratos relacionais, nos quais a reputação atua como garantia,¹⁷⁵ que pode exatamente ser reforçada pelas garantias especiais.

A principal função econômica das garantias de terceiros atípicas, contudo, não parece ser o incentivo ao cumprimento. Isto porque, por serem oferecidas e administradas por terceiros, podem muitas vezes não chegar ao ponto de efetivamente deslocar a preferência do agente pelo cumprimento, isso é, não terá impacto no arranjo de preferências já existente anteriormente à constituição da garantia. Não se mostra tão automática e evidente, por exemplo, a função incentivadora exercida por uma garantia à primeira demanda prestada por uma instituição financeira a um devedor que está obtendo um empréstimo com uma outra instituição financeira. Neste sentido, não se consegue de modo claro perceber como poderia existir um verdadeiro incentivo ao cumprimento nessa relação contratual.

As garantias de terceiros, por outro lado, exercem uma importante função incentivadora da própria celebração do contrato. Elas permitem muitas vezes que um agente que teria uma maior preferência à não contratação possa celebrar um certo contrato, evitando situações de não-contrato que podem representar

¹⁷³ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantia das Obrigações*, p. 96.

¹⁷⁴ LLEWELLYN, Karl N. What price contract? An essay in perspective. *Yale Law Journal*, v. 40, p. 704-751, 1931, p. 725-726.

¹⁷⁵ CALEMAN, Silvia Morales de Queiroz; ZYLBERSZTAJN, Decio. Falta de Garantias e Falhas de Coordenação: evidências do sistema agroindustrial da carne bovina. *RESR*, v. 50, n. 2, p. 223-242, abr./jun. 2012, p. 226-B.

perdas absolutas de bem-estar. As garantias funcionam como mecanismos de sinalização, possibilitando que a confiabilidade do garantido seja demonstrada a baixos custos de transação. Esse papel é fundamental, especialmente porque a confiança é um elemento de extrema importância nos contratos empresariais, sendo ela própria um instrumento redutor de custos de transação.¹⁷⁶

Considerando que as relações contratuais são permeadas de assimetria informativa, o oferecimento de garantias de terceiros pode ser uma excelente forma de redução desta, já que serve como fornecimento indireto de informação.¹⁷⁷ Esse ponto é ainda mais evidente quando se está diante do mercado de crédito bancário, pois as garantias são utilizadas pelas instituições financeiras como mecanismos de seleção dos mutuários mais confiáveis.¹⁷⁸ As garantias também podem ser úteis ao próprio agente que busca o financiamento, que procura demonstrar sua condição confiável ao celebrar, por exemplo, um contrato de garantia autônoma com outra instituição financeira, afastando assim possíveis preocupações com a sua insolvência.¹⁷⁹

Além disso, é possível verificar que o oferecimento de garantias facilita a obtenção de crédito, pois reforça a confiança do financiador no agente financiado, e com isso possibilita que ele cobre uma remuneração (taxa de juros) mais baixa.¹⁸⁰ Esse ponto, contudo, pode trazer certos problemas no mercado de crédito, pois, ao funcionar como incentivador da celebração de contratos, acaba atraindo agentes não tão confiáveis. Deve-se destacar que nem sempre será eficiente que o financiador aumente a

¹⁷⁶ FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*, p. 73.

¹⁷⁷ CHAN, Yuk-Shee; KANATAS, George. Asymmetric Valuations and the Role of Collateral in Loan Agreements. *Journal of Money, Credit and Banking*, v. 17, n. 1, p. 84-95, Feb. 1985, p. 85.

¹⁷⁸ BESTER, Helmut. The role of collateral in credit markets with imperfect information. *European Economic Review*, n. 31, p. 887-899, 1987, p. 892-894.

¹⁷⁹ TRIANTIS, George. Exploring the limits of contract design in debt financing. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 7, p. 2.041-2.061, Jun. 2013, p. 2.058.

¹⁸⁰ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantia das Obrigações*, p. 99-100.

taxa de juros ou exija uma maior quantidade de garantias, pois isso pode ter um efeito adverso na seleção dos mutuários, afetando o balanço do risco. As garantias podem representar uma seleção adversa, pois acabam alterando o grau de risco dos financiamentos, atraindo agentes ineficientes e com alto grau de risco.¹⁸¹ Neste sentido, será sempre necessário verificar o correto balanço entre o risco e os incentivos, com vistas à celebração de um contrato eficiente e maximizador de bem-estar.

Fora do ambiente financeiro, cabe ressaltar ainda que a função de sinalização exercida pelas garantias de terceiros pode ser especialmente útil para os devedores “novos entrantes” em um certo mercado, e para que os credores avessos ao risco celebrem contratos,¹⁸² permitindo que seja alcançada uma alocação “ótima” dos riscos.

Em relação aos novos entrantes, ou seja, àqueles agentes econômicos que não possuem ainda um certo nível de reputação no mercado, as garantias de terceiros podem servir como sinalizadores de reputação. Em geral, mesmo no mundo empresarial, negócios somente são conduzidos quando existe facilidade na execução do contrato, quando o agente tem certa reputação facilmente reconhecida ou com base no conhecimento pessoal dos contratantes. Nas relações duradouras, as partes tendem a diminuir a necessidade de garantias-sinalizações, uma vez que a confiança vai aumentando e a preocupação com o risco diminui.¹⁸³ Já nas relações pontuais ou naquelas que estão se iniciando, evidenciar a confiança pode ser crucial para que o negócio se concretize. Assim, expedientes utilizados pelos agentes para demonstração de qualidades pessoais e reputação mitigam

¹⁸¹ STIGLITZ, Joseph E.; WEISS, Andrew. Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. *The American Economic Review*, v. 71, n. 3, p. 393-410, Jun., 1981, p. 394-B e 402-B.

¹⁸² POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 128.

¹⁸³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 290-297.

incertezas e com isso reduzem custos de transação.¹⁸⁴

Considerando que as garantias de terceiros funcionam como mecanismo de demonstração de certos atributos e informações, elas possibilitam que novo agentes se insiram em mercados, funcionando como redutores de custos de informação (e consequentemente dos custos de transação).¹⁸⁵ As garantias de terceiro têm essa função sinalizadora de confiança por serem ofertadas por agentes que não fazem parte da relação contratual, e que por isso são vistos como uma espécie de auditores da reputação do garantido.

Em especial, chama atenção a importância das cartas de conforto que podem ser ofertadas por uma sociedade mãe, já devidamente consolidada em certo mercado, à uma sociedade que faz parte do mesmo grupo empresarial, mas que tenha sido constituída ou adquirida mais recentemente.¹⁸⁶ Essa sociedade mãe bem consolidada, por exemplo, poderá conceder à nova entrante no mercado uma carta de conforto afirmando a sua estreita relação com a segunda, sinalizando para o contratante a confiança e reputação necessárias que incentivará a celebração do contrato. Destarte, as garantias permitem que agentes com nenhuma ou pouca reputação possam adentrar em um novo mercado, incentivando a celebração do contrato.¹⁸⁷ Fica claro, portanto, que as garantias de terceiros facilitam a troca de informações, acarretando uma melhor alocação de responsabilidades e riscos, e com isso evitando que custos desnecessários sejam dispendidos pelas

¹⁸⁴ AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, Aug., 1970, p. 499-500.

¹⁸⁵ CALEMAN, Silvia Morales de Queiroz; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Falta de Garantias e Falhas de Coordenação: evidências do sistema agroindustrial da carne bovina*, p. 227-B.

¹⁸⁶ Ponto que inclusive é destacado pela doutrina civilista, cf. MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. *As cartas de conforto: modalidades e eficácias*, p. 442.

¹⁸⁷ HESS, James D.; KNOEBER, Charles R. Security and Penalty in Debt Contracts. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, v. 143, n. 1, p. 149-167, Mar. 1987, p. 165.

partes.¹⁸⁸

Nesse movimento de evitar o dispêndio de esforço e tempo desnecessários, as garantias de terceiros são muitas vezes exigidas para evitar a seleção adversa e os problemas de risco moral.¹⁸⁹ Assim, têm considerável prevalência nas situações envolvendo situações de aversão ao risco.¹⁹⁰ O agente econômico que possui certa aversão ao risco tendencialmente preferirá uma remuneração que não seja impactada por fatos aleatórios e exteriores ao negócio a ser celebrado.¹⁹¹ Torna-se, contudo, fundamental estabelecer um esquema de incentivos que não sejam meramente remuneratórios, como aumento de preços ou de juros, pois esses elementos podem incentivar, na verdade, uma redução dos níveis de produção e esforço do agente. Neste sentido, o oferecimento de uma garantia de terceiros surge como um interessante mecanismo incentivador, pois permite que a remuneração desse agente avesso ao risco seja alcançada, sem influenciar no corpo central do contrato, mantendo intacto o programa de colaboração primário.

Sendo certo que o risco é algo inevitável nos contratos empresariais, é fundamental dividir e alocar os riscos entre os contratantes.¹⁹² A aversão ao risco pode aumentar ainda mais caso sejam exigidas garantias patrimoniais, já que é totalmente compreensível a aversão de devedores à oneração do seu patrimônio.¹⁹³ Por isso é interessante a técnica da garantia de terceiros. O terceiro garantidor, nesse contexto, atua como minimizador dos riscos, em especial do inadimplemento,¹⁹⁴ e permite que

¹⁸⁸ GILSON, Ronald. *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, p. 270.

¹⁸⁹ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco TIMM. *Análise Econômica dos Contratos*, p. 167.

¹⁹⁰ HESS, James D.; KNOEBER, Charles R. *Security and Penalty in Debt Contracts*, p. 164.

¹⁹¹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 609.

¹⁹² FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*, p. 145.

¹⁹³ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantia das Obrigações*, p. 101.

¹⁹⁴ MENDES, Maria Cristina Varala; RODRIGUEZ, Caio Farah. Notas sobre

uma parte que tenha uma maior aversão ao risco passe a preferir a celebração do contrato. O agente que oferece uma garantia autônoma de um banco, por poder contar com esse terceiro garantidor, fica com seu patrimônio desonerado e livre para outras atividades, afastando-se assim o seu próprio risco. Por outro lado, o contratante avesso ao risco, ao receber uma garantia de cumprimento prestada por um terceiro, reduz as incertezas e o risco do contrato, ficando tendencialmente mais disposto a concretizar o negócio.

Por fim, cabe uma breve nota final sobre a atipicidade que permeia as garantias ora em análise. Poder-se-ia argumentar que a falta de regulamentação legal ou mesmo supletiva que envolve essas figuras traria um aumento nos custos de transação que prejudicaria a função sinalizadora ora destacada. Isto porque a sua constituição dependeria, na falta de um arcabouço normativo ao qual às partes poderiam confiar a regulação de suas relações, de um certo nível de negociação prévio que envolveria o aumento dos custos, já que o custo de negociar todas as possíveis contingências do contrato e definir a forma eficiente de resolução delas muitas vezes acaba sendo maior do que o ganho contratual.¹⁹⁵ Mas, como evidenciado acima, essa possível crítica não pode prosperar, já que se está diante de garantias que podem ser consideradas socialmente típicas, desenvolvidas pelo mercado como incentivos à contratação mais eficiente.¹⁹⁶ Os contratos socialmente típicos, como as garantias de terceiros, quando reconhecidos pela prática e utilizados de forma expressiva no mercado são efetivamente regidos por regras.¹⁹⁷ Desta forma, não se verifica um necessário aumento dos custos de transação.

alocação de riscos e garantias contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos Empresariais: fundamentos e princípios*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 404.

¹⁹⁵ SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating Litigation in Contract Design. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 814-879, 2006, p. 816.

¹⁹⁶ GILSON, Ronald. *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, p. 253.

¹⁹⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*, p. 61.

Pelo contrário, essas garantias, como importantes ferramentas de incentivo e sinalização têm, em última análise, o papel de considerável redução dos custos de transação.

6. CONCLUSÃO

O termo garantia, mesmo sendo polissêmico e repleto de significados jurídicos, pode ser trabalhado de forma técnica quando analisado dogmática e economicamente. Para uma definição jurídica de garantia, fundamental levar em conta três vértices de análise diversos e complexos, mas que tem no seu cerne a ideia de cobertura contra a ocorrência de um risco, normalmente o inadimplemento da obrigação. Partindo-se de uma visão macro, chega-se a uma ideia de garantia que envolve as garantias de fruição, a obrigação de garantia e a garantia de cumprimento. Este último é o eixo que envolve verdadeiramente figuras que possuem estrutura e função de garantia.

No processo de afunilamento desse conceito, portanto, chega-se ao termo adjetivado “garantia especial das obrigações”, que comporta o conjunto de garantias reais e pessoais (ou de terceiros). Essas figuras, ainda que possuam natureza diversa, atuam sempre no reforço do cumprimento da obrigação e consequente satisfação da utilidade buscada pelo credor, quer por meio da afetação de um bem, quer pela submissão do patrimônio do terceiro garantidor.

As garantias especiais, sejam elas reais ou pessoais, devem ser constituídas por negócio jurídico, e como traço comum possuem o contrato de garantia. Aquelas de natureza real são necessariamente típicas e taxativas, só podendo ser constituídas em observância da previsão legal. Por outro lado, as garantias pessoais, por terem natureza contratual, estão permeadas pela autonomia privada, representando um campo de ampla liberdade contratual. Certas garantias dessa natureza possuem regramento legal, e por conta disso são figuras típicas, como a fiança e o

aval. Outras foram sendo desenvolvidas no âmbito do comércio, e por isso são caracterizadas como atípicas. Essa atipicidade, contudo, não pode ser considerada como plena, já que sua utilização reiterada no mercado garante um certo tom de tipicidade social. Dentro das chamadas garantias de terceiros atípicas, duas figuras possuem substancial proeminência: a garantia autônoma e as cartas de conforto.

A primeira delas, a garantia autônoma, tem como principal característica o seu caráter desvinculado da relação contratual principal, representando uma clara fuga do regime típico do contrato de fiança. A potencialidade da figura está exatamente no seu caráter autônomo, cobrindo o risco da sua inexecução de forma ampla. Não cabe nessa relação de garantia oposições e exceções que poderiam ser levantadas pelo garantidor, sendo bastante comum que a cobrança da garantia se dê em primeira demanda. Em razão disso, tem-se uma acessoriedade bastante mitigada, razão pela qual a figura é amplamente utilizada nos contratos empresariais nacionais e internacionais.

Já a segunda, em verdade, congrega uma série de declarações que acabam sendo caracterizadas pela doutrina como “cartas de conforto”. Elas são classificadas usualmente como fracas, médias ou fortes segundo o nível de vinculação e eficácia. Podem representar desde simples declarações informacionais sobre o confortado, até promessas de vinculação e cumprimento feitas pela confortante, sendo essas aquelas que acabam se amoldando como verdadeiras garantias. As cartas de conforto decorrem necessariamente de uma estrutura triangular, sendo bastante comum que a confortante e a confortada sejam sociedades que fazem parte de um mesmo grupo empresarial. Neste sentido, pode-se afirmar que a informalidade desses instrumentos garante a relevância da sua aplicação prática.

As garantias de terceiros atípicas representam inequivocamente um reforço à satisfação do crédito, cobrindo o risco do inadimplemento. Do ponto de vista econômico, portanto, podem

ser vistos como um instrumento de incentivo ao cumprimento. Mas por serem prestados por terceiro, sua função econômica primordial é de sinalização, reduzindo os custos de obtenção de informações, mitigando os problemas de assimetria informativa, e por isso incentivando a própria celebração do contrato. Com o oferecimento de uma garantia pelo devedor, o credor recebe deste uma forte demonstração de confiabilidade, realizada a baixos custos de transação, permitindo que sua preferência pela realização do negócio seja deslocada.

Pode-se concluir, portanto, que no exercício de análise das garantias atípicas de terceiro, além da estrutura, sobressai fundamental que se proceda a um exame das funções. Esse exercício deve levar em conta o viés jurídico, como forma de permitir uma construção dogmática das figuras. Mas, ao mesmo tempo, considerando a inserção dessas garantias no âmbito empresarial, é primordial refletir sobre as suas funções econômicas. Partindo-se desses dois prismas é possível contribuir para uma melhor percepção dessas figuras, que já se tornaram socialmente típicas e que merecem um tratamento cada vez mais apurado da doutrina, com vistas a um aprimoramento da dogmática.



REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, Aug., 1970.
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra, Almedina, 2005.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

- ASCARELLI, Tullio. *O negócio jurídico indirecto*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1965.
- BARILLÀ, Giovanni. *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005.
- BERENSMANN, Wolfgang. *Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.
- BESTER, Helmut. The role of collateral in credit markets with imperfect information. *European Economic Review*, n. 31, p. 887-899, 1987.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Da fidúcia à securitização: as garantias dos negócios empresariais e o afastamento da jurisdição. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, Ano 14, n. 2, jul. 2014, p. 115. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=63373>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina; SCHULMAN, Gabriel. Ensaio sobre as iniquidades da fiança locatícia gratuita. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; BODIN DE MORAES, Maria Celina; e MEIRELES, Rose Melo Vence-lau (coords.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 11-55.
- BOETIUS, Jan. *Der Garantievertrag*. München: Uni-Druck München, 1986.
- BÜLOW, Peter. *Recht der Kreditsicherheiten*. 7. ed. rev. e atual. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.
- CALEMAN, Silvia Morales de Queiroz; ZYLBERSZTAJN, Decio. Falta de Garantias e Falhas de Coordenação: evidências do sistema agroindustrial da carne bovina. *RESR*, v. 50, n. 2, p. 223-242, abr./jun. 2012.
- CAMUZZI, Sergio. Le lettere di patrocinio. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle Obligazioni*, n. 5-8, p. 157-176, 1980. Disponível em: <https://www.rivistadeldirittocommerciale.com/>. Acesso em 12 mar. 2021.

- CASTRO NEVES, José Roberto de. As Garantias do Cumprimento da Obrigação. *Revista da EMERJ*, v. 11, n. 44, p. 174-213, 2008.
- CHAN, Yuk-Shee; KANATAS, George. Asymmetric Valuations and the Role of Collateral in Loan Agreements. *Journal of Money, Credit and Banking*, v. 17, n. 1, p. 84-95, Feb. 1985.
- CHIOMENTI, Filippo. Le “lettere di conforto”. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle Obligazioni*, n. 11-12, p. 346-354, 1974.
- COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. III, p. 1-44, 1960.
- COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. *Revista dos Tribunais*, v. 56, n. 986, p. 26-35, dez. 1967.
- DE LUCCA, Newton. O aval. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 80, p. 340-353, 1985.
- DE NICTOLIS, Rosanna. *Nuove garanzie personali e reali: Garantievertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back*. Pádua: CEDAM, 1994.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 2: Teoria Geral das Obrigações. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. 1. ed. atual. por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos III*. Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco. Coimbra: Almedina, 2012.
- FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. Os contratos autônomos de

- garantia. *Revista Ajuris*, n. 53, p. 170-180, nov. 1991.
- FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais*. Lisboa: AAFDL, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. Vol. 2: Obrigações. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- GILSON, Ronald. Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing. *The Yale Law Journal*, v. 94, n. 2, p. 239-313, 1984.
- GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina, 2000.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GUILHARDI, Pedro. *Garantias autônomas: instrumento para proteção jurídica do crédito*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- HATZIS, Aristides N. Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law, *International Review of Law & Economics*, v. 22, n. 4, p. 381-406, Dec. 2002.
- HESS, James D.; KNOEBER, Charles R. Security and Penalty in Debt Contracts. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, v. 143, n. 1, p. 149-167, Mar. 1987;
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação de declaração negocial*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- KRATZ, Maria-Theresia. *Rechtsdogmatik des*

- Garantievertrages*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Bonn, Bonn, 1989.
- LEÃES, Luiz Gastão de Barros. Carta de conforto como obrigação de garantia vinculante. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 13, p. 207-216, jul./set. 2001. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/>. Acesso em: 02 jul. 2021.
- LLEWELLYN, Karl N. What price contract? An essay in perspective. *Yale Law Journal*, v. 40, p. 704-751, 1931.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. As cartas de conforto: modalidades e eficácias. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; BODIN DE MORAES, Maria Celina; e MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coords.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 433-463.
- MASTROPAOLO, Fulvio. *I contratti autonomi di garanzia*. Turim: Giappichelli, 1989.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; BODIN DE MORAES, Maria Celina; e MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coords.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 105-122.
- MENDES, Maria Cristina Varala; RODRIGUEZ, Cario Farah. Notas sobre alocação de riscos e garantias contratuais.

- In: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos Empresariais: fundamentos e princípios*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENEZES CORDEIRO, António. Direito Privado Bancário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 4, p. 80-93, jan./abr. 1999. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/>. Acesso em: 02 jul. 2021.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Vol. X: Direitos das Obrigações: Garantias. Coimbra: Almedina, 2014.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das Obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Manual de Direito das Coisas*. Belo Horizonte: D'Placido, 2020.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. Notas sobre a carta de conforto. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira (Org.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos – Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 709-712.
- MÖSLEIN, Florian; RIESENHUBER, Karl. Contract governance – a draft research agenda. *European Review of Contract Law*, v. 5, p. 248-289, Nov. 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III: Contratos. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV: Direitos Reais. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. As garantias difusas do financiamento societário: as cartas de conforto. *Revista Eletrônica de Direito*, n. 1, fev. 2014. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/82554/2/101961.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

- PESTANA DE VASCONCELOS, L. Miguel. *Direito das garantias*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXIV: Direito Cambiário. Letra de Câmbio. Atualizado por Raquel Sztajn. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIV: Direito das Obrigações. Representação, Fiança, Edição, Empreitada. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.
- RENTERIA, Pablo. *Penhor e Autonomia Privada*. São Paulo: Atlas, 2016.
- ROCHA, Derick de Mendonça. As cartas de conforto. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 20, p. 87-116, jul./set., 2019.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- SANTOLIM, Cesar. “Behavioral Law and Economics” e a Teoria dos Contratos. *Revista Jurídico Luso-Brasileira – RJLB*, Ano 1, n. 3, p. 407-430, 2015.
- SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating Litigation in Contract Design. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 814-879, 2006.
- SEGALLA, Alessandro. *Contrato de fiança*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias das Obrigações*. São Paulo: Editora IASP, 2017.
- SPINELLI, Luis Felipe. O aval na recuperação judicial e na falência. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; BODIN DE MORAES, Maria Celina; e MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coords.). *Direito das Garantias*. São Paulo:

- Saraiva, 2017, p. 125-169.
- STIGLITZ, Joseph E.; WEISS, Andrew. Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. *The American Economic Review*, v. 71, n. 3, p. 393-410, Jun., 1981.
- TARTAGLIA, Paolo. *I negozi atipici di garanzia personale*. Milano: Giuffrè, 1999.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Vol. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Vol. 4: Direito das Coisas. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do Direito Civil*. Vol. 5: Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; SALGADO FILHO, Bernardo. O risco no seguro garantia e o inadimplemento anterior ao termo. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. *Temas atuais de direito dos seguros*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, t. II, p. 486-506.
- TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- TRIANSTIS, George. Exploring the limits of contract design in debt financing. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 7, p. 2.041-2.061, Jun. 2013.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- WALD, Arnoldo; VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Direito das Coisas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. (Coleção de direito civil brasileiro).
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to suit: qualificação e

conseqüências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; ALMEIDA PRADO, Maurício (orgs.) *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 101-122.