

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ADALBERTO DE SOUZA PASQUALOTTO

GARANTIAS NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES:  
UM ENSAIO DE SISTEMATIZAÇÃO

PORTO ALEGRE  
DEZEMBRO DE 2005

ADALBERTO DE SOUZA PASQUALOTTO

**GARANTIAS NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES:  
UM ENSAIO DE SISTEMATIZAÇÃO**

Trabalho final apresentado para obtenção do grau de Doutor no Curso de Doutorado em Direito, área de concentração em Direito Civil, do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora:  
Professora Doutora Cláudia Lima Marques

Porto Alegre

Dezembro de 2005

## RESUMO

Este trabalho procura realizar uma sistematização das garantias no direito das obrigações. Inicialmente, conceitua garantia genericamente, a partir dos pressupostos do interesse e de risco. Define garantia como uma relação jurídica de responsabilidade, tendo por objeto indenizar um prejuízo eventual. Em seguida, faz uma classificação das garantias em dois grandes gêneros: garantias derivadas de uma relação jurídica de base e garantias independentes. Prossegue, analisando a estrutura da relação jurídica de garantia, especialmente a situação jurídica dos sujeitos, o objeto e o modo de produção da eficácia. Finalmente, estuda as garantias em espécie: garantias relativas ao dever de prestação (accessórias, autônomas e especiais), garantias relativas ao conteúdo da prestação (garantias contra evicção e contra vícios do objeto da prestação) e garantias independentes, cujo modelo é o contrato de seguro. Em conclusão, afirma-se a existência de um conceito unitário de garantia, subordinado à idéia de proteção de um interesse exposto a risco.

Palavras-chave: garantias – sistematização – relação jurídica de garantia – seguro.

## RÉSUMÉ

Ce travail cherche à systématiser les garanties dans le cadre du droit des obligations. D'abord, on conceptualise généralement la garantie à partir des présupposés de l'intérêt et du risque. La garantie est définie comme un rapport juridique de responsabilité, ayant pour objet le dédommagement d'une perte éventuelle. Ensuite, on classe les garanties en deux grands genres : les garanties dérivées d'un rapport juridique de base et les garanties indépendantes. Puis on analyse la structure du rapport juridique des sujets, l'objet et le mode de production de l'efficacité. Enfin, on étudie les garanties selon leur espèce : garanties relatives au devoir de prestation (accessoires, autonomes et spéciales), garanties relatives au contenu de la prestation (garantie de l'éviction et des vices cachés de l'objet de la prestation) et garanties indépendantes dont le modèle est celui du contrat d'assurance. En conclusion, on affirme l'existence d'un concept unitaire de garantie, subordonné à l'idée de protection d'un intérêt exposé à des risques.

Mots-clé : garantias – systématisation – rapport juridique de garantie – assurance.

## SUMÁRIO

### GARANTIAS NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES: UM ENSAIO DE SISTEMATIZAÇÃO

#### INTRODUÇÃO

#### I. GARANTIA COMO GÊNERO

1. Origem do termo garantia
2. Pressupostos das garantias
  - 2.1. Interesse
  - 2.2. Risco
  - 2.3. Conexão da origem dos interesses em risco com as garantias
3. Abrangência do conceito e objeto das garantias
  - 3.1. Relação jurídica de garantia
  - 3.2. Caução
  - 3.3. Situações jurídicas passivas diferentes de garantias
    - 3.3.1. Solidariedade passiva
    - 3.3.2. Promessa de fato de terceiro
  - 3.4. Conceitos impróprios de garantia
    - 3.4.1. “Obrigações” de garantia
    - 3.4.2. “Obrigação” de segurança
4. Conteúdo das garantias
  2. Gênese e operabilidade das garantias
    - 2.1. Autonomia privada e tipicidade
    - 2.2. Tratamento legislativo
    - 2.3. Causalidade e abstração das garantias
      - 2.3.1. Causa subjetiva e causa objetiva
      - 2.3.2. Causa e estrutura do contrato
      - 2.3.3. Cinco acepções de causa
      - 2.3.4. Abstração da causa
      - 2.3.5. Promessa de dívida

#### II. CLASSIFICAÇÃO DAS GARANTIAS

1. Definição do critério classificatório
  - Classificações usuais
  - Garantia geral e garantias especiais
  - Garantias reais e pessoais
  - Garantias acessórias e autônomas
  - Crítica dos critérios classificatórios usuais
  - Critério fenomenológico
  - Vocação ideal da garantia e projeção da sua origem fenomênica

## 2. Quadro geral de classificação das garantias

### III. RELAÇÃO JURÍDICA DE GARANTIA

#### 1. Estrutura da obrigação

Dinâmica da relação jurídica obrigacional

Crédito e débito

Conceito de débito

Conceito de crédito

Vínculo de cooperação

Finalidade do vínculo

Os aspectos jurídico e econômico da prestação

Crédito e débito no plano das expectativas

Pretensão e obrigação

Pretensão

Obrigação

Obrigação, responsabilidade e garantia

Ação e exceção

Teoria dualista da obrigação

Surgimento e evolução da teoria dualista

Dualismo *vs* monismo

#### 2. Situações jurídicas subjetivas e eficácia da garantia

Teoria da situação jurídica

##### 2.1.1. Estrutura da situação jurídica

A peculiaridade do objeto da garantia e as situações jurídicas dos sujeitos

Responsabilidade do garante: uma situação jurídica objetiva

##### 2.2.1.1. Exposição a uma dívida futura e incerta

##### 2.2.2. Direito expectativo do garantido

##### 2.2.2.1. Direito a uma indenização *pendente eventus*

##### 2.3. Enunciados performativos

##### 2.3.1. Crítica aos enunciados performativos

##### 2.3.2. Atribuição patrimonial por enunciado performativo

### IV. GARANTIAS DERIVADAS DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA DE BASE (GARANTIAS PRESTACIONAIS)

#### 1. Garantias relativas ao dever de prestação

Garantias acessórias

Garantias pessoais

Fiança

Garantias reais

Hipoteca

Penhor

Anticrese

Garantias especiais

Propriedade fiduciária  
*Leasing* financeiro  
Garantias autônomas  
Aval  
Garantias do comércio internacional  
Atipicidade  
Negócio causal ou abstrato?

2. Garantias relativas ao conteúdo da prestação  
Garantia contra os vícios jurídicos da prestação (evicção)  
Aplicação e extensão da evicção  
Garantia contra os vícios do objeto da prestação  
Fundamento jurídico da proteção  
Os vícios como inadimplemento  
Os vícios como fonte de responsabilidade civil  
Os vícios como causa de garantia

## V. GARANTIAS INDEPENDENTES DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA DE BASE (GARANTIAS PURAS)

1. O contrato de seguro  
A tríplice dimensão do seguro  
Dimensão jurídica  
Dimensão econômica  
Dimensão social  
Papéis do risco e da garantia  
O risco como pressuposto  
A garantia como causa final  
Elementos classificatórios  
Consensualidade  
Forma  
Especialidade do segurador  
Adesividade  
Onerosidade  
Bilateralidade  
Aleatoriedade  
Boa-fé  
Objeto  
Efeitos  
Situação jurídica das partes  
Prestações

2. Mutualismo  
O modelo da associação

CONCLUSÃO



## INTRODUÇÃO

O tema das garantias no direito das obrigações, no Brasil, não é dos mais estudados. Quem prestar atenção poderá surpreender-se com o fato de que alguns dos nossos mais tradicionais manualistas dos cursos de graduação (podemos citar, sem intenção de crítica, Washington de Barros Monteiro, Caio Mário, Serpa Lopes, Sílvio Rodrigues, Maria Helena Diniz), dele não trataram sistematicamente em suas utilizadas obras, provavelmente porque o próprio Código Civil – o atual também não, como o de 1916 - não lhe dedicou tratamento particular, dispondo esparsamente sobre as garantias. Assim, direitos reais de garantia encontram-se no livro dos direitos reais, fiança, contrato tipicamente de garantia, está entre os contratos em espécie. A desatenção às garantias é de se lamentar, porque a matéria se presta, talvez como nenhuma outra, de conexão entre o direito material e o processual.

É diferente o panorama em outros sistemas romano-germânicos, tais como o português e o italiano. No Código Civil da Itália há um livro especial dedicado à tutela dos direitos. No código português, um capítulo do livro das obrigações versa a matéria.

A nossa tratativa das garantias partiu de uma conceituação ampla, que não se restringe ao papel acessório dos direitos de crédito que no mais das vezes é associado ao termo. Partimos da idéia de garantia como toda providência adotada com o fim de prevenir uma situação incerta.

Há dois pressupostos envolvidos nessa idéia: a de interesse e de risco. Somente a conjugação desses dois fatores dá lugar ao nascimento de uma garantia ou da sua necessidade.

Nessa perspectiva, uma garantia pode ter objeto interesses provenientes das mais diversas situações e relações de vida. Temos interesses nos nossos bens materiais, nas nossas relações afetivas, nos nossos negócios, e assim por diante. E quaisquer desses interesses estão continuamente expostos a risco.

Imediatamente acode-nos a idéia do seguro. O contrato de seguro é uma “compra” de garantia ou de segurança em relação a um interesse exposto a risco. Neste caso –seguro – o que está em risco pode ser qualquer um dos interesses mencionados: bens materiais, relações afetivas, negócios. O seguro é contratado para obviar as conseqüências da concretização do risco. Não se pode evitar que o infausto sobrevenha, mas é possível atenuar ou eliminar os seus efeitos patrimoniais, ao menos.

Temos no seguro o que se pode chamar de uma garantia em estado puro, do ponto de vista jurídico, pois o contrato passa a ter existência jurídica para que nada se

modifique: ambos os contratantes desejam que nada mude no estado de fato das coisas. O ideal de um seguro é que o seguro não se faça necessário.

Outras garantias há em que a situação é semelhante desse ponto de vista – que nada aconteça de anormal. É o caso dos vícios redibitórios (ou simplesmente vícios) e da evicção. Espera-se que a mercadoria adquirida seja útil, conforme a sua finalidade. A lei estipula uma garantia para o caso contrário, mas nem alienante nem alienatário gostariam que ela tivesse que se tornar prática.

Entretanto, entre os vícios (jurídicos ou do objeto da prestação) e o seguro há uma diferença sensível: enquanto este é uma garantia que introduz no mundo jurídico um contrato *ex novo*, no qual a garantia (seguro) se constitui, nos vícios a garantia só existirá se for precedida de um contrato de alienação. Portanto, já não se trata da mesma garantia, apesar de estarem presentes os mesmos pressupostos: um interesse (na utilidade da mercadoria) e um risco (de que ela não corresponda à legítima expectativa do adquirente).

Uma terceira espécie de garantia é a conhecida tradicionalmente pelo seu papel acessório dos direitos de crédito. Neste caso, a expectativa das partes é que algo aconteça (ao contrário do seguro e dos vícios), ou seja, que o dever de prestação seja cumprido. É usualmente dessa espécie que os livros de direito tratam quando abordam a matéria de modo específico. Os vícios são tratados como ponto da parte geral dos contratos (em alguns países como matéria especial da compra e venda) e o seguro como contrato típico, sem que entre esses três pontos se estabeleçam conexões diretas. Entre os vícios e as

garantias acessórias do crédito há em comum que ambos nascem de relações jurídicas precedentes, geralmente um contrato ou alguma outra relação jurídica de base.

As conexões entre os tipos de garantia existem e não se referem apenas aos pressupostos mencionados do risco e do interesse. Há situações jurídicas peculiares, de tal sorte que se pode falar genericamente de uma relação jurídica de garantia.

A relação jurídica de garantia é atributiva de um direito expectativo ao sujeito outorgado e de uma responsabilidade ao sujeito outorgante. O direito expectativo permitirá ao outorgado obter a compensação do que perder se advier a concretização do risco com lesão ao seu interesse. A responsabilidade põe o sujeito outorgado em posição passiva, tendo que responder de modo objetivo se o fato previsto acontecer.

Como a expectativa das partes é, pode-se dizer, negativa (especialmente no seguro e nos vícios, pois não desejam a mudança do estado de coisas), o contrato pode extinguir-se sem que haja prestação do segurador – prestação que se tornará exigível apenas e se álea prevista ocorrer. Todavia, mesmo sem a ocorrência da álea (ou fator de risco) é indubitoso que garantia houve. Portanto, há que se esclarecer o que é essa garantia.

Sustentamos que se trata de uma eficácia própria da relação jurídica de garantia. Ainda é dizer é dizer pouco, pois prestação também é eficácia. Trata-se, outrossim, de uma atribuição que se irradia diretamente da relação jurídica de garantia. Para explicá-la, socorremo-nos dos enunciados performativos, uma teoria com base lingüística, que demonstra que certas palavras produzem efeitos concretos a partir de sua própria

comunicação: se alguém promete algo, não é preciso que se acrescente nada, nem oral nem concretamente, para que a promessa exista como tal. Do mesmo modo, quando o sacerdote diz: “eu te batizo”, ou quando alguém garante. O mesmo efeito se pode defluir das chamadas normas jurídicas de configuração, que qualifica alguém como pai, como filho, como capaz, como incapaz etc.

A tese apóia-se igualmente em outras teorias, especialmente: a teoria dualista da obrigação, que demonstra a separação conceitual entre dever e responsabilidade; a teoria da situação jurídica, que individualiza as posições jurídicas dos sujeitos de direito frente aos objetos, no quadro de uma relação jurídica ou não, dando lugar aos conceitos de situações uniposicionais e relacionais; a teoria da causa, que explica, dentre outras concepções que autoriza, a finalidade dos atos jurídicos e justifica as atribuições, patrimoniais ou não. Em contraste com os negócios causais, enfocamos os negócios abstratos, para explicarmos a autonomia de algumas garantias.

Desenvolvemos o trabalho em cinco capítulos. No primeiro, conceituamos garantia genericamente, inclusive escoimando-a de conceitos aproximados, mas que não perfazem as suas características essenciais. Referimo-nos especificamente às chamadas obrigações de garantia e de segurança, solidariedade passiva e à promessa de fato de terceiro.

No segundo capítulo, esboçamos uma classificação ampla das garantias, de acordo com o critério que nos parece o mais apropriado: o fenomenológico. Com este critério queremos significar que as garantias tem uma memória inapagável, conforme

existam juridicamente a partir de relações jurídicas preexistentes ou *ex novo*. Daí a divisão essencial que fizemos entre garantias derivadas de uma relação jurídica de base (garantias prestacionais, porque de um ou de outro modo são ligadas a uma prestação devida) e garantias ontologicamente independentes de qualquer relação jurídica de base, garantias estas que a que se pode emprestar a designação de garantias puras, pela razão antes exposta.

No terceiro capítulo, tratamos de dissecar a relação jurídica de garantia, estudando a sua estrutura e verificando como se desenvolvem as recíprocas relações dos sujeitos, as relações de cada sujeito com o objeto, e o modo de produção de eficácia (o automatismo da garantia).

O quarto capítulo foi dedicado ao exame das garantias derivadas de uma relação jurídica de base, as garantias prestacionais, que se dividem em duas espécies: garantias relativas ao dever de prestação, onde se compreendem garantias acessórias (reais, pessoais e especiais) e autônomas (aval e garantias do comércio internacional) e garantias relativas ao conteúdo da prestação, ou seja, pertinentes à evicção e aos vícios do objeto da prestação.

No quinto e último capítulo estudamos o contrato de seguro como modelo de garantia pura (independente de uma relação jurídica de base). Procuramos demonstrar que as peculiaridades do contrato de seguro credenciam-no como típica relação jurídica de garantia, aplicando aos sujeitos e ao objeto os pressupostos da tese desenvolvida. A par do contrato de seguro, fizemos sucinta análise do mutualismo, sustentando que essa figura, em verdade a idéia matriz do seguro, tem autonomia no direito brasileiro atual.

Em síntese, o nosso propósito é demonstrar a existência de um conceito unitário de garantia no direito das obrigações, que compreende as garantias classicamente concebidas como direitos acessórios e garantias independentes, todas subordinadas à idéia de cobertura de um interesse exposto a um risco.

## **Capítulo I**

### **GARANTIA COMO GÊNERO**

O nosso primeiro objetivo é tratar a garantia de modo genérico. Verificaremos que pressupostos concorrem na sua origem, qual é o conteúdo e a abrangência do conceito e as suas delimitações fazendo a exclusão expressa de determinados temas que ficam fora do seu espectro. Igualmente verificaremos qual é a gênese jurídica das garantias e de que modo se tornam instrumentos úteis e operáveis no mundo do direito, incluindo o tema da sua causalidade e possibilidade de abstração.

#### **1. Origem do termo garantia**

A origem do termo garantia estaria no direito alemão antigo, onde *warantare* significava defender e também indicava a garantia do vendedor na compra e venda. Daí originou-se *waren* ou *waeren* e *gewähren*, passando para o inglês sob a forma de *warrant*.

No italiano medieval, geraram-se *guarantire* e *guarentigia*, e expressões aproximadas nas demais línguas latinas (Menezes Cordeiro, 1993: 45).

Provavelmente a evolução germânica condensou uma situação precária em que se buscava afirmar um direito maior. Segundo Torquato Castro, historicamente no direito germânico a posse exteriorizava o direito de propriedade (diversamente do que dispõe o direito brasileiro, em que posse é fato, não é direito), de modo que a sua ostentação garantia o possuidor frente a terceiros. A esse princípio se denominava *gewere* (*sic*; Castro, 1985: 177).

## 2. Pressupostos das garantias

A idéia de garantia só existe em função de dois conceitos logicamente antecedentes, os de interesse e de risco. Uma garantia impõe-se na medida em que um interesse legítimo seja passível de diminuição ou perda.

**2.1. Interesse.** O homem age finalisticamente, motivado pelos seus interesses. Em termos objetivos, interesse é aquilo que realmente importa a uma pessoa, por lhe ser vantajoso; em termos subjetivos, é o que desperta a atenção espontaneamente (Lalande, 1999: 585). Em Kant (1986: 112), “interesse é aquilo pelo que a razão se torna prática, isto é, aquilo pelo que ela se torna uma causa determinando a vontade.” Segundo Max Weber (2000, 1: 18), age por interesse quem orienta por expectativas suas ações racionais referentes a fins.

Os interesses humanos revelam, segundo Ihering (1979), as três dimensões da autoafirmação do homem. A primeira é física: o homem (e neste aspecto também os animais) interessa-se pelos meios de subsistência. A segunda é econômica: como a vida para o homem não é só o presente, mas também o futuro, é preciso formar patrimônio para sua assegurar. A terceira é jurídica: o direito tem a finalidade de proteger a vida e o patrimônio. Concluiu Ihering que interesse é tudo o que é protegido pelo direito.

Além dos interesses econômicos, Ihering (1974: 94 ss) demonstrou também a existência dos interesses de afeição. Quem compra uma casa com um jardim desfruta do jardim para o seu gozo, embora não haja avaliação patrimonial desse desfrute.

O pragmatismo de Ihering abriu o caminho para a jurisprudência dos interesses, que foi contraposta ao conceitualismo até então dominante. Segundo Philipp Heck (1947: 13), os interesses correspondem à “satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal”, devendo a jurisprudência “nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração dos conceitos.”

Os interesses, portanto, são causas do agir humano que preexistem à proteção do direito.

Os interesses protegidos pelo direito correspondem às expectativas nascidas de negócio jurídico, à reparação de danos - patrimoniais ou não - ou à reversão patrimonial de bens que caíram indevidamente em poder alheio (enriquecimento sem causa) (Noronha, 2003: 21). A evolução histórica ocorrida no conceito de dano indenizável, que distendeu a

compreensão de dano emergente e de lucro cessante, incluindo os danos por ricochete, as perdas de chances e os danos extrapatrimoniais (Silva, CC, 1991), também é evidência da valorização dos interesses no direito.<sup>1</sup>

Há grande afinidade entre os conceitos de interesse e de valor.<sup>2</sup> Pode entender-se por valor (sem prejuízo de outras definições, haja vista a plurivocidade desse termo) a característica das coisas que as fazem mais ou menos estimadas por um sujeito (valor subjetivo) ou em geral (valor objetivo) (Lalande, 1999: 1.188). O direito leva em conta essas duas dimensões do valor. Já o Código da Prússia, de 1791, definia valor geral (objetivo) como o “proveito que uma coisa possa proporcionar a qualquer possuidor” (§ 112) e valor extraordinário (subjetivo) como a utilidade que uma coisa “somente possa prestar em determinadas circunstâncias ou relações”. Quando um bem somente é avaliável pelo interesse de uma única pessoa, o valor econômico cede ao valor estimativo (Fischer, 1938: 23), tal como se vê no art. 952, § único, do CCB, que manda indenizar o valor de afeição.<sup>3</sup> A variação subjetiva do valor traduz a intensidade do interesse.

Uma significativa variação do sentido de valor está no diferente conceito que o direito e a economia atribuem ao patrimônio. Em sentido jurídico, conteúdo do patrimônio

---

<sup>1</sup> A ampliação dos danos suscetíveis de reparação é registrada por Noronha (2003: 542), que aponta três direções: os danos extrapatrimoniais, a partir da Constituição de 1988, os danos transindividuais e o alargamento da noção de causalidade. Neste último sentido já se manifestava Ascarelli (1945: 233-237) quanto ao benefício esperado, uma espécie de lucro cessante desvinculado de nexos causal real, pela ausência de situação atual de proveito que impedisse ao lesado a continuidade dos ganhos. É exemplo a indenização devida em razão de morte por fato ilícito de criança que não trabalhava. O dano ao benefício esperado é conceito ao qual voltaremos adiante, ao tratarmos do contrato de seguro.

<sup>2</sup> “À idéia do bem [em sentido jurídico] aliam-se as noções do valor e do interesse. A do valor contém a medida da utilidade do bem; a do interesse exprime o valor em sua relação pessoal com o sujeito e seus fins” (Jhering, 1942, 220).

<sup>3</sup> O preço de afeição foi limitado por Justiniano na *lex unica. de sententiis quae pro eo, quod interest, proferentur*, com a finalidade de evitar demasias na aplicação da equidade (*apud* Fischer, 1938: 41).

são direitos, as coisas são consideradas apenas indiretamente como objetos dos direitos. Já em sentido econômico, patrimônio é diretamente um conjunto de bens. O direito dá preferência ao valor de uso; a economia, ao valor de troca. Veja-se o art. 313, CC, que valoriza o interesse pessoal do credor ao dispor que ele não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa. As técnicas do direito e da economia são diferentes, assim como as suas finalidades. A economia observa a utilidade dos bens, enquanto o direito, como ciência normativa, procura fazer justiça na sua distribuição e atribuição (Savatier, 1979: 3). A relevância do direito, para a economia, está em atribuir a determinada pessoa o poder de disposição sobre as coisas, ou seja, conferir a alguém a possibilidade de uso de um bem. Em sentido econômico, um bem em situação indisponível deixa de integrar o patrimônio; em sentido jurídico, não: um objeto furtado ou sem valor econômico continua pertencendo ao seu proprietário – mantendo-se, portanto, na sua esfera de interesse.

Além dos interesses individuais, são protegidos pelo direito os interesses difusos,<sup>4</sup> que se caracterizam pela transubjetividade, indivisibilidade, acidentalidade, mutabilidade e conflituosidade, tais como os do meio ambiente e dos consumidores. Eles se distinguem do interesse público pela última característica mencionada. Enquanto o interesse público é por todos compartilhado (saúde pública, segurança pública etc.), os interesses difusos comportam antagonismos (preservação da paisagem *vs* especulação imobiliária, liberdade comercial *vs* restrições a práticas consideradas abusivas etc.) (Grinover, 1980). O interesse

---

<sup>4</sup> Desconsideramos, para essa sucinta referência, a pertença dos interesses difusos ao gênero interesses coletivos em sentido amplo, de par com os interesses coletivos em sentido estrito, tal como são definidos no art. 81, § único, I e II, do Código de Defesa do Consumidor. Para uma correta apreciação da matéria, dentre outros: Watanabe, Kazuo. Comentários aos artigos 81 a 90, CDC, *in* Grinover, Ada P. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, em sucessivas edições.

público é objeto do direito administrativo, que lida basicamente com critérios políticos de conveniência, enquanto que os direitos individuais são matéria de justiça (Lopes, 2004: 236 ss).

**2.2. Risco.** Sendo as ações humanas finalísticas, verifica-se uma estreita ligação entre interesse e risco. Os comportamentos humanos são ditados por interesses, que determinam escolhas orientadas para os fins desejados. A possibilidade de que as escolhas não produzam os efeitos esperados configuram o risco.<sup>5</sup>

Waldemar Ferreira (1963: 500), apreciando a variedade de significados de risco no direito, conceitua-o como “possibilidade de perigo”<sup>6</sup> para pessoa ou coisa, por evento

---

<sup>5</sup> O tema do risco transformou-se em objeto de interesse da sociologia moderna, tratado no capítulo da teoria da sociedade. Um dos autores mais citados é Ulrich Beck (1998), que denomina sociedade do risco a imperceptibilidade dos perigos criados como subproduto da ciência. À medida que descortina perspectivas e soluções, o desenvolvimento científico vai produzindo novos riscos a partir de suas próprias proposições. Segundo De Georgi (1994: 53), o risco é uma forma de relação com o futuro. O processo civilizatório propiciou ao homem maior controle sobre a natureza e os fatores de risco tornaram-se objeto de decisão, dando às perdas respostas institucionalizadas, numa verdadeira dialética do perigo ou colonização do futuro (Beck, 2003: 113 ss). A calculabilidade dos riscos transformou-se em instrumento importante da ordem interna dos Estados, despolitizando os conflitos e retirando-lhes a carga moral. Assim se dá no seguros de acidentes do trabalho, em que a perda da integridade física dos trabalhadores é compensada por somas em dinheiro, impondo-se uma ordem de troca. O cálculo do risco, entretanto, pressupõe acidentes delimitáveis no espaço, no tempo e nas conseqüências sociais, modelo que perde a sua validade em catástrofes como Tchernobil. Esse acidente atômico pode ser considerado o marco divisório entre o que Beck chama de primeira sociedade do risco, correspondente à modernidade, e a segunda, nascida da pós-modernidade. Os novos riscos, presentes em situações como a vaca louca, não distingue entre ricos e pobres, alastra-se pelos continentes, atingem indistintamente os seus criadores e os afetados, e estes últimos podem ser totalmente alheios ao fator de risco original. O risco já não provém de um objeto, mas de um constructo. Por conseguinte, desaparecem os vestígios de causalidade, dificultando a imputação das responsabilidades. Surgem assim conflitos de risco que desafiam os sistemas jurídico, político e científico, os quais tendem a negar a existência do risco ante a dificuldade de dominá-lo. A falta de enfrentamento adequado coloca em xeque a legitimidade das instituições, pois a segurança organizada pelo Estado é substituída pela frustração das expectativas. Os riscos da segunda modernidade – a que Giddens (1996: 225, 248, *passim*) denomina riscos de grande conseqüência - não são seguráveis no padrão tradicional da indústria do seguro, que foi a chave do enfrentamento da primeira sociedade do risco. A falta de segurabilidade, para Beck, deveria ser o limite de permissão de novos desenvolvimentos tecnológicos. Assim como ninguém pode circular com um automóvel se não tiver uma apólice de seguro não se deveria licenciar uma empresa cujos riscos não são seguráveis.

<sup>6</sup> Ressalve-se a diferença sociológica entre perigo e risco, já assinalada anteriormente.

incerto e exterior, provocado por fenômenos naturais, cósmicos ou climáticos; ou a impontualidade no cumprimento de obrigações; ou ainda o azar ou a álea. Risco é, pois, a possibilidade de um acontecimento fortuito prejudicar interesses legítimos.

No campo particular do seguro, Donati (1961: 162) formulou um silogismo para explicar o risco. A premissa maior é um risco em abstrato, que apresenta determinadas características de fato; a premissa menor, determinadas circunstâncias concretas de fato, reconduzíveis à situação abstrata de risco. Portanto, uma dada situação concreta permite verificar a possibilidade de ocorrer um determinado evento. A premissa maior é avaliada em bases estatísticas; a premissa menor, no exame de fato das circunstâncias concretas; fecha-se o silogismo com deduções lógicas, que apontarão a possibilidade concreta de ocorrência do evento (existência do risco), assim como o grau de sua probabilidade e a extensão de suas conseqüências (entidade do risco).

O mesmo silogismo pode ser aplicado a diversas outras situações. Por exemplo, na análise que um banco faz de uma proposta de mútuo, em que considera a situação patrimonial do proponente, as perspectivas do seu negócio e outros fatores relevantes da situação. Quanto maior o risco, maior a cautela. O risco é pressuposto de toda garantia e elemento inerente e unificador de todas as suas espécies.

Os riscos existem em relação à vida, à saúde, à integridade física e patrimonial. A qualquer momento acontecimentos fortuitos, inclusive atos ilícitos, podem nos causar danos pessoais ou patrimoniais. A essa vulnerabilidade inevitável e inerente ao fato da vida podemos chamar *risco natural*. Referimo-nos particularmente aos riscos que nos podem

atingir. Nicolas (1996:64): o risco é exterior às partes: resulta da atividade de um terceiro ou da natureza.

Por outro lado, também criamos riscos para os outros. A nossa vida de relação nos submete a um *risco social*. Ainda que não queiramos e apesar de toda a nossa diligência e prudência, podemos causar danos a outras pessoas pelos nossos atos ou omissões; ou o dano pode ser causado por pessoas por quem respondemos; ou por fatos objetivos materializados com coisas ou animais sob a nossa guarda; ou decorrentes das atividades – lícitas, embora - que desenvolvemos. Esse risco social diz respeito à responsabilidade civil que legalmente nos pode ser imputada (em razão dos nossos próprios atos).

Os riscos naturais e sociais existem à margem das nossas relações jurídicas – jurídicas serão as suas conseqüências. As relações jurídicas, por sua vez, carregam os seus próprios riscos. O administrador público responde pela moralidade da administração, o patrão responde pelos danos causados pelos seus empregados a terceiros, assim como o pai relativamente à conduta dos seus filhos. Podemos falar, nesse aspecto, de um *risco jurídico*. De modo especial nos negócios, expomo-nos a *riscos contratuais*.<sup>7</sup> De um lado, a

---

<sup>7</sup> Em todo contrato há riscos, mas eles são diferentes nos contratos comutativos (contratos certos) e nos aleatórios (contratos incertos). Nos contratos comutativos, as prestações são previamente determinadas pelas partes e do modo previsto deverão ser cumpridas. Poderá haver variações que alterem as expectativas de proveito dos contratantes, mas dentro de certos níveis, conforme o objeto do contrato, elas são consideradas normais. E mesmo nos contratos comutativos, qualquer das partes pode assumir a responsabilidade por fatos fortuitos ou de força maior (art. 393) como reforço de garantia. Nos contratos aleatórios, embora a previsão das prestações, não há certeza de elas virem a ocorrer ou em que medida ocorrerão. Há três espécies de contratos aleatórios previstas em gênero no Código Civil: os contratos de esperança, em que o objeto do contrato é coisa ou fato futuro, que poderá não vir a existir (art. 458); os contratos de coisa esperada, cujo objeto é coisas futuras, que poderão existir em quantidade variável (art. 459); e os contratos que têm por objeto coisas existentes, mas expostas a risco (art. 460). Além dos riscos normais, que são variáveis nos contratos comutativos e nos aleatórios, há riscos anormais, que se abatam sobre os contratantes inesperadamente, em virtude de fatos extraordinários e imprevisíveis, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão.

possibilidade de que a contraparte não cumpra as obrigações assumidas conosco e, de outro, que sobrevenha a nós uma impossibilidade impeditiva do cumprimento dos nossos deveres. Ou as prestações contratuais, apesar de cumpridas de boa-fé,<sup>8</sup> no tempo e no lugar devidos, carregam ocultos vícios e defeitos que as tornam imprestáveis. Pode haver prejuízos indenizáveis de parte a parte.

Esses riscos são previsíveis e podem ser atenuados pela escolha do tipo contratual. Um comerciante pode propor um contrato estimatório ao invés de adquirir desde logo uma mercadoria de revenda duvidosa. Também as garantias oferecem alternativas de administração do risco. Uma hipoteca pode ser preterida por privilégios legais ou diminuída pela desvalorização do imóvel especializado, além de requerer um processo de execução que pode ser demorado, riscos estes que não existem na alienação fiduciária em garantia (Bessone, 1998[?]: 1-3). Mas um evento futuro sempre poderá perturbar o cálculo de possibilidades. Risco é também sinônimo de incerteza, conforme Gorla (1960: 173): “o pressuposto do negócio de garantia é a incerteza do credor garantido. Se não existe este pressuposto, o negócio é um *nihil agere*”.

Para nos forrarmos aos riscos, o direito oferece algumas alternativas valiosas, conforme a natureza dos interesses em jogo.

---

<sup>8</sup> A partir da *complexidade* e da *contingência* (cf. nota anterior), Luhmann (1983: 46 ss) demonstra como a experimentação e o comportamento determinam uma seleção que põe o indivíduo em contato com o outro, criando-se entre ambos uma expectativa de expectativas, posto que não se tem apenas expectativas sobre o outro, mas também expectativas sobre as expectativas dele. Luhmann exemplifica com uma mulher que sempre serve comida fria no jantar ao seu marido e, por isso mesmo, espera que seu marido sempre espere isso. De sua parte, o marido deve contar com aquela expectativa de expectativa. Se repentinamente ele exigir comida quente, quebrará a segurança das expectativas. Nesse diapasão, o autor formula a justificativa sociológica do princípio da boa-fé, v.g., quando afirma: “o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas” (*id.,ib.*, 109).

Os riscos naturais podem ser enfrentados com um seguro, que cobrirá os interesses relativos à vida, à saúde e ao patrimônio. Os seguros também servirão para garantir as eventuais indenizações que tenhamos que pagar por conta de responsabilidade civil, seja causada por atos próprios (risco social), seja causada por atos de terceiros por quem respondemos (risco jurídico). Já os riscos contratuais podem ser relativos ao cumprimento puro e simples de prestações, próprias ou alheias, ou à boa execução de uma obrigação. Para o primeiro caso, acodem as chamadas garantias acessórias, de natureza real ou pessoal; para o segundo, a própria lei prevê uma garantia contra vícios jurídicos ou do objeto da prestação, as quais pode ser estendidas pela autonomia privada.

Em síntese, um interesse exposto a risco pode ter origem em relações jurídicas ou não. Os riscos que antecedem as relações jurídicas são de ordem natural ou social, derivados da nossa condição existencial. Os riscos jurídicos são derivados das posições jurídicas que ocupamos. Dentre os riscos jurídicos, vamos dar especial atenção aos riscos contratuais, relacionados ao cumprimento em sentido estrito das obrigações e à sua boa execução, tendo em vista o proveito da prestação.

Qualquer interesse – natural, social ou contratual – exposto a risco é suscetível de uma garantia jurídica. Podemos então conceituar as garantias em geral como remédios jurídicos adequados à prevenção dos riscos. A garantia constitui-se em uma expectativa

substitutiva para o caso de fracasso ou frustração de uma expectativa originária.<sup>9</sup> Ou, no dizer de Gorla (1960: 171), garantia é uma promessa de indenização.

**2.3. Conexão da origem dos interesses em risco com as garantias.** Quando um interesse natural ou social está em risco, a garantia jurídica que vem em sua proteção dá origem a uma relação jurídica voltada para esse fim. Nessa situação, o interesse está fora da relação jurídica de garantia e dela será o motivo – sendo causa a própria garantia. Assim como a transmissão da propriedade é causa do contrato de compra e venda, a representação de uma pessoa por outra é causa do mandato, uma garantia em si mesma também pode ser a causa de um contrato. Neste caso, a garantia não será um acessório de um direito, ao contrário, terá autonomia como objeto da relação jurídica. É o que acontece no contrato de seguro e em alguns outros que apresentam a mesma característica de gênero, como veremos adiante: eles protegem interesses que preexistem à instituição da garantia.

Outras garantias incidem sobre direitos subjetivos que emergem dos contratos. O contrato instaura uma relação jurídica complexa, “conjunto de direitos e deveres que unem as partes intervenientes, em razão dos quais elas são adstritas a cooperarem, para a realização dos interesses de que sejam credoras” (Noronha, 2003: 72). Essas garantias voltam-se para a proteção dos créditos contratuais.

No crédito deve ser considerada uma dupla dimensão, abrangendo o *objeto imediato* e o *objeto mediato* da obrigação. A primeira dimensão (objeto imediato da obrigação) é o

---

<sup>9</sup> O direito se produz pela seleção e generalização de pretensões normativas que prometem que uma expectativa será mantida mesmo em caso de desilusão (Rocha, 1994, sublinhando o papel garantista do direito).

comportamento devido pelo sujeito passivo, consistente em dar, fazer ou não fazer algo. A segunda dimensão (objeto imediato da obrigação)<sup>10</sup> é o conteúdo da prestação, aquilo que efetivamente satisfaz o interesse do credor. Portanto, há dois interesses do credor a demandarem proteção: o interesse na realização da prestação (objeto imediato da obrigação) e o interesse no objeto mediato (conteúdo) da prestação (objeto mediato da obrigação).

No objeto imediato da obrigação encontra-se a conduta exigível do devedor. Espera-se que da sua atuação advenha a satisfação do crédito. No entanto, o ato de cumprimento da prestação pode ser obra de pessoa diversa do devedor. Ao credor será indiferente, pois o que lhe interessa é o resultado, salvo nas obrigações de fazer personalíssimas. Por conseguinte, um aspecto do interesse do credor está voltado genericamente para o fato humano da prestação (objeto imediato da obrigação), independentemente de quem o pratique (salvo a exceção já apontada). O outro aspecto relevante é o objeto da prestação (objeto mediato da obrigação), ou seja, o seu conteúdo,<sup>11</sup> que deve ser efetivamente apto para suprir a carência que levou o credor a contratar,<sup>12</sup> isento de vícios e de obstáculos jurídicos à conservação do direito atribuído. Esses interesses ganham existência jurídica com o contrato, pois dependem da eficácia do vínculo obrigacional para se tornarem coercitivamente exigíveis. A cada um deles correspondem garantias. No primeiro caso, garantias acessórias ao dever de prestação, objetivando o seu cumprimento ou a responsabilidade patrimonial pelo descumprimento. No segundo caso, garantias principais,

---

<sup>10</sup> Voltaremos ao tema do objeto da obrigação mais adiante, ao tratarmos da sua estrutura.

<sup>11</sup> Carvalho de Mendonça, J. X. (1934, IV: 265) usa alternativamente *conteúdo da prestação a objeto mediato da obrigação*.

<sup>12</sup> Quem contrata tem necessidade “em receber uma prestação que atenda à carência por ele sentida”. A carência é o elemento subjetivo de avaliação do interesse do credor, complementado pelo elemento objetivo, que é a regulação contratual (Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 1991: 133).

que têm em vista a utilidade da prestação realizada, do ponto de vista jurídico e do ponto de vista material.

### 3. **Abrangência do conceito e objeto das garantias**

Conforme o exposto, temos que as garantias no direito das obrigações visam à proteção de dois grupos de interesses identificados pela sua origem: interesses relativos a uma relação jurídica de base, que serve de causa à garantia, e interesses autônomos, que são postos em garantia por iniciativa do titular, mediante uma relação jurídica *ex novo*. Podemos exemplificar a primeira situação com um contrato de locação, em que o mutuante pede a garantia de um fiador; e a segunda com um contrato de seguro, em que o segurador garante o interesse legítimo do segurado, relativo ao seu automóvel, à sua residência etc. No primeiro caso, a fiança ficará sem causa se a relação locatícia se extinguir. No segundo caso, a garantia do interesse será a causa da relação jurídica de contrato de seguro.

É mais comum que o termo garantia seja associado apenas ao primeiro sentido. Assim encontramos, *v.g.*, em Pontes de Miranda (TDP, 22: § 2.740): “segurança ou garantia é o reforçamento de algum direito, ordinariamente crédito”.

A concepção ampla que aqui propomos é confortada em Fábio Konder Comparato, embora sob a rubrica de obrigação de garantia, que entendemos seja garantia em sentido impróprio, conforme exporemos logo em seguida. Diz Comparato (1978: 537):

São exemplos de obrigações de garantia as do segurador e do fiador, a obrigação do contratante com relação aos vícios redibitórios nos contratos comutativos [citava o CC 1916], a obrigação do alienante com relação à evicção nos contratos comutativos pelos quais se transmite domínio, posse ou uso [citação do CC 1916], a promessa de fato de terceiro<sup>13</sup> [idem, CC 1916].

O conteúdo das obrigações de garantia, para Comparato, “é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor”, o que “significa *a fortiori* reparar as conseqüências de sua realização” (ob. loc. cit.).

Paul-André Crépeau compartilha do mesmo conceito de Comparato de obrigações de garantia, nelas incluindo o contrato de seguro (Crépeau, 1989: 13).

O conceito de Costet (1985: 92) também é amplo: afirma que as garantias respondem à preocupação de segurança jurídica e econômica do credor.

Para Alberto Montel, garantia comporta um sentido amplíssimo, compreendendo qualquer meio que assegure o cumprimento de uma obrigação ou o gozo de um direito. O conceito pode ser restringido se for focado como acréscimo de segurança, combinado com a idéia de assunção de um determinado risco. O objeto da garantia pode ser uma situação presente, que é assumida pelo garante no sentido de que ocorra o que se prevê, ou um fato futuro, por cujas conseqüências ele terá que responder. Cita como exemplos da situação presente a ser mantida: a garantia de solvência do devedor na cessão de crédito, a

---

<sup>13</sup> Não incluímos a promessa de fato de terceiro entre as garantias, pelas razões expostas abaixo.

garantia de cumprimento do contrato ou uma obrigação em particular; e como exemplos de eventos que impõem a reparação das conseqüências: as garantias do vendedor pela evicção e pelos vícios ocultos da coisa vendida, a garantia do locador pelo molestamento que prejudique o uso ou o gozo da coisa locada, a garantia do cedente pela validade do contrato e pela existência do crédito no momento da cessão (Montel, 1957: 742). Embora o autor não o faça, o seguro pode ser incluído entre os seus exemplos de fatos por cujas conseqüências o garante responde.

Concordando com a visão de Montel, e em complemento à sistematização que fizemos dos interesses em relação aos riscos (naturais, sociais e jurídicos, particularmente os contratuais), podemos definir que a garantia sempre guarda relação com expectativas: ou *que ocorram certos fatos*: nas garantias relativas às obrigações contratuais a expectativa é de que as coisas marchem como se espera, ou seja, que as obrigações sejam cumpridas, que não haja evicção nem vícios do objeto da prestação, e assim por diante; ou *que não ocorra um certo evento*, por exemplo, o sinistro no contrato de seguro. A garantia sempre tem por objeto a hipótese contrária à expectativa.

**3.1. Relação jurídica de garantia.** De acordo com o que vimos desenvolvendo até aqui, as garantias são relativas a interesses preexistentes em relações jurídicas ou originam relações jurídicas com função própria de garantia. O devedor pode ser garante de si mesmo, um terceiro pode assumir esse papel em favor do devedor ou forma-se uma relação jurídica de crédito e débito tendo por objeto uma garantia. Em qualquer hipótese, trata-se da obrigação de reparar danos advindos de vínculos jurídicos já estabelecidos ou adredemente formados. Podemos falar, portanto, de relações jurídicas com causa de garantia, cujo objeto

é a assunção da responsabilidade pelas conseqüências de não se verificar um fato desejado ou pela verificação de um fato indesejado. Nesse fato desejado ou indesejado está envolvido o interesse em risco.

Por conseguinte, podemos definir garantia como uma relação jurídica que tem por objeto a reparação dos eventuais prejuízos a um interesse exposto a risco.

À análise pormenorizada da relação jurídica de garantia dedicaremos a terceira parte deste trabalho.

**3.2. Caução.** Garantia em sentido genérico também é denominada de caução. Assim a compreende Francisco Amaral: “Caução é qualquer garantia à realização de direitos subjetivos” (Amaral, 1978: 496). Na prática bancária internacional, segundo Poulet (1985: 112), as duas expressões se confundem.

Em sentido amplo, caução é toda modalidade de segurança que possa ser prestada para prevenir um dano ou “assegurar a realização de uma pretensão atual ou futura, ainda que incerta” (Enneccerus-Kipp-Wolff, 1953: 565). O elemento de incerteza ou indeterminação da obrigação, que define uma concepção mais restrita de caução, também está presente em Mário Júlio de Almeida Costa, para quem, tecnicamente, as cauções servem “para assegurar o cumprimento de obrigações eventuais ou de amplitude indeterminada” (Costa, 1994: 766).

A restrição evita a confusão entre caução e fiança, apontada por Pontes de Miranda (TDP, 44: § 4.783, 1), que verbera o erro das expressões “caução fidejussória” e “fiança caucional”, pois a caução pode ser um complemento da fiança, não a mesma coisa.

Na lei brasileira – especialmente no CCB e no CPC -, predomina o sentido de obrigação incerta ou indeterminada como objeto de caução. Assim, *v. g.*, podem ser apontados os seguintes preceitos no Código Civil: caução para garantia da retribuição, de despesas ou de danos do depositante (art. 644); caução do vizinho que fizer alicerce ao pé da parede divisória (art. 1.305, parágrafo único); caução de ratificação do credor solidário (art. 260, II); caução de dano iminente (art. 1.280); caução do fiduciário sobre os bens do fideicomisso (art. 1.953, parágrafo único); caução do usufrutuário sobre os bens recebidos em usufruto (art. 1.400, “caput”). O Código de Processo Civil tem procedimento cautelar específico para prestação de caução (artigos 826 a 838), a qual poderá ser real, fidejussória ou mediante depósito em dinheiro. Ela será exigível, dentre outras, nas seguintes situações: para prevenir danos no processo cautelar (art. 799) ou como substitutiva da cautela concedida (art. 806); caução do nunciado para prosseguimento da obra (art. 940) e do terceiro embargante em defesa da sua posse (art. 1.051). O contrato de caução é título executivo extrajudicial (art. 585, III).

**3.3. Situações jurídicas passivas diferentes de garantias.** A garantia pode ser prestada pelo próprio interessado ou por um terceiro desinteressado. Essa dupla possibilidade verifica-se no crédito. Quando o garante é um terceiro, o débito não será dele próprio – o que ocorre, por exemplo, na fiança: “uma pessoa garante satisfazer ao credor

uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra” (art. 818). Pode, porém, o devedor dar garantias próprias do cumprimento das suas obrigações – neste caso, garantias reais, que recairão sobre seus próprios bens (hipoteca, penhor, anticrese) ou garantias mais fortes (propriedade fiduciária ou *leasing* financeiro). Quando as garantias são próprias, serão necessariamente reais e compreenderão a especialização de bens sobre os quais recairá a execução, o que tornará mais sólida a segurança do credor do que a garantia geral que a lei institui sobre patrimônio do devedor (art. 391). Neste caso, não se verifica qualquer alteração no pólo passivo da obrigação. Se a garantia é prestada por um terceiro, o pólo passivo sofre uma extensão, apesar de não ser exigível do garante a execução da prestação. Sua função será outra: a de repor ao credor os prejuízos da inexecução do devedor.

Há, no entanto, relações jurídicas em que o pólo passivo não apresenta posição jurídica singular, sendo ocupado por mais de um sujeito, sem que se identifique, todavia, a situação jurídica de garantia. Veremos a seguir duas situações jurídicas em que há pluralidade de sujeitos passivos, sem que se trate de garantia: a solidariedade passiva e a promessa de fato de terceiro.

**3.3.1. Solidariedade passiva.** Na mesma obrigação pode haver singularidade ou pluralidade de partes em cada um dos pólos da relação jurídica. A solidariedade é um caso de pluralidade de partes. Se houver pluralidade de devedores – solidariedade passiva – cada um dos devedores é responsável pela totalidade da dívida frente ao credor (ou credores). Todos os sujeitos presentes no pólo passivo são devedores em nome próprio, tal como se cada um fosse o único. Por essa razão, tecnicamente não se pode afirmar que a

solidariedade é uma forma de garantia.<sup>14</sup> Imaginemos a hipótese de alguém, sem interesse próprio em determinado negócio, que acedesse em assumir a posição de co-devedor para dar ao credor a segurança definitiva em concluir um contrato. O motivo desse devedor – transmissão de segurança ao credor - seria juridicamente irrelevante, como em geral o são os motivos, e ele estaria assumindo a obrigação do mesmo modo que o co-devedor, único interessado e beneficiário da operação econômica. A ausência de interesse próprio só repercute no plano interno do pólo passivo: o art. 285 dispõe que se a dívida interessar exclusivamente a um dos devedores solidários, o interessado terá que ressarcir integralmente o pagamento feito pelo co-devedor desinteressado ao credor.

A função de garantia é o fundamento da teoria fidejussória,<sup>15</sup> que afirma a existência de uma pluralidade de vínculos jurídicos na solidariedade. A teoria é acolhida por Fábio Konder Comparato, que a reputa importante para a demonstração da teoria dualista da obrigação.<sup>16</sup> Conforme expõe, a solidariedade passiva mascara uma fiança, porque desaparece a pluralidade da dívida, citando o art. 1.216, do CCF, semelhante ao art. 285, CCB.

---

<sup>14</sup> Esse é o critério de Almeida Costa, que assim rejeita a idéia da solidariedade passiva como espécie de garantia (Costa, 1994: 764). Igualmente, Fernando Noronha (2003: 191). Pensava diferentemente Orlando Gomes. Embora admitindo que a solidariedade passiva não é propriamente uma garantia, por não se constituir em negócio distinto da própria dívida, com ocorre na fiança e no aval, é, contudo, estipulado precisamente para exercer aquela função. E arremata: “Se, em vez de um só devedor, o credor tem vários devedores vinculados por solidariedade, aumentam as possibilidades de realização do seu direito de crédito (...)” (Gomes, 1998: 230). É indubitoso o maior conforto do credor, mas a objeção técnica de Almeida Costa parece intransponível.

<sup>15</sup> Os co-devedores seriam garantidores um do outro. Sobre o ponto, entre tantos, Caio Mário (Pereira, 1999: 63), Serpa Lopes (1989: 113). À teoria pluralista, opõe-se a concepção unitarista do vínculo. A questão não encontra resposta pacífica nos autores. A propósito das divergências, também Almeida Costa (1994: 578).

<sup>16</sup> Exporemos adiante a teoria dualista.

O argumento nos parece aplicável apenas na relação interna passiva da solidariedade, que diz respeito à relação jurídica paralela que existe entre os devedores, mas não no confronto de interesses entre eles e os credores. Neste caso, a execução a que está exposto cada um dos devedores não se apresenta tecnicamente como garantia para o credor, pois todos são devedores em nome próprio.<sup>17</sup> Função de garantia pode haver apenas na relação jurídica particular entre os devedores solidários se um deles não tem interesse próprio na dívida, portanto, no caso do art. 285.

Situação semelhante à solidariedade passiva verifica-se na assunção cumulativa de dívida, quando alguém se põe ao lado do devedor principal, assumindo posição jurídica igual. A figura não é expressamente prevista em lei, mas nada a impede de ser praticada com fundamento na autonomia privada. Assim, Fernando Noronha (2003: 191). Igualmente na cláusula *del credere*, pela qual o comissário assume frente ao comitente a posição de devedor solidário, juntamente com as pessoas com quem houver tratado (art. 698).

**3.3.2. Promessa de fato de terceiro.** Consiste a promessa de fato de terceiro em criar uma obrigação que, em princípio, será executada por alguém que não participa do vínculo obrigacional e que, eventualmente, sequer tem conhecimento do mesmo. Se o terceiro não executar a prestação prometida, aquele que a houver prometido responderá por perdas e danos.

Como diz Serpa Lopes (1991: 120), “o conteúdo da prestação do devedor originário não é o fato do terceiro, senão o seu próprio fato, consistente em obter de outrem que, a seu

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, Fernando Noronha (2003: 191).

turno, consinta em se tornar devedor de determinada obrigação”. No mesmo sentido, Caio Mário: o objeto da obrigação do devedor primário é atingir um resultado, qual seja, obter a anuência do terceiro à obrigação (Pereira, 1998: 70). Se não o fizer, não estará adstrito a executar a prestação prometida, mas terá que indenizar perdas e danos ao credor.<sup>18</sup> Se, por outro lado, o terceiro anuir à obrigação, o promitente é excluído da relação jurídica, não respondendo pelo mau cumprimento. Portanto, arremata Serpa Lopes, ele não é garantidor da prestação (ob. cit., p. 121). Nesse sentido, a síntese de Pontes de Miranda (TDP, 35, § 3.892): “Quem promete o fato de terceiro não garante – promete”.<sup>19</sup> É admissível a *facultas alternativa*, podendo o promitente cumprir por si (Pontes de Miranda, TDP, 26, § 3.151, 2). As alternativas podem convergir, como no caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o comprador de uvas, que prometera pagar parte do preço com recursos bancários, foi condenado a fazê-lo às próprias expensas, uma vez que o financiamento não foi concedido.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> No direito francês, Figura que a doutrina francesa chama de *promesse de porte fort* (Mazeaud-Mazeaud-Chabas, 1991: 235).

<sup>19</sup> Haverá de se entender “promessa” como declaração de vontade obrigatória para o declarante: “quando se promete uma prestação, e esta é aceita, existe um contrato que obriga juridicamente o promitente à prestação prometida” (Flume, 1998: 200); “empregamos o termo contrato no significado mais restrito de convenção ou acordo que cria obrigações: quer dizer, no sentido de promessa” (Gorla, 1959: 19).

<sup>20</sup> ACv 582000345, 1ª. CCv TJ/RS, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, 01/03/1983, unânime. Em decisão mais recente, o mesmo tribunal fez aplicação da promessa de fato de terceiro à venda de automóvel que não pertencia ao vendedor, e que inicialmente não obteve a anuência do proprietário para alienar. Não obstante, houve a tradição do bem. A decisão de primeiro grau julgara extinto o processo pela existência de conexão com ação de busca e apreensão ajuizada pelo proprietário. Neste processo, o promissário acabou adquirindo o veículo diretamente ao proprietário. A Turma Recursal determinou à instância originária que julgasse o mérito, por se tratar de promessa de fato de terceiro, em que o promitente “responde por perdas e danos, já que, perante este [terceiro], o negócio é juridicamente eficaz” (Recurso Inominado 71000648022, Terceira Turma Recursal Cível, TJ/RS, Rel. Dr. Eugênio Facchini Neto, 26/04/2005, unânime). O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou promessa de fato de terceiro a instalação de lojas-âncora, feita por empresa de *shopping center*. A frustração da promessa causou a condenação da promitente a indenizar loja satélite que teve faturamento abaixo da estimativa (ACv 2005.001.37136, 2ª. CCv, TJ/RJ, Rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos, 16/11/2005, unânime).

Como o promitente não se responsabiliza pela execução da obrigação, não obstante indenize as perdas e danos, não se vislumbra nele a figura do garante. Sua responsabilidade é a de indenizar os prejuízos que o promissário sofrer. Responde pela promessa, ou seja, por fato próprio. Assim também se entende no direito francês, que conhece a promessa de fato de terceiro com o nome de obrigação de *porte fort*. Diz Gaudemet: “o *porte fort* não promete o fato de outrem, mas o seu próprio fato”.<sup>21</sup> E assinala a necessidade de não se distinguir essa obrigação garantia, o que se configura no direito suíço, cujo Código das Obrigações obriga o promitente a indenizar perdas e danos se o terceiro não cumprir a obrigação após aceitá-la (Gaudemet, 2004: 235-237).

O dever de indenizar perdas e danos é inquestionável, em face do texto do art. 439, que também não deixa dúvidas sobre quem deve a obrigação.

**3.4. Conceitos impróprios de garantia.** Há duas expressões consagradas pelo uso que, todavia, não constituem relações jurídicas específicas de garantia. São indicadores da intensidade ou da natureza de alguns deveres de prestação. Referimo-nos às obrigações de garantia e à obrigação de segurança. Equivocadamente portam a designação de obrigações, equívoco que remonta a Planiol, que justificou a responsabilidade civil contratual ou delitual na culpa pelo descumprimento de uma obrigação, quando deveria ter distinguido entre culpa e dever, este sim presente como fundamento da obrigação reparatória emergente do ato ilícito. A obrigação nasce da infração ao dever geral de não causar dano a ninguém.<sup>22</sup> Se esse dever é geral e decorrente da vida de relação, outros deveres há que são particulares

---

<sup>21</sup> “*Le porte-fort ne promet pas le fait d’autrui, mais son propre fait*”.

<sup>22</sup> Sobre o equívoco técnico de Planiol, a crítica de Roubier (1963: 97).

e exigíveis somente entre os sujeitos de uma determinada relação jurídica. Assim, no quadro de uma relação jurídica obrigacional, os deveres de conduta exigíveis de devedor – dos quais o dever máximo é cumprir a prestação – podem ser classificados conforme determinados critérios que influenciarão especialmente o encargo probatório em caso de inexecução para efeito de definir a existência de responsabilidade pelos eventuais danos (Comparato, 1978: 531-532). As obrigações de garantia e de segurança referem-se a modos de ser de deveres de prestação. Mais propriamente, deveriam ser chamadas de deveres de garantia e de segurança.

**3.4.1. “Obrigações” de garantia.** A chamada obrigação de garantia<sup>23</sup> surgiu como complemento à célebre classificação de Demogue<sup>24</sup> (modificado por Henri e Léon Mazeaud, que o rotularam de *summa divisio* de todas as obrigações, delituais ou contratuais – conforme André Tunc, *in* Mazeaud-Mazeaud-Chabas, 1991: 18-20), que diferenciou as obrigações de meios das obrigações de resultado. Trata-se, essencialmente, de classificar as

---

<sup>23</sup> É oportuno registrar que Roubier critica o uso abusivo que se faz das palavras direito e obrigação, e cita como exemplo as obrigações de prudência e diligência, que melhor seriam chamadas de deveres, uma vez que se referem a situações gerais (Roubier, 1963: 95). A origem dessa impropriedade terminológica Roubier atribui a Planiol (nada obstante a correção da sua teoria sobre a responsabilidade civil), que justificou a responsabilidade civil extracontratual no descumprimento de “obrigações” de prudência e diligência cuja fonte seria a lei. Essa idéia de que a lei fosse a única fonte de deveres, característica da escola interpretativa do *Code Napoléon*, manteve-se até que Geny desenvolvesse a tese contrária (Roubier, 1963: 98). Com efeito, as obrigações de garantia aqui tratadas seriam mais bem definidas como deveres quando representam reforços de condutas que, de outro modo, poderiam receber tratamento jurídico mais benéfico ao devedor, não houvesse o incremento de segurança em favor do credor. Por exemplo: se o devedor se responsabiliza por caso fortuito, estará assumindo deveres excepcionais, aos quais não estaria adstrito se não houvesse prestado a garantia adicional, embora tivesse que cumprir a obrigação. Entretanto, a designação de obrigação de garantia se justifica plenamente para definir a responsabilidade contratual do segurador.

<sup>24</sup> Segundo Fábio Konder Comparato, há lições análogas precedentemente a Demogue na doutrina germânica do final do século XIX, constado que Bernhoeft referiu-se a certas obrigações em que o devedor libera-se fazendo tudo o que está em seu poder para conseguir o resultado, ainda que não o alcance, diferentemente de outras, que não se extinguem se o resultado não for obtido. Retomando mais tarde as idéias de Bernhoeft, Fischer dividiu as obrigações em subjetivas e objetivas, significando que o conteúdo das primeiras é um esforço pessoal na direção de um resultado, em si mesmo não compreendido na obrigação, e o das segundas um resultado econômico-social exigível pela natureza do vínculo jurídico; nas obrigações subjetivas, para Fischer, o limite da responsabilidade é a culpa, e nas objetivas, só um evento estranho à vontade do obrigado pode exonerá-lo (Comparato, 1978: 524-525).

obrigações pelo que delas pode ser comumente esperado, segundo *id quod plerunque accidit*. A principal utilidade da classificação é definir a quem cabe o ônus da prova, se ao credor (nas obrigações de meio) ou ao devedor (nas obrigações de resultado).<sup>25</sup>

Pelo critério de Demogue, na medida em que o devedor é obrigado a cumprir um fato precisamente determinado (como o transportador, de entregar a mercadoria na hora e no lugar convencionados), a obrigação é de resultado; ao contrário, na medida em que o devedor se compromete a empenhar a sua diligência com vistas a conseguir o resultado desejado (como o médico, procurando a cura do paciente), a obrigação é de meios. O verdadeiro critério dessa distinção reside no grau de segurança que o devedor tem sobre a efetividade final da sua conduta. Quanto mais dependa somente dele a realização do interesse material do credor, tanto maior será a coincidência entre a execução da prestação e a satisfação do credor: a obrigação será de resultado. Ao contrário, quanto mais o alcance da satisfação do credor esteja exposto a fatores estranhos à conduta exigível do devedor, a obrigação será de meios. Portanto, o fator decisivo para saber se a obrigação assumida pelo devedor é de meios ou de resultado é a álea<sup>26</sup> que poderá interferir na obtenção do que é esperado como finalidade da prestação. Ninguém asseguraria um resultado que não pudesse

---

<sup>25</sup> Embora seja mais empregada nas obrigações contratuais, a classificação também se aplica à observância de deveres extracontratuais. Comparato (178: 531-533) adota como critério a generalidade ou particularidade do dever violado quando alguém causa um dano a outrem. Nos deveres gerais de respeito à integridade física ou à propriedade, há um dever (não obrigação) de resultado, cabendo ao violado demonstrar a existência de uma justificativa – casos de homicídio, de danos à propriedade etc; nos deveres particulares em relação a um indivíduo determinado, há dever de meios, competindo ao lesado demonstrar a culpa do lesante, como nos conflitos de vizinhança. Para Crépeau (1989: 55-58), a obrigação (*rectius*, dever) será de meio, de resultado ou de garantia conforme os termos utilizados pelo legislador e as presunções admitidas em matéria de prova, citando como exemplo as variações de interpretação dos deveres de guarda e *in vigilando*.

<sup>26</sup> O critério da influência da álea sobre o resultado que se espera do cumprimento da obrigação é extraído da natureza do contrato e pode ser complementado pela finalidade social do mesmo e pela equidade (Crépeau, 1989, 39 ss). Também para Comparato (1978: 535) é no critério da aleatoriedade do resultado esperado que se situa o fundamento da classificação em pauta.

alcançar por si mesmo ou suscetível de influências incontroláveis. Nesse sentido, Mazeud-Mazeud-Chabas (1991: 14).

No cumprimento da obrigação, por maior que tenha sido a diligência do devedor, seja nas obrigações de meios, seja nas de resultado, nunca existe garantia de sucesso, o que torna necessário o reconhecimento dos casos fortuitos ou de força maior (André Tunc, *apud* Mazeud, Mazeud e Chabas, 1991: 19; Comparato, 1978: 539). Para cobrir os casos fortuitos ou de força maior existem as obrigações de garantia. A garantia cobre riscos, pontua Crépeau (1989: 12-13), o que significa que o resultado não é prometido apenas porque é consequência natural da execução da prestação, mas é assegurado, inclusive nas obrigações de meios, toda vez que o credor se responsabiliza por uma prestação compensatória da eventual frustração do credor. Algumas vezes, é a lei que dá a garantia. Assim na evicção<sup>27</sup> e nos vícios redibitórios (art. 441). Outras vezes, no exercício da autonomia privada, o devedor pode expressamente se responsabilizar por prejuízos sofridos pelo credor por caso fortuito ou força maior, ainda que, em face da lei, a nada estivesse obrigado (art. 393) – hipótese rara, como bem observa Fernando Noronha (1993: 41). No fundo, a obrigação de garantia é uma obrigação de resultado reforçada, como diz Baudouin (1993: 27).

As obrigações de garantia devem ter por objeto prestações atuais. Faz-se essa observação porque é comum autores indicarem como típica obrigação de garantia a do segurador. Nesse sentido, os citados Crépeau e Baudouin. Parece-nos que se deva fazer

---

<sup>27</sup> “Art. 447, CC. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta *garantia* ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública”; grifamos.

uma distinção. A prestação do segurador visa resguardar o segurado dos efeitos de um sinistro – fato futuro. A garantia é causa final do contrato de seguro. A prestação do segurador somente existirá, conforme se exporá adiante, se houver o fato previsto como sinistro. Caso contrário, terá havido a garantia sem prestação. Já no caso das obrigações de garantia que aqui estão sendo tratadas, há uma prestação presente, a ser executada ou em execução. O segurador está em situação de *obligatio* (responsabilidade). O devedor está em situação de *debitum*.

Tal distinção não escapou inteiramente a Crépeau, que cita o contrato de seguro como obrigação de garantia “em estado puro”, porque sua finalidade própria é assumir o risco, apartando-o de outras obrigações de garantia, como as genéricas.<sup>28</sup> A distinção é pertinente. Pode-se complementá-la dizendo que as obrigações de garantia aqui tratadas (obrigações de garantia em sentido genérico, segundo Crépeau), são um superlativo das obrigações de resultado, enquanto que as obrigações de garantia em estado puro (ainda segundo Crépeau) são relações jurídicas obrigacionais que visam especificamente a criação de uma garantia.<sup>29</sup>

**3.4.2. “Obrigação” de segurança.** Chama-se obrigação de segurança aquela que diz respeito à incolumidade física, principalmente, das pessoas.<sup>30</sup> O seu primeiro

---

<sup>28</sup> “Un bon exemple est, sans doute, celui du contrat d’assurance où l’obligation de garantie se retrouve ‘à l’état pur’ puisque c’est le but même de l’assurance d’assumer le risque des accidents” (...); “C’est aussi le cas de toutes les obligations – très nombreuses – dont la prestation consiste dans le paiement d’une chose de genre (argent ou denré]...” – grifamos (Crépeau, 1989: 12-13).

<sup>29</sup> Voltaremos ao tema adiante.

<sup>30</sup> Nem sempre a expressão “obrigação de segurança” é reservada aos interesses de integridade física da pessoa. Também é usada em relação às coisas. Assim, v.g., José de Aguiar Dias (1987: 383 ss). O CDC separou os interesses de proteção da pessoa (artigos 12 a 17) dos interesses puramente econômicos relativos

desenvolvimento no Brasil foi a proteção dos passageiros no transporte coletivo. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 187, instituindo uma cláusula implícita no contrato de transporte de pessoas, conhecida como cláusula de incolumidade. Diz o verbete: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. Esse texto foi literalmente transcrito no art. 735, do CC 2002, positivando a regra jurisprudencial.

O Código de Defesa do Consumidor generalizou a “garantia de segurança” (Bejamin, 1991: 31), ao instituir a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de produtos e serviços por defeitos que causem danos aos consumidores (fato do produto - art. 12 - e fato do serviço - art. 14, CDC),<sup>31</sup> e o Código Civil confirmou a amplitude da garantia no art. 931, ao impor o mesmo regime jurídico às empresas e aos empresários individuais pelos danos causados pelos produtos que colocam em circulação (notando-se que a regra do CC não se restringe a danos a pessoas).

A obrigação de segurança é resultado de avanços da jurisprudência da responsabilidade civil nos sistemas anglo-americano e francês – para citar os mais expressivos - aquele fundamentado especialmente em decisões de superação da regra do *privity of contract* e este no desenvolvimento do conceito de dever guarda da coisa.<sup>32</sup> (sobre o tema, a consagrada monografia de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, 1987).

---

aos produtos e serviços (artigos 18 a 25). Entretanto, alguns deveres de conservação de coisas, como, v.g., os do depositário, também são relativos à incolumidade e segurança.

<sup>31</sup> Segundo os artigos 12, § 1º., e 14, § 1º., CDC, o produto ou o serviço é defeituoso quando não oferece a *segurança* que dele legitimamente se espera.

<sup>32</sup> A respeito, a consagrada monografia de Leães, LGPB: 1987, *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. Também nos dedicamos ao tema (Pasqualotto, 2001).

Substancialmente, a obrigação de segurança não difere dos deveres de garantia, exceto pela fonte: ao invés de ser resultado de convenção das partes ou – como é hoje - de estipulação legal, foi ditada pela jurisprudência, interpretando o sentido da ordem jurídica. É relevante notar que o imputado, geralmente a empresa, legitima a norma pelo exercício da sua liberdade comercial, pois não obstante a responsabilidade que lhe é imposta, continua a desenvolver a sua atividade, cujos encargos econômicos tem possibilidade de suportar por meio da chamada socialização do risco, estipulando seguros de responsabilidade civil e distribuindo o custo das apólices ou diretamente a estimativa das indenizações no preço dos seus produtos ou serviços (nesse sentido, Roubier, 1963: 117).

**4. Conteúdo das garantias.** Quanto ao seu conteúdo, conforme a lição de Gorla (1960: 172), as garantias podem visar: (i) a prestação de uma soma em dinheiro, que geralmente visa ressarcir os prejuízos do titular da garantia – casos das chamadas garantias acessórias (pessoais e reais) e do seguro; (ii) a substituição ou a reparação de uma prestação defeituosa – caso dos vícios do objeto da prestação (nesse caso a obrigação de reparar não é mais um “dar”, mesmo que se trate de substituir o produto, mas um “fazer” a reparação); (iii) a restituição do titular da garantia ao seu estado anterior – casos da garantia de evicção e da redibição.

## **2. Gênese e operabilidade das garantias**

Já vimos que as garantias se originam de interesses em risco. Veremos agora a sua gênese jurídica: em que medida podem ser livremente criadas pela autonomia privada, sua tipicidade, causalidade abstração e tratamento legislativo.

**2.1. Autonomia privada e tipicidade.** As garantias podem ser livremente criadas com base na autonomia privada (com exceção das garantias reais, em virtude da taxatividade dos direitos reais).

Como diz Betti (2003, I: 64), autor da consagrada teoria preceptiva:

Os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida de relações: surgem como atos por meios dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses de suas recíprocas relações, e desenvolvem-se, espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções econômico-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica.

A autonomia privada desenvolve-se com fundamento no princípio da liberdade de contratar (art. 421, CCB), uma vez que o contrato é a principal forma de manifestação da autonomia privada. As partes podem estabelecer livremente o conteúdo do negócio, criando relações obrigacionais distintas dos tipos contratuais previstos em lei, desde que não desrespeitem normas imperativas. Não há liberdade de criação apenas naqueles casos em que a lei estabelece *numerus clausus*, como nos direitos reais, em que a limitada possibilidade de titularidade de direitos limita a liberdade contratual (Flume, 1998: 35-37).

A função de garantia é uma causa de obrigações socialmente típica e por isso comporta criação de novas modalidades contratuais. Não se trata, portanto, de aplicar à liberdade de criação das garantias o art. 425, CCB, mas muito mais o já citado art. 421.

O conceito de tipicidade modificou-se ao longo do tempo. No direito romano, ele estava ligado ao sistema de ações. A tutela jurisdicional só era admitida em favor de quem estivesse legitimado a uma das ações reconhecidas pelo direito da época, que eram correspondentes a negócios taxativamente disciplinados. Esse conceito modificou-se na época de Justiniano, pela extensão da proteção jurídica aos contratos inominados. Segundo Betti, a tipicidade experimentou uma involução e, paralelamente, uma evolução em um novo sentido, no qual ela não decorre necessariamente da configuração legal do negócio, mas da sua admissibilidade pela consciência social. Essa admissibilidade é ditada por valorações econômicas ou éticas e necessariamente se configura por tipos, que correspondem a modelos de cooperação, de trocas, de acordos, de crédito, de gestão de negócios etc. A tipificação ocorre, portanto, toda vez que a consciência social identifica um interesse duradouro da vida de relação, não restritamente individual, que seja digno de proteção (Betti, 2003, I: 276-280).

No direito alemão, cogita-se de uma categoria geral de contrato de garantia, pelo qual “uma parte assegura à outra a consecução dum resultado ou assume a responsabilidade por um risco ligado a um empreendimento, respondendo pelos danos causados pela não-verificação do resultado ou pela atuação do risco” (Demuth, *apud* Mota Pinto, 1985: 386, nota 14). A obrigação do garante é autônoma e tem valor indeterminado. O interesse do contrato pode ser do próprio garante. São exemplos as garantias sobre distribuição de lucros, sobre comissões etc. Mota Pinto cita, na jurisprudência portuguesa, um acórdão da Relação de Luanda, de 1966, sobre garantia do cedente de quotas sociais de inexistência de qualquer responsabilidade social, além das escrituradas, garantindo a exatidão dessa

declaração. Essas características do contrato de garantia diferenciam-no de outras espécies de garantia, como a fiança (Mota Pinto, ob. loc. cit).

Algumas garantias são previstas em lei e utilizadas pelos contratantes conforme as suas conveniências. Podemos citar, a título exemplificativo: as cláusulas especiais à compra e venda (retrovenda, venda a contento, preempção ou preferência, reserva de domínio); a garantia de solvência do cedido na cessão de crédito, a contrário do que dispõe o art. 296; os contratos de *hedging* ; as garantias do comércio internacional, sobre as quais trataremos especificamente na terceira parte.

**2.2. Tratamento legislativo.** As garantias geralmente são distribuídas pelos diversos campos do sistema jurídico, conforme os direitos que visam proteger. Assim o faz o CCB, *v.g.*, ao impor garantias hipotecárias ou pignoratícias para imissão de posse dos herdeiros nos bens do ausente (art. 30). No nosso sistema, não há disposições concentradas que rejam de modo genérico as garantias. Outros as têm. O Código Civil português dedica uma seção às garantias especiais das obrigações (artigos 623º. a 626º.). O Código Civil italiano ocupa o seu sexto livro à tutela dos direitos, sendo o título terceiro dedicado à responsabilidade patrimonial. Tem ainda uma disposição genérica, sob a rubrica de obrigação de garantia (art. 1.179), assim denominando toda e qualquer cautela sem forma ou modo determinado, real ou pessoal. O BGB tem preceitos específicos nos §§ 232 a 240. O espanhol trata do assunto dispersamente.

A falta de um tratamento legislativo especial para as garantias origina inconvenientes como a inserção da propriedade fiduciária no título da propriedade em geral do Código Civil (assim, Noronha, 2003: 199).

O que até aqui se disse quanto ao tratamento legislativo é válido, naturalmente, para os sistemas nacionais. No âmbito internacional, as garantias se fundamentam na autonomia privada, resultante da prática dos negócios, havendo poucos documentos sistematizadores, dentre os quais o mais notório são as Regras Uniformes para as Garantias Contratuais, da Câmara de Comércio Internacional, sediada em Paris, datadas de 1978.

### 2.3. Causalidade e abstração das garantias

No direito, causa pode ser tomada em consideração em dois sentidos. No primeiro, mais amplo, serve para explicar a fenomenologia jurídica,<sup>33</sup> e é matéria da teoria geral do direito. No segundo, mais restrito, a causa é um modo de legitimação dos direitos.

---

<sup>33</sup> Há uma causalidade *do* direito e uma causalidade *no* direito (Vilanova, 1986: 6). A primeira explica as relações entre o direito e os demais sistemas sociais, como a sociologia, a economia, a política, etc., uma vez que esses sistemas interferem na produção das normas jurídicas e também produzem fatos jurídicos. A segunda é constituída de referentes internos entre os fatos jurídicos e seus respectivos efeitos. O direito, como ciência cultural que é, constrói a sua própria causalidade. É, portanto, uma ciência normodispositiva (Vilanova, 1989: 1). Conforme Pontes de Miranda (1: § 7, 19), a causalidade jurídica não é a física ou natural, é própria do direito. Os efeitos jurídicos obedecem ao *princípio da causalidade jurídica da eficácia jurídica*. Ou seja: a causa dos efeitos jurídicos é a incidência das regras jurídicas (este aspecto não é sem importância para o desenvolvimento futuro da nossa tese, como se verá quando tratarmos da eficácia da garantia). O direito dispõe livremente (politicamente) os efeitos que decorrem dos fenômenos jurídicos (fatos jurídicos em sentido estrito, atos-fatos jurídicos, atos jurídicos em sentido estrito, e negócios jurídicos). A causalidade para o direito é uma forma de sistematização, que dá sentido e ordem ao *ordenamento* jurídico (o direito é uma generalização congruente, disse Luhmann [1983, I: 109, ss]). Se nas ciências naturais a causalidade é lei, posto que um efeito é sempre um fato necessário de certa causa, no direito, a lei é ditada pela política, que implica escolhas axiológicas. Na sua *ordenação*, o direito faz “manipulação ideológica da causalidade intersistêmica” (Vilanova, 1989: 20), assim como ocorre com as ciências sociais de modo geral, promovendo uma superposição de séries causais (física, bioquímica, psicofísica, psicológica etc.), que em concurso contribuem para a finalidade da lei. O direito põe-se a meio caminho entre as ciências naturais e a moral, porque suas leis, embora não sejam naturais, são obrigatórias. As leis naturais são descritivas,

Podem legitimar-se os direitos de modo causal, de modo formal e de modo aparente. Na legitimação causal, a titularidade das posições jurídicas é indeligiável da causa do negócio em que essa posição está situada. E esta causa é um fato jurídico.<sup>34</sup> O vendedor tem contra o comprador o crédito do preço da venda. Esse crédito só pode ser deduzido do negócio de compra e venda que lhe deu causa. O fato-causa é a compra e venda. Na legitimação formal, a causa é substituída pela forma, de maneira que o direito vale independentemente de um ato material (fato) que o origine, bastando que se observe um rito. Uma terceira forma é a legitimação aparente, em que o legítimo detentor de uma posição jurídica é preterido por um terceiro, em virtude de uma aparência unívoca geradora de confiança, e da boa-fé do beneficiado. É exemplo a validade do pagamento feito de boa-fé ao credor aparente (Castro, 1985: 174 ss). A legitimação aparente é excepcional.

Os modos causal e formal demarcam duas grandes categorias de negócios jurídicos: os negócios causais e os negócios abstratos. Em princípio, toda garantia é causal, pois não há sentido numa garantia sem direito a garantir. Entretanto, a causa pode ser abstraída de um negócio jurídico, e ele passa a ser eficaz *per se*.

---

enquanto as culturais são prescritivas. Entretanto, mesmo nas ciências e nos sistemas culturais, há relações de causalidade intra-sistêmicas, que determinam a ordenação dos fatos que lhes são próprios. Portanto, há leis jurídicas no sentido descritivo-causal (Vilanova, *op., loc. cit.*). Exemplos: a concepção cria o sujeito de direitos; a morte transmite a herança; a maioridade torna a pessoa plenamente capaz; o advento do fato-condição resolve o contrato, assim como o do termo prescricional extingue a pretensão; a sub-rogação automática e a compensação extinguem a obrigação etc. Em todas essas situações está presente o determinismo da causa sobre o efeito. A causalidade normodispositiva do direito e a causa das obrigações não são fenômenos separados. Por exemplo: o CDC determinou a vinculatividade da oferta, o que antes era considerado mero convite para contratar e, portanto, sem efeito jurídico.

<sup>34</sup> Causa é fato, remarca Castro (1983: 95), exemplificando com a plataforma marítima a irrelevância do fato puro enquanto sobre ele não incidir a norma jurídica: a plataforma costeira submersa acha-se secularmente ligada por formação geológica ao território nacional, mas somente foi posta sob domínio jurídico do país com a norma que a institui como extensão do território.

Vamos examinar em seguida a causalidade e abstração dos negócios jurídicos, tendo em vista de modo especial os direitos em garantia.

**2.3.1. Causa subjetiva e causa objetiva.** As teorias causalistas<sup>35</sup> podem ser divididas em subjetivistas e objetivistas.

As teorias subjetivas explicam a causa das obrigações pela intenção dos contratantes ou como justificativa da reciprocidade das atribuições. Conforme a primeira acepção, a causa das obrigações nos contratos onerosos é a finalidade de receber a contraprestação; nos contratos benéficos, a causa é mera liberalidade.<sup>36</sup> A acepção da causa-justificativa é tributada a Domat, para quem, nas convenções de troca em sentido amplo (contratos bilaterais) a obrigação de uma parte é o fundamento da obrigação da outra (*apud* Gorla, 1959: 77). Pothier (1910[?]: 28) confirmou o conceito de Domat: disse que nos contratos interessados a causa da obrigação é o que a outra parte dá, se obriga a dar ou o risco que assume (note-se a introdução do risco como elemento de troca). Essa concepção de causa teve grande receptividade legislativa: assim no art. 1.102, do CCF,<sup>37</sup> e como fundamento

---

<sup>35</sup> Há uma ponderável corrente de anticausalistas, a começar por Planiol e passando, no Brasil, por Bevilacqua, que entende que a teoria da causa é demasiado abstrata e desnecessária, uma vez que a justificativa dos negócios jurídicos está nas manifestações de vontade (para uma síntese do anticausalismo: Castro, 1966: 19 ss, e Campos Filho, 1948?: 26-32). Em grande medida, essa resistência devia-se à identificação de causa com motivo (“o motivo dos contratos é geralmente calado” – Bevilacqua, 2000 [e.h.], 218) ou com licitude (segundo Pothier - 1910 [?]: 28 – “todo ajuste deve ter uma causa honesta”).

<sup>36</sup> A causa-intenção foi acolhida no art. 1.274, do CCE: “*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*”.

<sup>37</sup> Art. 1102. *Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s’obligent réciproquement les uns envers les autres.*

da exceção de contrato não cumprido nos artigos 476 e 477, CCB, (repetindo o art. 1.092, do CC 1916), no art. 1.460, do CCI,<sup>38</sup> e no art. 428, do CCP.<sup>39</sup>

Para os objetivistas, a causa não deve ser procurada nas obrigações individuais, mas na finalidade comum dos contratantes ou na função econômico-social do contrato. Substitui-se o conceito de causa das obrigações pelo de causa do contrato. Conforme Jossierand, ao contratar as partes agem concomitantemente como duas electricidades contrárias que se atraem buscando o mesmo efeito (*apud* Castro, 1966: 23). A causa é o *porquê* do negócio jurídico,<sup>40</sup> ou seja, a sua função (Betti, 2003, I: 247; Messineo, 1952: 113), uma vez que ele é realizado tendo um vista um fim prático. O conteúdo do negócio é um regulamento de interesses, cujos meios o direito ordena para que os indivíduos atinjam legitimamente os fins que almejam. Esses fins devem ser sempre interesses úteis e socialmente apreciáveis. Por isso, “a causa é, em resumo, a função de interesse social da autonomia privada” (Betti, 2003, I: 260). Para Messineo, causa no sentido de função “consiste na modificação de uma situação existente que o direito objetivo considera importante para as suas próprias finalidades”, e como tal “é constante e imutável, seja qual for a intenção pessoal de cada uma das partes”, do que deriva “que o contrato não pode deixar de ter uma causa” (Messineo, 1952: 110).

---

<sup>38</sup> “*Eccezione d’inadempimento. Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l’altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria (...)*”.

<sup>39</sup> Art. 428º. 1. Se nos contratos bilaterais não houver prazos para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efetuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo. 2. A exceção não pode ser afastada mediante a prestação de garantias.

<sup>40</sup> Há causa em todo e qualquer negócio jurídico, não apenas no direito das obrigações. Como exemplos: no direito de família (casamento), no direito das sucessões (testamentos), no direito das coisas (constituição de direitos reais) etc. Nos negócios obrigacionais, como nos contratos, a causa é econômico-social. Nos negócios não obrigacionais, a causa é prático-social (Azevedo, 1886: 173).

Sendo a causa objetiva, não pode haver negócio jurídico sem causa. Pothier já dizia: “É da essência das obrigações que haja, 1º., uma causa, de que nasça a obrigação (...)” (Pothier, 1910?: 3). Segundo Flume (1998: 200), a importância da causa pode ser avaliada do seguinte modo: se através de um contrato uma pessoa promete à outra uma prestação, a promessa não é suficiente em si mesma. Ela necessita de uma causa que a justifique para que o promissário tenha pretensão contra o promitente.

A falta de causa interfere nos planos da validade e da eficácia do negócio jurídico (Azevedo, 1986: 172). Se devesse existir causa pressuposta (dívida afiançável), a sua ausência (inexistência de dívida), por ser requisito fático logicamente antecedente, torna o negócio subsequente (contrato de fiança) nulo. Se o caso fosse de causa final (legatário que morre antes do testador), o negócio (testamento, logicamente antecedente à morte do legatário) cai na ineficácia. Pode dar-se também a insuficiência da causa, que igualmente recairá no plano da eficácia, como quando há erro sobre a causa, *v.g.*, se um dos contratantes entrega a coisa a título de locação e o outro a recebe como se fosse comprador (Messineo, 1952: 115).

A causa pode vir antes ou depois do negócio jurídico. Há causa pressuposta quando ela antecede ao negócio, como acontece nos meios técnicos de extinção de obrigações, como a dação e a novação, no reconhecimento de paternidade, na doação remuneratória etc.<sup>41</sup> Quando o contrato é o meio de persecução de uma finalidade, a causa é final. Assim

---

<sup>41</sup> O Prof. Antônio Junqueira de Azevedo (1986: 168) ressalta que nos negócios com causa pressuposta (*causa praeterita*) sempre há dupla causa, porque neles há, também, uma causa final. Na fiança é fácil perceber: há

na compra e venda, cujo contrato tem a função de transferir a propriedade, o que irá se realizar pela tradição - obrigação do vendedor contraída no contrato.

**2.3.2. Causa e estrutura do contrato.** Materialmente, o contrato consiste numa operação econômica, à qual a disciplina jurídica atribui efeitos obrigatórios. (Roppo, 1988: 197). O contrato disciplina a recíproca transferência de riqueza entre os contratantes,<sup>42</sup> produzindo os efeitos próprios à sua tipicidade ou efeitos socialmente úteis e apreciáveis e que a eles – contratantes - interessam. Se as partes contratam para conseguir os efeitos jurídicos que desejam, causa é fim e contrato é meio. Por conseguinte, a causa não está no contrato em si, mas fora dele (Azevedo, 1986: 170). Antecede ao contrato, porque é intenção de um resultado; e o sucede como objetivo alcançado. Daí existir estreita aproximação entre causa e tipicidade.

O contrato, porém, possui elementos de existência que pertencem ao seu tipo e que mantêm autonomia em face do escopo dos contratantes. Por conseguinte, uma mesma espécie de contrato é passível de ter causas diferentes, conforme a finalidade pretendida pelas partes. O contrato de compra e venda tem como efeito típico a transferência da propriedade, mas pode ter causa de simples garantia quando é aditado com o pacto de retrovenda (Azevedo, *id.*, *ib.*). Portanto, a intenção das partes é determinante da causa, que pode ser classificada conforme a finalidade da obrigação. Há *causa constituendi* quando se

---

uma dívida anterior (causa pressuposta) que dá origem ao contrato de fiança, cuja finalidade (causa final) é a garantia do credor. Os contratos reais também são citados como exemplos de causa pressuposta: v.g., a entrega do objeto do empréstimo ou do depósito. Porém, a entrega é elemento de existência do contrato, e como tal pertence à sua estrutura. Já a causa é sempre fato externo ao negócio.

<sup>42</sup> A reciprocidade de efeitos é própria dos contratos sinalagmáticos. O sinalagma surge na formação do contrato (sinalagma genético) e deve permanecer durante a sua execução como fator de manutenção da eficácia (sinalagma funcional), ou seja, continuidade dos efeitos desejados pelas partes (Luis Renato Ferreira da Silva, 1999).

constitui direito em troca de uma contraprestação, ou quando aquele que recebeu algo tem que restituir, ou quando se deve reembolsar alguém; há *causa solvendi* quando alguém tem obrigação de prestar para cumprir obrigação assumida; e há *causa donandi* quando não se cria crédito nem se solve dívida, tão-somente é feita atribuição unilateral. A *causa constituendi* inclui a constituição de créditos e de direitos não creditórios, sendo no primeiro caso chamada mais especificamente de *causa credendi*. Na outorga de garantia há *causa solvendi*, haja vista a finalidade do garante (Pontes de Miranda, 3: § 263, 111-115). Fábio Konder Comparato fala de *securitatis causa* quando a função do negócio jurídico é de garantia (Comparato, 1981: 356).

A causa suporta condição e reserva. Uma pessoa pode fazer atribuição patrimonial a outra por *causa credendi*, mas se a atribuição estiver vinculada a que o beneficiário venha a alcançar um certo sucesso, haverá *causa donandi*. No contrato de abertura de crédito, os bancos permitem o saque do depositante *causa solvendi*, liberando valores em mútuo *causa credendi* quando se esgotam os depósitos. Nos dois exemplos, uma condição altera a causa da atribuição. Já quando alguém paga um valor duvidoso, pode declarar fazê-lo por motivo de honra, reservando-se o direito de repetição se ficar esclarecido não existir a dívida. Embora a repetição fosse possível mesmo sem a reserva, serve esta para frisar que o solvente não reconhece a dívida (Pontes de Miranda, 1958: 3, § 264, 118).

**2.3.3. Cinco acepções de causa.** O Prof. Antônio Junqueira de Azevedo sintetiza a complexidade temática da causa, analisando-a em sua variedade de significados e funções.

Ele distingue cinco acepções jurídicas da palavra causa: causa eficiente, causa-motivo,<sup>43</sup> causa de juridicidade, causa de atribuição e causa final<sup>44</sup> (Azevedo, 1986-t: 121-129).

Causa eficiente (*causa efficiens*) significa fonte de obrigação (ato ilícito, contrato etc.). Era nesse sentido empregada para designar a fonte das obrigações no direito romano<sup>45</sup> e assim empregada por Bevilacqua (2000 [e.h.]: 204).

A causa-motivo desdobra-se em duas: a) motivo psicológico ou causa impulsiva, tal como se encontra no art. 140, CCB (“O falso motivo só vicia a declaração quando expresso como razão determinante”); b) motivo objetivo, que é referido como justa causa (v.g., artigos 602, 834 e 884, CCB).

---

<sup>43</sup> Mario Bessone (1998[?]: 258) procura demonstrar o caráter pouco exauriente da contraposição entre causa e motivo e, por extensão, a insuficiência de um critério único - o de função econômico-social do contrato - para justificar as diferentes razões de transferência de riqueza, concluindo que a doutrina da causa sofre uma perda de terreno. O autor argumenta com a relevância dos motivos no erro que autoriza a impugnação de doação (art. 787, CCI) e do testamento (art. 624, CCI). No primeiro caso, a par de tutelar o interesse do doador, a norma deve permitir igualmente a defesa do donatário, que só pode ser feita sindicando os verdadeiros motivos da doação. Sustentar-se que a causa da doação é liberalidade implica criar um arbítrio do doador para revogá-la, sem que se considere a relevância jurídica do empobrecimento do donatário. A aplicação de tal norma, portanto, põe em causa os interesses em jogo do doador e do donatário. Dizer-se, então, que a doação tem como causa o *animus donandi* somente reproduz abstratamente a função do tipo contratual, descurando o papel de controle do seu emprego. Se o motivo não integra a doação, não há utilidade na norma que autoriza a sua impugnação por erro de motivo. Por conseguinte, o conceito de causa como função econômico-social do contrato não exaure a razão justificativa de uma atribuição (Bessone, 1998[?]: 242 ss). No segundo caso, se no testamento é relevante o motivo do testador determinante da atribuição e se para a doutrina tradicional a causa é a razão justificativa do negócio, cai-se num círculo vicioso. A causa do testamento era tratada como *causa legandi*, uma liberalidade semelhante à doação (*Id.*, *ib.*, p. 253).

<sup>44</sup> Essas acepções são correlativas às quatro causas da lei, segundo Tomás de Aquino, também inspiradas em Aristóteles: causa eficiente, a autoridade legislativa; causa material, a ordenação racional; causa formal, a publicidade; causa final, o bem comum (Lopes, 2004: 90). As quatro causas respondem às perguntas: quem? por que? como? para que?

<sup>45</sup> A palavra causa foi usada no direito romano para explicar de onde se originavam as obrigações: “*Obligationem aut ex contractur nascuntur ex maleficio aut próprio quodam iure ex uariis causarum figuris*” (as obrigações ou nascem de contrato ou de delito ou, por certo direito próprio, de várias figuras de causas; Gaio, *apud* Alves, 1995: 32).

A terceira acepção de causa é como razão de juridicidade de certos atos: *por que* certos atos obrigam? A explicação parte de dois conceitos distintos de justo, segundo Santo Tomás de Aquino: o justo natural e o justo positivo. O justo natural é o que é justo pela própria natureza das coisas. Se alguém recebe algo para guardar (contrato de depósito) é naturalmente justo que devolva. Situação análoga ocorria na *datio rei*: se alguém recebia uma prestação era naturalmente justo que retribuísse. O justo positivo nasce da convenção ou da lei. Os interessados convencionam o que é justo para si por negócio jurídico ou a lei o determina em sentido geral, para todos. Portanto, a causa da juridicidade de certos atos pode ser uma causa natural ou positiva (também chamada de causa civil, de origem convencional ou legal).

A causa positiva (ou causa civil) só é eficaz se houver causa natural. Portanto, a ausência de causa natural é condição resolutiva de obrigação com causa puramente civil – o que se deve à evolução histórica verificada com a admissibilidade da *exceptio doli* em favor de quem cumprisse obrigação sem a posterior contrapartida.<sup>46</sup>

Da necessidade de causa natural deriva o quarto sentido do conceito de causa, que é a causa da atribuição patrimonial, conforme visto acima, mormente: *causa credendi* (B tornou-se credor de A porque A quis ser credor de B), *causa solvendi* (B recebeu uma

---

<sup>46</sup> A *exceptio doli* serviu para que aquele que tivesse cumprido uma prestação derivada de pacto nu, sem a contrapartida esperada, inicialmente, pudesse obter indenização e, depois do reconhecimento dos contratos inominados, o que ocorreu no direito justinianeu, exercitasse pretensão ao cumprimento. No exemplo de Moreira Alves (1995, II: 214), se Caio e Tício convenciassem entre si a troca de escravos, a obrigação só surgiria depois que um fizesse a entrega ao outro do servo de sua propriedade. Se o que recebera não cumprisse a sua parte, aquele que entregara só poderia pedir indenização, alegando dolo do outro, porque se tratava de pacto nu. No direito justinianeu foi reconhecida a existência dos contratos inominados, sob cuja epígrafe compreendiam-se pactos diversos que anteriormente não geravam obrigações sem o cumprimento da prestação prevista – por isso mesmo, um pacto nu. Tal cumprimento era uma *causa naturalis* que justificava a prestação alheia.

prestação porque já era credor de A, que efetua o pagamento; por exemplo: dação em pagamento) e *causa donandi* (B tornou-se credor porque A quis doar-lhe algo). Além destas, as causas de atribuições de direitos de outra ordem (a emancipação como causa de atribuição da capacidade; a adoção como causa de atribuição da filiação etc.) (Azevedo, 1986-t: 125).

O quinto sentido de causa é a finalidade de se obrigar. Cada um se obriga porque busca a concretização dos seus próprios fins.<sup>47</sup> Essa é a noção de *causa finalis* e comporta três entendimentos distintos. O primeiro é subjetivo: toma-se como causa o motivo determinante de cada contratante (Josserand). O segundo entendimento é subjetivo-objetivo: embora cada contratante possua motivação própria, ambos têm em comum a realização do negócio animado pelo motivo individual (Capitant); nesta concepção, há uma *causa concreta*, possibilitando que se avalie a licitude, a impossibilidade, a pós-eficácia das obrigações e os critérios de interpretação. O terceiro entendimento de *causa finalis* é integralmente objetivo e identifica a causa com a função do negócio (Betti). A função dos contratos é dada pela tipicidade. Nos contratos atípicos, a função – e conseqüentemente a receptividade jurídica – depende da utilidade social do contrato. A concepção de Betti é relativa à tipicidade do negócio e em vista de sua maior generalidade é *causa abstracta* (Azevedo, 1986-t: 127-129).

---

#### 2.3.4. A abstração da causa.

---

<sup>47</sup> Cada um se obriga em função dos seus interesses. Daí a definição de Paulo Barbosa de Campos Filho (1948?: 125): “causa é aquele interesse, material ou moral, a cuja realização tende o agente e que, se conforme à ordem jurídica, legitima o resultado procurado.”

Têm razão os objetivistas quando sustentam que não pode haver negócio jurídico sem causa, o que decorre logicamente da finalidade prática do direito. Ressalta aí o conceito de causa final ou causa-função. Se se pensar em causa como justificativa das atribuições patrimoniais, também não pode haver atribuição sem causa (Silva, CC, 1976: 51). Porém, para que os efeitos do negócio jurídico se verifiquem, não é necessária a remissão expressa à sua causa. A causa pode ficar oculta. Dessa técnica valem-se os títulos de crédito. E tratando-se de uma técnica, em última análise é o ordenamento jurídico que define se um negócio jurídico é causal ou abstrato, conforme assevera Flume (1998: 200). Os negócios causais são a regra. Os negócios abstratos são considerados taxativos. A abstração (ou ocultação) da causa pode ser absoluta ou relativa.

No direito brasileiro, os títulos de crédito são negócios relativamente abstratos, uma vez que são válidos e eficazes independentemente da causa apenas frente a quem não participou da sua formação. Entre as partes do negócio subjacente que lhe deu origem, qualquer título de crédito permanece vinculado à sua causa. Se a causa é considerada irrelevante também entre os partícipes originários, tem-se negócio jurídico absolutamente abstrato. Habitualmente é citado um exemplo único de negócio jurídico absolutamente abstrato, que é o acordo para transmissão da propriedade no direito alemão (*Einigung*) – negócio jurídico de direito das coisas, que sucede ao negócio causal obrigacional (Azevedo, 1986: 161; Silva, CCV, 1976,: 52 ss; Bessone, 1988: 28 ss).

Os títulos de crédito prestam-se à necessidade de circulação dos créditos e contribuem para a dinâmica da economia. Entretanto, para efeito de segurança, a causa é substituída pela forma como elemento de tipicidade. Esta, portanto, não se liga ao

conteúdo, como nos negócios causais, mas aos elementos de literalidade (Azevedo, 1986: 161, 165, 169).

Os negócios abstratos no direito moderno estão relacionados à obrigatoriedade dos contratos no direito romano.

Para os romanos,<sup>48</sup> *contractus* tinha o significado de negócios ou relações que não nasciam de acordos de vontades, mas da observância de certas formalidades. O acordo de vontades (*pactum* ou *conuentio*) era um pressuposto de fato do *contractus* (embora até mesmo essa opinião seja combatida por autores modernos, para os quais somente no direito justinianeu prevaleceu tal entendimento). De qualquer sorte, a obrigação não se originava do acordo de vontades, mas da forma. A obrigatoriedade de cumprimento do *contractus* era assegurada por uma *actio*. O acordo de vontades puro e simples (*nudus pactus*) não gerava obrigações e não tinha tutela direta por *actio*; apenas podia ser invocado em defesa mediante *exceptio*. Daí a máxima do Digesto: *nuda pacto obligationem non parit, sed parit exceptionem* (os pactos nus não geram obrigações, mas geram exceções).

Havia *contractus* em número limitado, sendo, portanto, desconhecido o conceito de contrato como figura abstrata. Entretanto, realizavam-se negócios sem forma específica, como a permuta (*permutatio*). Sua gênese era um *nudus pactus*. O conteúdo desse acordo de vontades não precisava ser cumprido, pois não era fonte de obrigação, mas se um dos permutantes cumprisse espontaneamente a prestação combinada, deixaria o outro na

---

<sup>48</sup> Os elementos que seguem foram extraídos das obras de Gino Gorla (1959: 29 ss), José Carlos Moreira Alves (1995: 120, 213, *passim*) e Werner Flume (1998: 201 ss) relacionadas na bibliografia.

obrigação de cumprir a parte dele. A entrega da coisa em permuta (*datio rei*) era entendida como *causa*<sup>49</sup> da contraprestação. O mesmo vigorava para as prestações de fatos (*facto*) nas obrigações de fazer. Negócios dessa natureza foram admitidos amplamente no direito justinianeu e compreendem os chamados contratos atípicos.

Naturalmente, a forma destinava-se a dar segurança jurídica aos negócios. Os contratos inominados eram desprovidos de forma e por isso geravam obrigação somente pelo *datio* ou pelo *facto*. Os pactos nus não geravam obrigações – somente exceções – porque eram convenções sem forma.

Além dos negócios causais, também eram praticados negócios abstratos, não obstante não tenham sido dogmaticamente formulados pelos romanos. A *stipulatio*, que era o tipo contratual dominante no direito clássico, corresponderia, nas concepções atuais, a um negócio abstrato.<sup>50</sup> Era um negócio formal, que se realizava verbalmente. O *stipulator* (aquele a quem se fazia prometer a prestação – *stipulari*) perguntava ao *promissor* se este lhe prometia a prestação, e a resposta devia ser *spondeo*. A obrigação nascia da promessa, sem levar em conta a sua causa, mas se esta efetivamente faltasse no cumprimento da estipulação, o devedor dispunha da *exceptio doli* para sua defesa frente à ação do credor.

Já a partir do início do período clássico foram concedidas duas espécies de ações a quem tivesse cumprido espontaneamente uma prestação em contrato atípico: a *conditio*

---

<sup>49</sup> Longe de colher uniformidade, o conceito de causa no direito romano apresenta-se multifacetado. Dicionaristas chegaram a arrolar 48 significados diferentes (Broggini, 1995: 17).

<sup>50</sup> Guarda semelhança com a *stipulatio* a promessa de dívida, comentada abaixo.

*causa data causa non secuta*, própria para as obrigações de dar e pela qual o autor pedia a restituição da coisa entregue, em vista da falta de cumprimento da outra parte, e a *actio doli*, pela qual o autor pedia uma indenização se tivesse prestado um *facto* (obrigações de fazer) ou se a restituição da coisa se tornara impossível.

Por força dos contratos inominados, houve o reconhecimento do *contractus* como figura abstrata, passando o acordo de vontades de mero pressuposto fático a elemento fundante da obrigação de cumprir o prometido. Portanto, num certo sentido, a causa passou a significar a negação dos pactos nus<sup>51</sup> ou dos acordos de vontade não obrigatórios (Gorla, 1959, I: 310, nota 2). Em outras palavras, a causa deu passagem ao princípio do consensualismo (*solus consensus obligat*). É também a conclusão de Flume (1998: 207): os contratos na Europa evoluíram do modelo de tipos fechados de negócios causais, herdado da codificação justinianéia, para a superação da máxima *ex nudo pacto actio non nascitur*, que deu lugar ao acordo amórfico cujo conteúdo é livremente estipulado pelas partes.

No direito moderno, portanto, a forma é exigida como requisito dos negócios abstratos em contraponto ao consensualismo. Segundo Gorla (1959: 239), o resultado

---

<sup>51</sup> A teoria do *pactum geminatum* contesta a completa esterilidade dos pactos nus: seria possível outorgar obrigatoriedade a um pacto nu mediante outro pacto nu confirmatório do anterior. Desse modo se chegaria a constituir uma dívida (*constitum debiti*). A pretensão decorrente do *pactum geminatum* seria exercitável pela *actio de constituta* (Broggini, 1995: 17). Segundo Gorla, porém, o *pactum geminatum* não teve correspondência com o direito vivido; foi mera especulação teórica frente à resistência que o consensualismo enfrentava no final do século XV. O autor toma esse exemplo para ilustrar a tendência de racionalização e generalização dos dados da experiência, o que geralmente resulta no revestimento do direito por conceituações e teorizações que constituem superestruturas artificiais e encobrem a realidade do direito efetivamente praticado – o que ele chama de direito dos *savants* (Gorla, 1959: 65-66). Afora a prudência da observação de Gorla, o direito atual admite formas de restabelecimento de débitos inexigíveis por técnicas que se assemelham ao *pactum geminatum*. A novação de uma obrigação prescrita (não obstante opiniões em contrário) constitui débito exigível, assim como a novação de uma obrigação natural (Martins-Costa, 2003: 515) e também a confirmação de uma obrigação anulável.

prático de qualquer requisito de forma é uma limitação ao princípio *solus consensus obligat*.

A questão que se põe, todavia, é se os negócios abstratos dependem invariavelmente de forma prescrita ou se também podem ser criados com base na autonomia privada. É o que examinaremos agora.

**2.3.5. Promessa de dívida.** A promessa de dívida seria uma obrigação contraída sem convênio causal. Pontes de Miranda (TDP, 44: §§ 4.813-4.814) admite-a como negócio abstrato, por decorrência do princípio da autonomia privada, uma vez que o Código Civil brasileiro não exige causa para as obrigações. Afirma que pode ser contraída de modo unilateral, bilateral ou plurilateral, sem alusão implícita ou explícita à causa. O promitente assume dívida ou promete prestar, sem dizer porquê (“Mediante a entrega deste documento pagarei a ‘B’ a quantia de  $x$ ”). Entretanto, ao favorecido incumbe o ônus de demonstrar o conteúdo do negócio. Assim, os negócios abstratos não ficariam limitados ao direito cambiário;<sup>52</sup> incluiriam alguns títulos cambiariiformes, os títulos ao portador, a promessa de dívida e o seu reconhecimento em abstrato. Segundo Pontes de Miranda, ficariam abertas ao promitente duas exceções, oponíveis pelo promissário ou a terceiro

---

<sup>52</sup> É também a posição de Tulio Ascarelli, que cita como exemplos de negócios abstratos não regulamentados por disciplina autônoma os títulos da dívida pública e as obrigações de sociedades comerciais. Em ambos os casos, os tomadores desses títulos tornam-se credores como mutuantes, sem que tenha havido mútuo. O emitente assume a obrigação de pagar as suas dívidas representadas pelas obrigações emitidas. Posteriormente, se houver novação, será negócio abstrato (Ascarelli, 1943: 213-216). São negócios indiretos, nos quais as partes mantêm proximidade com um negócio típico para melhor regular as suas relações. A origem de tais negócios seria muito antiga, pois praticados ainda na Grécia, negócios em que se confessa uma tradição que não houve ou a valores que não se tomaram. Haveria apenas confissão aparente, que em substância é declaração de vontade. A tradição pode vir a ocorrer posteriormente – mas não necessariamente - como causa futura. Caberia ao credor justificar o crédito (Ascarelli, 1943: 50; 1945: 99 ss).

de má fé (abstração relativa): provar que a causa era ilícita (não a falta de causa)<sup>53</sup> e que a promessa derivou-se de jogo ou aposta.

Em posição contrária, embora frisando que a causa não é requisito expresso do negócio no direito brasileiro, assevera categoricamente Junqueira de Azevedo que “não há negócios *abstratos* inominados; realmente, não se admite que as partes possam criar negócios abstratos, pois isto traria graves riscos a toda ordem jurídica”<sup>54</sup> (Azevedo, 1986: 166; grifo original). Entende, porém, que em alguns negócios possa haver abstração instrumental da causa, como se faz nas confissões de dívida, que não é negócio abstrato, é apenas negócio sem convênio causal ostensivo (Azevedo, 1986-t). Também lhe parece cabível a alegação de (e pretensão de indenização por) enriquecimento sem causa, mesmo em negócios absolutamente abstratos (Azevedo, 1986: 162).

No direito alemão, a promessa de dívida encontra fundamento no § 780, BGB, onde se admite a validade de uma obrigação fundada em simples promessa, desde que seja feita por escrito. Segundo Flume (1992: 199), essa espécie de promessa abstrata tem curso quase exclusivo no direito cambiário, e sua maior importância se dá em razão direta do § 814, que não autoriza a repetição da prestação que o *solvens* sabia que não estava obrigado a cumprir. Assim, uma dívida causal duvidosa pode ser transformada em dívida abstrata (Flume, ob. cit. p. 209-210).

---

<sup>53</sup> No direito alemão, a exceção de enriquecimento injustificado é francamente admitida como freio do sistema abstrativista (Flume, 1992: 198), a tal ponto que o contrato abstrato acaba se equiparando substancialmente ao contrato causal (Flume, ob. cit., p. 210).

<sup>54</sup> Esses riscos se concretizaram nas práticas usurárias da época de Caracala (211-217 d.C.), quando foi invertido contra o credor o ônus da prova dos mútuos provados por títulos abstratos em valores muito superiores aos empréstimos, concedendo aos devedores a *querela non numeratae pecuniae* (Mazeaud-Mazeaud-Chabas, 1991: 272).

No direito francês, onde a causa é requisito essencial dos contratos, é conhecida a figura do *billet non causé*. O art. 1.132, do CCF, dispõe que o contrato não é inválido por não exprimir a causa. A interpretação da jurisprudência francesa é de que a causa presumivelmente está apenas encoberta, e cabe ao devedor provar que ela não existe. Não se trataria, portanto, de negócio abstrato. Entretanto, a dificuldade da prova é notória, o que leva a doutrina a afirmar que o resultado prático aproxima o direito francês dos sistemas que admitem atos abstratos (assim: Mazeaud-Mazeaud-Chabas, 1991: 274).

A promessa de dívida ou o seu reconhecimento também é admitido no direito português com a denominação de promessa de cumprimento. Assim dispõe o art. 458º., do CCP: “Se alguém, por simples declaração unilateral, prometer uma prestação ou reconhecer uma dívida, sem indicação da respectiva causa, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário”. O negócio exige forma escrita. Almeida Costa (1994: 388), porém, não o considera negócio abstrato, mas negócio com causa presumida, cujo efeito prático é a inversão do ônus da prova.

As garantias bancárias do tipo pagamento à primeira solicitação e garantias de execução (*performance bonds*) são consideradas, na Alemanha, promessas abstratas de dívidas, porque privam o banco da exceção do enriquecimento sem causa, com base no § 821, do BGB (Pleyer, 1985: 156).

É justamente em razão das garantias no comércio internacional (sobre as quais versaremos no capítulo seguinte), que não se subordinam a nenhum direito nacional estrito, que é de ser admitida a figura da promessa de dívida como um gênero de garantia.

## **Capítulo II**

### **CLASSIFICAÇÃO DAS GARANTIAS**

Torna-se necessária uma classificação das garantias a fim de estudá-las metodicamente. Este será o objeto do nosso segundo capítulo. Em primeiro lugar, impende definir um critério classificatório para em seguida organizar sistematicamente as garantias.

## 1. Definição do critério classificatório

Classificar é distribuir objetos em conjuntos parciais coordenados e subordinados ou ordenar conceitos entre si, segundo relações de gênero com a espécie, do todo com a parte etc. (Lalande, 1999: 165).

A tarefa envolve o risco do reducionismo, mas também o do tautologismo (que Wittgenstein bem definiu como “toda proposição complexa que permanece verdadeira apenas em virtude de sua forma, qualquer que seja o valor de verdade das proposições que a compõem” - *apud* Lalande, 1999: 1107). Esse risco é expressivo nas ciências noológicas, mais ainda no direito, haja vista a sua normatividade autopoiética. Por isso impusemo-nos algumas considerações preliminares sobre a escolha do critério de classificação, orientado pela identificação das características definidoras de cada conceito e limitado pela navalha de Occam, a máxima que os nominalistas chamam de lei da parcimônia: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem* (“os seres não devem ser multiplicados sem necessidade”).

### 1.1. Classificações usuais

A primeira preocupação deve ser a de definir o critério de classificação. Evidentemente, não se devem desconhecer as classificações mais habituais e verificar que critérios elas pressupõem. Desde logo ressaltam três classificações usuais: garantia geral e

garantias especiais, garantias reais e garantias pessoais (fidejussórias), garantias acessórias (e por conseguinte não-acessórias ou autônomas).<sup>1</sup>

**1.1.1. Garantia geral e garantias especiais.** O inadimplemento expõe o devedor a sanções patrimoniais desde a Lei Poetelia Papiria (326 a.C.), que extinguiu a responsabilidade corporal. Pelo inadimplemento das obrigações, respondem todos os bens do devedor. Tal é a regra ancestral que passou a figurar expressamente no art. 391, CCB. O art. 942 reproduz o mesmo conteúdo, ao submeter os bens de todos os responsáveis pela ofensa ou violação de direito de outrem, solidariamente, à reparação do dano.

Todavia, a possibilidade de satisfação do crédito – ainda que indireta – sobre qualquer bem do acervo patrimonial do devedor é uma garantia genérica e de pouca efetividade. Em primeiro lugar, porque o patrimônio do devedor pode sofrer oscilações no andamento das suas atividades econômicas, sem que lhe possa ser imputada qualquer responsabilidade por fraude ou má fé. Se por infortúnio ele vem a sofrer prejuízos determinantes de uma considerável redução patrimonial e até mesmo que o levem à insolvência, os credores, que antes se viam ancorados na solidez do devedor, vêem-se ao desabrigo de medidas efetivamente garantidoras da realização dos seus créditos. Em segundo lugar, porque a execução demanda a busca de um bem penhorável, e alguns são invulneráveis à execução, como prescreve a Lei 8.009, de 29 de março de 1990, que protege os bens de família do devedor, como preservação mínima da sua dignidade.

---

<sup>1</sup> Esses critérios não são excludentes. É comum que as garantias sejam classificadas em geral e especiais e, estas, em pessoais e reais. Assim, *v.g.*, Almeida Costa (1994: 729, 763); Noronha, 189. Mencionando apenas a segunda classificação: Orlando Gomes (1998: 229) e Arnold Wald (2000: 157). A qualidade de direitos acessórios é atribuída às garantias reais e pessoais.

Para evitar os inconvenientes de uma execução incerta e melhor precaver os interesses envolvidos nas relações de crédito, podem ser convencionadas adremente garantias especiais com dupla finalidade: primeira, especializar bens sobre os quais recairá a execução, que assim passa a ter objeto específico mesmo antes do vencimento da obrigação; segunda finalidade, a de assegurar a permanência no patrimônio do devedor dos bens constantes de seu acervo no momento da constituição do crédito ou a possibilidade de persegui-los em patrimônio alheio no caso de transferência.

As garantias especiais podem se restringir ao patrimônio do devedor ou comprometer o patrimônio de terceiros. Podem recair sobre bens do devedor ou de terceiros (garantias reais) ou sobre pessoas (garantias pessoais ou fidejussórias). As modalidades de garantias especiais é o objeto do segundo critério.

**1.1.2. Garantias reais e garantias pessoais.** A segunda classificação – garantias reais e garantias pessoais – é uma seqüência da primeira, pois organiza as garantias especiais conforme a natureza do direito que conferem ao credor. Se o direito de garantia recai sobre coisa alheia (do próprio devedor ou de terceiro) a garantia é real; se da garantia não nasce direito real no patrimônio do beneficiário sobre os bens do garante, respondendo este com base num princípio de confiança - daí a garantia chamar-se fidejussória, apesar de não persistir no mundo dos negócios atualmente a base de fidúcia que deu origem à fiança romana (Pontes de Miranda, TDP, 44: § 4.782, 4) – a garantia é pessoal. Ao prestar a garantia pessoal, o garante expõe o seu patrimônio ao credor, ficando nesse passo igualado

ao devedor garantido frente ao art. 391, CCB. Portanto, na garantia pessoal há refluxo de uma garantia especial para a garantia geral.

As garantias reais são a hipoteca, o penhor, a anticrese, a propriedade fiduciária e o *leasing* financeiro (a serem vistas adiante em plano detalhado). As garantias pessoais são a fiança (a mais comum) e o aval, e também serão adiante examinadas.

**1.1.3. Garantias acessórias (e autônomas).** Quando se diz *garantia* há, em elipse, *um direito em garantia*. Quando se diz *garantia acessória* comunica-se a existência de um *direito acessório com função de garantia*.<sup>2</sup> O critério que informa essa classificação, portanto, é o da vinculação da (relação jurídica de) garantia com outra relação jurídica. A classificação pressupõe a existência de outra relação jurídica, que é a sede do direito que se quer garantir. Portanto, há uma relação jurídica primária e uma relação jurídica (de garantia) secundária. Se a garantia é acessória, significa que o direito constituído nessa função submete-se ao princípio *accessorium sequitur principale* (cujas repercussões veremos adiante, ao analisarmos as espécies de garantias acessórias).

A garantia, porém, pode desvincular-se da sorte da relação jurídica primária, passando da condição de acessória para autônoma. Quando referem garantias acessórias, os autores não as diferenciam de outra categoria que fica subentendida. Temos que o contraponto das garantias acessórias são as garantias autônomas. A autonomia é uma

---

<sup>2</sup> Fernando Noronha classifica as obrigações em autônomas e não autônomas, sendo da primeira espécie as que nascem no próprio direito obrigacional (v.g., contratos e obrigações por atos ilícitos), e da segunda as que se originam em outros ramos do direito (v.g., obrigação de alimentos originária do direito de família). O autor consigna a distinção entre obrigações não autônomas e obrigações acessórias, no sentido em que aqui estamos tratando as garantias (Noronha, 2003: 414). No âmbito das garantias, conforme estamos expondo no texto, a distinção é entre acessórias e autônomas.

técnica de separação do direito de garantia (relação jurídica secundária) da relação jurídica primária, que não coincide com a abstração. Abstração é a autonomia em seu mais elevado grau. Entretanto, pode haver autonomia sem abstração – em outras palavras, autonomia e causalidade. É o que ocorre na duplicata mercantil, título causal (Oliveira, 1996: 21; Almeida, 204: 186; Bulgarelli, 2001: 431)<sup>3</sup>, tanto que tem como requisito essencial a inserção do número da fatura a que corresponde. Entretanto, uma vez posta em circulação, vigora para a duplicata, como para os títulos de crédito em geral, o princípio da inoponibilidade das exceções frente a terceiros.

**1.2. Crítica dos critérios classificatórios usuais.** Os três critérios verificados (generalidade ou especialidade da garantia, natureza do direito outorgado ao garantido e vinculatividade da garantia com a relação jurídica originária), apresentam um certo paradoxo ao serem relacionados entre si. De um lado, são complementares: as garantias especiais (primeiro critério) subdividem-se em garantias pessoais e reais (segundo critério), as quais, em princípio, são direitos acessórios. Entretanto – aí a incoincidência – nem todas o são. É o caso do aval, que por ser negócio abstrato, não pode ser considerado acessório.<sup>4</sup>

Ademais, as três classificações são restritas a garantias relativas a direitos constituídos em outras relações jurídicas – via de regra, direitos de crédito. Portanto, em

---

<sup>3</sup> Contrariamente, em posição minoritária, Pontes de Miranda (TDP, 36: § 4.012, 1 e 5), afirmando que a duplicata mercantil é título formal e abstrato, que *supõe* negócio jurídico de compra e venda.

<sup>4</sup> Em sentido divergente, Fernando Noronha afirma que o aval é também garantia acessória, sendo autônomo apenas até onde é indispensável para a confiabilidade de um título de crédito (Noronha, 2003: 192). Acreditamos que a divergência será esclarecida ao tratarmos, em seguida, da distinção fenomenológica.

certo sentido, podem ser consideradas acessórias, o que transformaria o terceiro critério no elemento efetivamente definidor, não fosse a exceção já apontada do aval.

Isso não significa que tais critérios sejam inúteis. Ao contrário, eles serão utilizados na classificação que proporemos em seguida. Mas não são suficientes. Daí a necessidade de ser encontrado outro critério, que atenda a dois objetivos: que compatibilize as garantias pessoais com o caráter de acessoriedade e que amplie o conceito de garantia para incluir direitos que não se vinculam a relações jurídicas precedentes, mas que igualmente tenham por pressuposto a proteção de interesses em situação de risco.

**1.3. Critério fenomenológico.** Se o interesse é nascido dentro de uma relação jurídica, o risco corresponde ao não cumprimento ou ao cumprimento imperfeito de uma obrigação. Nesse caso, a garantia está ontologicamente ligada a uma outra relação jurídica que lhe deu origem. Mantém-se entre a relação jurídica primária e a secundária (relação jurídica de garantia) um nexo de principal para acessório. Esse nexo pode ser rompido, conferindo-se autonomia à relação secundária (de garantia). A autonomização é uma técnica de reforço da própria garantia.<sup>5</sup> No plano dos efeitos jurídicos, a autonomia significa uma força de geração própria. A mais vigorosa técnica de autonomização é a abstração. A garantia (relação jurídica secundária) desliga-se da sua causa (a relação jurídica primária) e passa a produzir efeitos jurídicos *per se*. A relação jurídica primária deixa de influenciar os efeitos jurídicos da garantia. Entre as duas relações jurídicas

---

<sup>5</sup> Conforme expõe Ascarelli, os negócios causais preenchem uma função que a causa revela e que justifica a atribuição patrimonial. Nos negócios abstratos essa função fica oculta. Ela é encontrada, porém, na *convenção executiva*, que é a relação fundamental de onde emerge a garantia, v.g., uma cambial com função de garantia (Ascarelli, 1943: 89-92).

desaparece a relação principal-acessório, mantendo-se unicamente uma “memória” fenomênica, que remete à origem jurídica da garantia. Essa memória tem importância somente na situação extrema de verificação dos efeitos jurídicos produzidos diretamente pela garantia. Se as atribuições patrimoniais dela decorrentes forem injustas, produzindo o enriquecimento de alguém às custas de outrem, haverá obrigação de restituir o que foi indevidamente auferido. *In extremis*, recupera-se a relação juridicamente posta na origem, pelo resgate da memória fenomênica. Os sistemas jurídicos têm no enriquecimento sem causa um princípio de controle da justiça das atribuições patrimoniais.

Se o interesse<sup>6</sup> não tem origem em relação jurídica, tratando-se de um interesse da vida sócio-econômica ou de ordem estritamente pessoal - desde que socialmente relevante e digno de proteção (Carnelutti, Betti, Noronha, 2003: 26 ss., *et alii*) – o instrumento jurídico apto a preservá-lo será gerado originariamente e produzirá efeitos *motu proprio*, sem vínculo de descendência com qualquer outra relação jurídica. A sua fenomenologia será puramente sociológica, não jurídica.

Na raiz da distinção que se faz, está a fenomenologia da garantia. Há garantias fenomenologicamente jurídicas e garantias fenomenologicamente sociológicas. As primeiras podem manter ou não o vínculo jurídico com a sua origem (que é necessariamente uma relação jurídica primária). Independentemente da preservação desse vínculo, a garantia é apta para produzir os efeitos jurídicos que lhe são próprios. Portanto, o

---

<sup>6</sup> Como pontua Betti, quanto ao objeto dos negócios jurídicos: “Parece preferível falar de interesses em vez de bens, porque, mesmo quando o objeto do negócio sejam coisas (bens materiais), elas não serão consideradas por si abstratamente, mas sempre com referência aos sujeitos, e são apreciadas e diferenciadas tendo em consideração a sua aptidão para satisfazer necessidades da vida de relações, segundo as opiniões econômicas ou éticas e as valorações historicamente condicionadas da consciência social” (Betti, II, 2003: 36). Nessa linha, o contrato de seguro garante interesses, e não direitos ou bens (art. 757).

desfazimento do vínculo só influencia a intensidade dos efeitos, mas não apaga a sua memória fenomenológica – a qual, em última instância, pode aflorar para a restauração do justo em matéria atributiva. Já as garantias fenomenologicamente sociológicas justificam-se por si próprias, entram no mundo do direito *ex novo*.<sup>7</sup>

#### **1.4. Vocação ideal da garantia e projeção jurídica da sua origem fenomênica.**

O outorgante confia em que não será necessário honrar o que garantiu; o outorgado espera que não o seja. Portanto, o ideal da garantia é a inércia. Se a garantia é originária de uma relação jurídica, a inércia significa que as obrigações garantidas terão sido cumpridas. Nessa espécie, a lógica da garantia é assegurar que algo se cumpra do modo previsto. Ao contrário, se a garantia constitui relação jurídica *ex novo*, sua lógica é que as coisas se mantenham como estão, pois a garantia se destina a debelar as conseqüências de algo indesejável (Flume, Betti).

Por conseqüência dessa diversidade de expectativas, a garantia fenomenicamente jurídica (endojurídica) volta-se para a execução de uma prestação, devendo efetivar-se somente em caso negativo ou insatisfatório. O nexó etiológico com a prestação não se apaga, por mais que a garantia se descaracterize juridicamente como acessória. A autonomia será capaz de impelir os seus efeitos ao arripio das vicissitudes da relação jurídica primária, mas não terá força para pôr as atribuições dela decorrentes a salvo do

---

<sup>7</sup> É preciso que se faça uma ressalva: o seguro, que é a garantia independente (de uma relação jurídica de base) por excelência, pode justificar-se, em certas situações, exclusivamente em razão de outra relação jurídica. Há vários exemplos: o seguro de mútuo habitacional, o seguro-fiança de locação, o seguro de vida do devedor etc. Nesses casos, a relação jurídica de base é a causa do seguro, assim como a dívida afiançada é a causa da fiança. São situações em que o seguro é funcionalizado como relação jurídica acessória, o que não descaracteriza a sua essência de relação jurídica originária, tal como se apresenta ordinariamente.

princípio do enriquecimento sem causa. Na medida em que a relação jurídica de base tenha deixado de constituir uma justa causa para as atribuições será impositiva a restituição.

A garantia fenomenicamente sociológica (exojurídica) volta-se para fora da própria relação jurídica que a constitui. Os sujeitos alvitram que nada se altere no mundo fático. Portanto, a relação de garantia pode perdurar e se extinguir sem de si própria emergir qualquer dever de prestação para o outorgante.

## **2. Quadro geral de classificação das garantias**

Apresentamos a seguir a classificação geral das garantias, a partir do critério da sua independência ou vinculação com uma relação jurídica de base. Previamente, convém esclarecer alguns conceitos que adotamos:

a) Garantia independente: a garantia que não tem vínculo, nem aparente nem oculto, com uma relação jurídica de base.

b) Garantia autônoma: a garantia que não é considerada acessória, mas que fenomenologicamente originou-se de uma relação jurídica de base.

c) Relação jurídica de base: a relação jurídica que origina uma garantia com função essencialmente acessória, embora a garantia possa tornar-se autônoma.

As garantias derivadas de relações jurídicas de base foram divididas em duas espécies: relativas ao dever de prestação e relativas ao conteúdo da prestação; as garantias independentes – que denominamos de garantias puras, precisamente porque prescindem de qualquer relação jurídica precedente, podendo apresentar-se de modo originário, são essencialmente do tipo securitário. Delas arrolamos quatro espécies: o contrato de seguro e figuras análogas, quais sejam: o mutualismo, a previdência privada e a constituição de renda.

Com base nos critérios expostos, as garantias apresentam-se como segue.

1. Garantias derivadas de uma relação jurídica de base (garantias prestacionais)
  - 1.1. Garantias relativas ao dever de prestação
    - 1.1.1. Garantias acessórias
      - 1.1.1.1. Garantias pessoais
        - 1.1.1.1.1. Fiança
      - 1.1.1.2. Garantias reais
        - 1.1.1.2.1. Hipoteca
        - 1.1.1.2.2. Penhor
        - 1.1.1.2.3. Anticrese
      - 1.1.1.3. Garantias especiais
        - 1.1.1.3.1. Propriedade fiduciária
        - 1.1.1.3.2. *Leasing* financeiro
    - 1.1.2. Garantias autônomas
      - 1.1.2.1. Garantias pessoais
        - 1.1.2.1.1. Aval

- 1.1.2.1.2. Garantias do comércio internacional
- 1.2. Garantias relativas ao conteúdo da prestação
  - 1.2.1. Garantia contra os vícios jurídicos da prestação (evicção)
  - 1.2.2. Garantia contra os vícios do objeto da prestação
- 2. Garantias independentes de uma relação jurídica de base (garantias puras)
  - 2.1. O contrato de seguro
  - 2.2. Mutualismo
  - 2.3. Previdência privada
  - 2.4. Constituição de renda

Antes de examinarmos as garantias em espécie, vamos estudar a estrutura da relação jurídica de garantia.

### **Capítulo III**

## **RELAÇÃO JURÍDICA DE GARANTIA**

A relação jurídica obrigacional apresenta peculiaridades quando se destina a criar uma garantia. Essas peculiaridades tornam-se visíveis ao estudarmos a estrutura da relação jurídica. Este será o primeiro tema desta parte, que se desdobrará em dois pontos: o estudo da dinâmica da obrigação e da teoria dualista, teoria esta que separa os conceitos de prestação e de responsabilidade. Essa separação contribuirá para o entendimento de uma inversão do binômio prestação-responsabilidade, que se verifica na relação jurídica de garantia. A garantia instaura uma relação jurídica de responsabilidade que conceitualmente prescinde do dever de prestação. Este só será exigível em caso de dinamização da garantia.

Ver-se-á ainda o modo de irradiação da garantia na relação jurídica que a instaura, e a situação das partes nesse vínculo, para o que será oportuno trazer à colação a teoria da situação jurídica.



## 1. Estrutura da obrigação

A relação jurídica obrigacional cria entre as partes um vínculo que se desdobra no tempo, toda vez que a obrigação não deva ser cumprida imediatamente. A dinâmica do processo obrigacional se manifesta na sucessão e correlatividade de situações jurídicas de direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções. Além dessas situações jurídicas objetivamente consideradas, a dinâmica obrigacional faz surgir expectativas sobre o desenrolar dos fatos conducentes à colimação dos objetivos das partes. As expectativas relacionam-se à realização dos interesses que são a causa do vínculo, interesses que se materializam em um elemento objetivo - elemento econômico-social da prestação -, para cujo alcance é necessário um fator jurídico subjetivo – o cumprimento da obrigação como forma de cooperação do devedor.

1.1. **Dinâmica da relação jurídica obrigacional.** O credor pode exigir imediatamente o cumprimento da obrigação (art. 331), mas é comum - e muitas vezes é da própria natureza do negócio - o ajuste de pagamentos futuros. Nestes casos, a relação jurídica obrigacional desdobra-se em fases temporais, demarcadas por uma sucessividade de situações psicológicas e jurídicas. Os desdobramentos psicológicos serão observados no próximo tópico. Neste, estudaremos a dinâmica das situações jurídicas do processo obrigacional.

A relação jurídica divide-se em dois pólos e a cada um correspondem situações jurídicas do credor e do devedor. Essas posições se correlacionam e são três em cada pólo

crédito e débito; pretensão e obrigação; ação e exceção<sup>1</sup> -, desdobrando-se de acordo com a evolução dos fatos. O desejável é que a relação se extinga ainda na primeira etapa, pelo adequado e espontâneo cumprimento das obrigações. Mas pode ocorrer o incumprimento, que levará ao desdobre de todos os planos. Assim, podem ser identificadas, sucessivamente, três polaridades de situações jurídicas correlacionais: direito e dever; pretensão e obrigação; ação e exceção.

Segundo a perspectiva que pretendemos desenvolver, quando se trata de uma relação jurídica de garantia, intercala-se uma polaridade entre o primeiro e o segundo plano, dando lugar a um direito expectativo no pólo ativo e a uma responsabilidade latente no pólo passivo. Procederemos ao exame da estrutura da obrigação nos planos horizontal e vertical. No plano horizontal, verificaremos a correspondência de situações jurídicas entre credor e devedor. No plano vertical, observaremos a sucessividade das situações para cada uma das partes.

**1.1.1. Crédito e débito.** O primeiro patamar das posições jurídicas do credor e do devedor corresponde ao direito subjetivo do primeiro e ao dever do segundo (sem prejuízo das obrigações de efeitos bilaterais, em que há reciprocidade de créditos e débitos). Credor e devedor é uma polaridade indefectível – um não existe sem o outro, porque não se pode ser credor e devedor de si mesmo. “Não há credor sem alguém que deva: nem devedor sem alguém a quem se deva” (Pontes de Miranda: TDP, § 2.680, 2).

---

<sup>1</sup> É possível afirmar que são quatro, uma vez que se desdobre a ação no seu sentido material e como remédio jurídico processual (Pontes de Miranda, TA, III, § 1). A este ponto voltaremos adiante.

A relação de crédito e débito instaura entre as partes um preceito primário: o da existência de um dever a cumprir. O dever de prestar é “o cerne” nas relações de direito das obrigações (Pontes de Miranda, TDP, 32: § 26).

**1.1.1.1. Conceito de débito.** O débito inclui-se na categoria geral de dever jurídico: é o dever de realizar uma prestação (Noronha, 2003: 13). “É a ação ou omissão a que o devedor fica adstrito e que o credor tem o direito de exigir” (Antunes Varela, 1977, I: 70). Em sentido amplo, a ação ou a omissão devida é uma conduta do devedor.

As modalidades de conduta exigíveis do devedor remontam à definição romana de obrigação,<sup>2</sup> que contemplavam as espécies *dare* (transferir a propriedade ou um direito real limitado sobre alguma coisa), *facere* (realizar um ato que não implique transferência de direito ao credor, como construir um muro, ou omitir-se de fazer algo, pelo que nessa modalidade se compreendia também o não fazer) e *praestare*, cujo conteúdo comporta controvérsia entre os romanistas, mas que podia significar a responsabilidade pelo dano decorrente da falta do *dare* ou do *facere*, ou, em sentido genérico, qualquer uma dessas duas modalidades (Alves, 1995, II: 12). Atualmente, persistem as três modalidades clássicas no regime legal<sup>3</sup> – dar,<sup>4</sup> fazer, não fazer<sup>5</sup> –, mas a classificação doutrinária comporta diversidades. Fernando Noronha (2003: 37) sistematiza as modalidades de

---

<sup>2</sup> “*Obligationem substantiam non in eo consistit ut aliquid corpus aut servitutum nostram faciat ser ut alium nobis adstringat as dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*” (Paulo, D. 44, 7, fr. 3).

<sup>3</sup> Classificação já passível de críticas no CC de 1916, como se lê em Antunes Varela (1977, I: 74), mas mantida no CC de 2002.

<sup>4</sup> Nas obrigações de dar, distinguem-se as de transmitir propriedade (que são cumprimento, no plano do direito das coisas, da obrigação assumida, o que é feito pela tradição ou pelo registro imobiliário) das de transmitir posse (como o faz o locador), nas quais se compreendem as de restituir (v.g, a coisa locada).

<sup>5</sup> Entre as quais se encontram as de tolerar (*praestare patientiam*), que a doutrina italiana denomina obrigações de *pati* (Antunes Varela, 1977, I: 83).

obrigações em prestações de coisas (compreendendo dar e restituir), prestações de fatos (compreendendo fazer e não fazer) e prestações de quantia, consistente nas obrigações pecuniárias, citando, para estas últimas, os artigos 315 e 404, CCB. Classificação semelhante foi feita por Antunes Varela (1977, I: 74), sem atribuir autonomia às prestações pecuniárias, embora delas tenha tratado à parte (pág. 346 ss). Fábio Ulhôa Coelho mantém-se mais fiel à classificação tradicional, tratando as prestações pecuniárias como subespécie das obrigações de dar,<sup>6</sup> mas distinguindo-as em obrigações líquidas (quantificadas) e ilíquidas (não quantificadas).

A prestação deve ser algo socialmente apreciável e do interesse do credor, podendo ter ou não um valor econômico imediato.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Assim também Washington de Barros Monteiro (1965: 77), mas as obrigações pecuniárias não logram consenso doutrinário. Para Orlando Gomes (1998: 43), são prestações especiais. Para Clóvis do Couto e Silva (1976: 180 ss), são obrigações de dar (porque se submetem às regras de transmissão da propriedade) genérica com traços específicos (em razão da sua consuntibilidade).

<sup>7</sup> Estando presente o valor econômico, a prestação aporta ao credor uma utilidade patrimonial, o que levou Betti (1953, II: 49) a definir o débito como “o dever jurídico de executar uma determinada prestação dotada de valor patrimonial”. Entretanto, a patrimonialidade da obrigação não é matéria pacífica. Para Clóvis Bevilacqua (2000: 18), as obrigações, em regra, são economicamente apreciáveis, e quando não o forem, será necessário recorrer a um critério econômico, tal como as multas e as indenizações para fins de execução. No CCB, não há norma expressa. O CCI dispõe que o objeto da obrigação deve ser suscetível de avaliação econômica e deve corresponder a um interesse, ainda que não patrimonial, do credor: *Art. 1174. Carattere patrimoniale della prestazione. La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscetibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore.* Pontes de Miranda (TDP, § 2.679, 7), que criticou esse preceito da lei italiana porque o interesse pode ser de terceiro e não exclusivamente do credor (caso de estipulação a favor de terceiro) conveio que o interesse do credor não precisa ser patrimonial. Se o interesse é moral, o elemento econômico é definido pela indenização correspondente à infração do dever. Arrematou dizendo que resistir à concepção de que o interesse do credor possa ser só moral é confundir dever e obrigação com executabilidade da dívida (TDP, § 2.680, 4). Fernando Noronha (2003: 40 ss) não vê como essencial que a prestação devida tenha valor econômico – embora reconheça raros os casos que tais -, mas sim que seja digna de tutela jurídica, afigurando-se-lhe como tal os interesses socialmente valorados como sérios e úteis. A tutela jurídica, então, de interesses não patrimoniais com prestações destituídas de expressão econômica resultaria da ponderação da finalidade da obrigação, dos meios disponíveis para alcançá-la e da aplicação dos princípios gerais do direito. É semelhante a posição de Mário Júlio de Almeida Costa, estribado no art. 398º., 2 do CCP: “A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal.” Se o interesse do credor não tivesse natureza econômica (como, no exemplo clássico, o interesse de repousar à noite contraposto ao hábito do vizinho de tocar piano durante as horas de sono), o provimento judicial poderia ser a proibição de tocar em determinadas horas, a apreensão do piano ou a imposição de proteções acústicas (Costa,

O cumprimento do dever pressupõe a possibilidade da conduta exigida ao devedor, ou seja, que ele detenha um poder de fato sobre a prestação, que torne exequível o cumprimento. Como diz Betti (1953, II: 49), “não se deve aquilo que não se pode”. A lição vem de Celso (D. 50, 17, fr. 185): “*Impossibilium nulla obligatio*”. Com efeito, dever o impossível é absurdo. O comportamento devido, portanto, deve ser compatível com as possibilidades do devedor.

**1.1.1.2. Conceito de crédito.** Crédito é o direito do credor a receber a prestação<sup>8</sup> (Larenz, 1958: 22; no mesmo sentido, Noronha, 2003: 51). O vínculo jurídico que atribui o crédito é o mesmo que impõe o débito. Portanto, há uma correspondência necessária entre as posições jurídicas do credor e do devedor. Não há obrigação sem direito de crédito (Pontes de Miranda, TDP, 22, § 2.680, 4; Betti, 1953, II: 54).

O crédito é exercido como um direito *contra* o devedor, em virtude da sua natureza de direito pessoal, uma vez que não há direito *na* coisa, como nos direitos reais. Direito *contra* o devedor não significa necessariamente uma forma de agressão. É direito que pode ser exigido *do* devedor, a quem compete cumprir adequadamente o seu dever e desse modo satisfazer a expectativa do credor. Para Pontes de Miranda (TDP, 32: § 2.690),

---

1994: 605). Das três soluções alvitadas, a segunda, s.m.j., parece inviável por ofender ao direito de propriedade; a primeira é obrigação de não fazer e a terceira de fazer, para cujo descumprimento o juiz poderia impor multa diária ao réu, conforme o art. 461, § 4º., CPC (redação da Lei 8.952/94). Com efeito, as alterações introduzidas por essa lei ao CPC permitem não só a tutela específica da obrigação, como a imposição de multa que, em última análise, vai traduzir o valor pecuniário da obrigação. Dessa sorte, parece-nos que no sistema brasileiro acaba por prevalecer regra semelhante à do Código Civil português.

<sup>8</sup> Esta é a definição simples de obrigação, sem exame a relação obrigacional em sua complexidade, onde se diferencia o direito de crédito dos direitos potestativos, faculdades e poderes-deveres. Logo adiante se verá breve referência a essa complexidade. Também se integram a um conceito complexo e total de obrigação os deveres secundários e deveres acessórios de boa-fé, de exame dispensável neste momento.

o verdadeiro conteúdo do direito de crédito não é a prestação, mas o poder do credor de exigí-la. Haverá a satisfação do crédito na medida em que a conduta do devedor em que se consubstancia a obrigação (de dar, de fazer, de não fazer, ou, na classificação de Noronha, prestação de coisa, de fato ou de quantia) cumpra o seu papel de meio de transmissão da vantagem (coisa, prestação do serviço, abstenção ou atribuição de quantia) própria a satisfazer o interesse do credor.

**1.1.1.3. Vínculo de cooperação.** O credor e o devedor são, pois, sujeitos de relação jurídica intersubjetiva de caráter transitório, que tem por finalidade a satisfação de interesses socialmente valoráveis e dignos de tutela jurídica. O cumprimento voluntário é uma forma de cooperação, uma vez que o credor não tem outro meio de alcançar o seu desiderato senão através da conduta do devedor. O caráter cooperativo do vínculo obrigacional ressalta da definição dada ao crédito por Savatier (1979: 13): o direito que permite obter um bem [por intermédio] de uma pessoa determinada. O cumprimento da obrigação é o meio para a satisfação do interesse do credor. É nesse sentido a cooperação. Portanto, o que o devedor deve é um comportamento de cooperação, confirma Betti (1953, II: 76), destinado a atribuir ao credor uma vantagem por ele esperada. A natureza cooperativa do vínculo decorre de que ele se estabelece entre sujeitos dotados de autonomia (Betti, 1958: 9), que entre si procuram uma composição dos seus interesses.

Referindo-se especificamente ao contrato, afirma Messineo que ele é “o instrumento prático que realiza as mais variadas finalidades da vida econômica que implicam a composição de interesses inicialmente opostos, ou pelo menos não coincidentes”. Pelo contrato, esses interesses se combinam de maneira a satisfazer o

interesse particular de cada contratante e indiretamente também a sociedade (Messineo, 1952: 34).

Sob o ângulo da totalidade da obrigação, conceito desenvolvido por Larenz,<sup>9</sup> ao qual entre nós deu realce o Professor Clóvis do Couto e Silva (1976)<sup>10</sup>, a visão é a mesma: o vínculo obrigacional aparece como uma ordem de cooperação, em que credor e devedor deixam de ser antagonistas para serem protagonistas da realização de uma finalidade comum.

**1.1.1.4. Finalidade do vínculo.** A finalidade da obrigação é a satisfação do interesse do credor (Noronha, 2003: 19).<sup>11</sup> Tal interesse<sup>12</sup> vai constituir o objeto da

---

<sup>9</sup> A obrigação não deve ser encarada isoladamente como direito de crédito e dever de prestação, mas como relação jurídica total, que inclui deveres de conduta, direitos formativos e outras situações jurídicas que, em sentido amplo, correspondem ao mundo da validade objetiva da ordem jurídica, não como abstração, mas como realidade viva, não só nas dimensões física, espacial e temporal, mas também na diversidade do relacionamento humano. A relação jurídica não é a soma de tudo isso, mas o seu conjunto (*Gefüge*), compreendendo desdobramentos que nascem, se modificam e desaparecem, alguns com permanência de efeitos mesmo depois da extinção, como deveres cumpridos e direitos exercitados. Em que pesem todas as alterações possíveis, inclusive em aspectos nucleares da relação obrigacional, por disposição das partes ou regulamentação legal, o que permanece é a conexão de sentido dos elementos persistentes, sentido este que aponta para a finalidade do vínculo, que haverá de perseguir a mais completa e adequada satisfação do interesse do credor. Desde o seu princípio a relação de obrigação protende para essa finalidade. E mesmo depois de atingir o seu desiderato e extinguir-se de vez, a relação obrigacional permanece como fundamento jurídico das atribuições realizadas (Larenz, 1958: 37-41).

<sup>10</sup> O vínculo jurídico pode ser tratado como organismo (Savigny), como complexidade (Esser), como forma (com inspiração na teoria da *Gestalt*, em que o todo tem maior realce do que as partes, conforme a sugestão de Zepo), como conjunto ou estrutura (Larenz). Sempre se quer significar totalidade e cooperação, sublinhando-se o dinamismo da obrigação como um processo desdobrado em fases, do nascimento ao desenvolvimento dos deveres e extinção, fases que se ligam com relação de interdependência, constituindo, na expressão de Philippe Heck, um “programa de obrigações” a ser cumprido pelas partes (Silva, C. V. C., 1976: 5 ss).

<sup>11</sup> Fernando Noronha chama atenção para a proximidade existente entre o interesse do credor, a função econômica e social da obrigação e a sua causa. Em que pese a conotação individual do interesse do credor, a obrigação cumpre uma função social, posto que o ordenamento jurídico dispõe ao livre uso dos interessados os instrumentos legais adequados à realização dos seus fins práticos, desde que o façam de modo sério e útil e sem abuso de direito (Noronha, 2003: 19 ss). Na responsabilidade civil e no enriquecimento sem causa fica mais evidente a função social do direito das obrigações como meio de pacificação dos conflitos, de reparação do injusto ou instrumento distributivo. Por outro lado, o interesse do credor aproxima-se da causa da obrigação na medida em que explica a própria razão de existir do vínculo jurídico, justificando a sua

prestação e é determinado pela carência de cooperação. Dado que o interessado não logra obter pela suas próprias forças a satisfação que almeja, irá buscá-la no vínculo obrigacional, pelo qual alguém (mediante uma troca, quase sempre) voluntariamente se obrigará a propiciá-la. Conquanto seja individual, o interesse de cooperação é típico, pois corresponde a utilidades e valores reconhecidos no tráfico sócio-econômico. São interesses de troca, de crédito, de associação, de administração, de trabalho, de empreendimento, de seguro, de garantia etc. É a prestação que irá propiciar o bem almejado pelo credor. Se esse bem preexiste à prestação, na natureza, no patrimônio ou em detenção do devedor, a obrigação é de dar; se ele será o resultado do trabalho do devedor, a obrigação é de fazer; se for consequência de uma abstenção, a obrigação é de não-fazer. O devedor terá que cumprir o comportamento, positivo ou negativo, destinado a produzir o efeito, socialmente apreciável, útil ao credor, aportando uma vantagem à sua esfera de interesse (Betti, 1953: 76).<sup>13</sup>

O interesse do credor deve ser avaliado em perspectiva subjetiva e objetiva.

---

finalidade (Noronha, 2003: 35). É o mesmo raciocínio de Emilio Betti, para quem a satisfação de um interesse típico constitui, via de regra, a função econômico-social do direito subjetivo privado, a satisfação da expectativa (interesse) do credor constitui a função econômico-social do direito das obrigações (Betti, 1953: 40). Poderia dizer-se causa, pois, para Betti, função e causa é a mesma coisa. A função, “em terminologia técnica, legitimada pela tradição, se denomina ‘causa’, ou seja a razão do negócio” (Betti, 2003, I: 247). O conceito de causa final, como se explanará adiante, coincide com o de projeto jurídico traçado pelas partes para alcançar um desiderato. Se cada um contrata tendo em vista a realização dos seus fins, o interesse dos contratantes identifica-se com a finalidade pela qual contratam.

<sup>12</sup> O credor tem um interesse positivo (que pela prestação seja atingido o resultado que almeja) e um interesse negativo (que não seja atingido nenhum interesse seu que se torne exposto em face da dinâmica do processo obrigacional). O interesse negativo é protegido pelos deveres de proteção decorrentes da boa-fé (Silva, J. C. F., 2002: 79).

<sup>13</sup> Alguns autores põem em realce também o interesse do devedor, que fundamentalmente é o efeito liberatório do pagamento. Entretanto, vai além. Quando houver *mora accipiendi* em obrigações de termos essencial ou sendo impossível a consignação do pagamento, não só o devedor fica exonerado como o credor permanece adstrito à contraprestação nos contratos bilaterais; e se a mora do credor for causa de agravamento da prestação, o devedor terá direito de resolução por equiparação à onerosidade excessiva, não persistindo a sua responsabilidade pela prestação enquanto o contrato não for dissolvido ou modificado. A delimitação do dever de prestar, nesses casos, resultaria da boa-fé (Sá, 1997: 46-59, que se socorre da vedação do direito à resolução ou modificação do contrato para o credor em mora, existente nos 438º., CCP).

A avaliação subjetiva da prestação é um dado *a priori* do credor, o que não significa um valor determinado arbitrariamente por ele, mas em *função* dele, tendo em vista as utilidades que concretamente a prestação lhe proporcionaria, segundo uma apreciação feita por um terceiro, especialmente o juiz (Pessoa Jorge, 1972: p. 20). Coloca-se assim a questão de um “controle externo” do interesse do credor, cujo critério pode ser o abuso de direito ou a boa-fé objetiva, a legitimá-lo ou não ante as exigências da ordem jurídica. A importância da avaliação objetiva do interesse do credor é eloquente no Código Civil português, cujo art. 808º./2, dispõe: “A perda do interesse do credor na prestação é apreciada objetivamente”. O dispositivo trata de inadimplemento absoluto, matéria em que a perda do interesse do credor na prestação é decisiva para a resolução do contrato. Ruy Rosado de Aguiar Júnior considera necessário ponderar fatores subjetivos e objetivos. Assim, tem-se que interesse relevante é o que decorre do próprio sinalagma, havendo de se verificar se a prestação, uma vez ainda possível, apesar de atrasada, é capaz de suprir a carência que ela deveria atender<sup>14</sup> (Aguiar Júnior, 1991: 130 ss).

O art. 421, do CC 2002, ao ditar que “a liberdade de contratar (*rectius*, liberdade contratual) será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, pode fundamentar uma interpretação objetiva do interesse do credor. Com efeito, a convergência que se deve verificar entre o interesse legítimo do credor e a função sócio-econômica do contrato é um fator limitativo da liberdade contratual.

**1.1.1.5. Os aspectos jurídico e econômico da prestação.** A prestação é o objeto da relação obrigacional, pois é mediante o comportamento do devedor que o credor

---

<sup>14</sup> Conforme visto atrás (1.1).

alcançará a satisfação do seu interesse. Este, todavia, concentra-se no objeto da prestação e não no comportamento puro e simples do devedor. Daí a distinção que se costuma fazer entre o objeto *imediato* da obrigação (a prestação em sentido técnico: dar, fazer, não fazer) e o objeto *mediato* ou *conteúdo* (a prestação em sentido substancial)<sup>15</sup>. Ao fim e ao cabo, o interesse do credor localiza-se no conteúdo da prestação (objeto *mediato* da obrigação).

Essa distinção pode ser feita com maior vantagem sob outra perspectiva, que considera a existência de dois elementos distintos na prestação: o jurídico e o econômico. Abordagens desse jaez fazem Emilio Betti, como referiremos abaixo, e René Savatier. Este último autor relaciona economia e direito, anotando que aquela é uma ciência que parte da observação para estabelecer uma lógica de utilidade, enquanto este é uma ciência normativa, cuja finalidade é a justiça. A intersecção de direito e economia está em que a utilidade econômica dos bens pressupõe uma situação de direito e justa distribuição. Portanto, as duas ciências não se podem ignorar, sendo o direito das obrigações a área de maior conexão entre elas (Savatier, 19679: 3 ss).

O elemento jurídico da prestação é o comportamento esperado do devedor – um elemento, portanto, subjetivo – e o econômico ou social (uma vez que a prestação pode não ter expressão econômica imediata), consiste na utilidade da prestação para o credor – elemento objetivo. Entre os sujeitos, travam-se duas relações paralelas: uma de natureza econômico-social, cujo conteúdo é o objeto de interesse (*id quod interest*); a outra, jurídica, que cria o dever de conduta para a satisfação do interesse. Citando a doutrina alemã, Frada

---

<sup>15</sup> A expressão *conteúdo da prestação*, utilizada por Carvalho de Mendonça, J. X. (1934, IV: 265), é mais esclarecedora do que *objeto mediato da obrigação*.

(1994: 87) refere-se a esses elementos nos termos de *prestação como conduta (Leistungshandlung)* e *prestação como resultado (Leistungserfolg)*.

Sendo a prestação executada voluntariamente do modo devido, o elemento jurídico e o elemento econômico-social permanecem integrados e satisfazem inteiramente o interesse do credor, liberando o devedor. Mas os elementos são separáveis e a sua autonomia ressalta no incumprimento de obrigação fungível de fazer: o devedor deixa de atender ao seu dever jurídico, mas o credor pode ter o seu interesse objetivamente satisfeito se a prestação for executada por terceiro.

A separabilidade dos elementos jurídico e econômico-social da prestação demonstra que a eficácia da relação obrigacional comporta uma certa diversidade de realização. Sendo o pagamento eficácia da obrigação, e tendo esta por finalidade o interesse do credor, a satisfação do crédito pode vir por outra via que não exclusivamente o cumprimento do dever, embora seja a cooperação do devedor o presumível conduto do benefício esperado pelo credor. Portanto, a expectativa do credor tem uma amplitude maior no aspecto econômico-social do que no jurídico (Betti, 1953, II: 77).

O substrato da relação econômico-social é um “dar e ter”. O credor *deverá ter* o que a ele será conferido ou atribuído pelo ato cooperativo do devedor. A transposição dar-ter, de uma esfera de interesse a outra (do devedor para o credor), constitui o substrato do dever. Portanto, cabe ao devedor *fazer ter* ao credor a prestação.<sup>16</sup> Antecedentemente ao

---

<sup>16</sup> Carnelutti (1942: 254) afirma que o conteúdo da obrigação é um *deixar fazer*, pois considera a posição passiva do devedor, que fica com o seu patrimônio à mercê do credor em caso incumprimento. Betti (1953, II:

cumprimento, ainda em fase de expectativa, a correlação dar-ter significa para o credor a legitimação para obter a prestação.

**1.1.1.6. Crédito e débito no plano das expectativas.** O direito subjetivo de crédito exerce um papel apenas instrumental relativamente ao que o credor efetivamente espera obter pela formação do vínculo jurídico. O título de aquisição do crédito (*Anrecht*) confere ao credor a expectativa de *vir a ter*<sup>17</sup> (*Bekommensolen*) aquilo que efetivamente materializa o seu interesse positivo, ou seja, o objeto da prestação. A concretização desse interesse ocorrerá pela realização de um evento (*Erfolg*) a ser levado a cabo pelo devedor. Esse evento – a prestação – não é significativo para o credor como comportamento abstrato do devedor. A expectativa de prestação é mais do que isso, é o crédito do ponto de vista econômico.

Considerem-se, porém, duas situações especiais: na primeira, a expectativa de prestação não autoriza uma expectativa de satisfação para o credor; na segunda, o interesse primacial do credor não é um evento (*Erfolg*) que *deva e possa* ser produzido pelo devedor, contrariando o que caracteriza habitualmente a prestação (Betti, 1953, II: 54-55).

---

77) divergiu – e parece-nos que com razão -, pois primordialmente espera-se o ato cooperativo do devedor como cumprimento voluntário.

<sup>17</sup> Betti (1953: 38) cita a palavra *Gläubigerschuld*, usada pela doutrina alemã, cuja tradução mais próxima para o italiano, nesse contexto, seria *aspettativa del creditore*, oriunda da relação dever-ter própria do vínculo obrigacional. O credor espera vir a ter a prestação. Essa é a expectativa dele. A doutrina alemã tratou da expectativa do credor como algo a “conseguir” (*Bekommen*). É de se registrar a observação de Betti (1953, II: 81), de que *dovere-avere* ou *Bekommen* refere-se seguramente ao credor, pois se dissesse respeito ao devedor seria uma duplicidade inútil do conceito de dever. Ligando-se *dever ter* ao pólo ativo da relação obrigacional e tomando-o como o aspecto objetivo da prestação, ilumina-se a estrutura de certas obrigações, como as solidárias passivas e as alternativas com direito de escolha do credor. Com efeito: na solidariedade passiva, o interesse do credor é sobre toda a prestação, não importa quem a cumprirá; e na obrigação alternativa, o interesse recairá sobre a prestação que ele escolher no momento aprazado. Nas duas situações, o credor sabe o que *deverá ter* ou o que *espera ter*.

A primeira situação é a que se verifica nas chamadas obrigações naturais.<sup>18</sup> O credor tem um crédito adquirido (*Anrecht*), cujo título é judicialmente inexigível (art. 882). Portanto, não pode alimentar expectativa de satisfação, embora possa reter o pagamento que seja feito espontaneamente. O direito de retenção (*soluti retentio*) é uma proteção do crédito que opera apenas retroativamente.<sup>19</sup> Trata-se de uma situação anormal, uma

---

<sup>18</sup> As obrigações naturais comportam uma diversidade de situações que torna o seu conceito impreciso. Desde a interpretação das fontes do direito romano há divergências. Segundo Moreira Alves, tem predominado a tese de que, no direito clássico, só eram consideradas obrigações naturais as relações do escravo com o seu dono ou com terceiro, ou as dos *fili familias* entre si ou de um *filius familias* com o seu *pater*. No direito justiniano, estendeu-se o conceito a todas as relações obrigacionais desprovidas de *actio* e às originárias do *ius naturale*, além de terem sido contemplados com a *soluti retentio* alguns deveres de natureza moral, religiosa, decorrentes dos bons costumes ou da ética (Alves, 1995, II: 29). Das noções romanas derivou que obrigação natural é, de modo geral, toda obrigação desprovida de pretensão, mas que autoriza o direito de retenção. São citadas como obrigações naturais dívidas de jogo e aposta, de honra e créditos com pretensão prescrita (assim, Silva, C. V. C., 1976: 104). Nelas se verificam situações heterogêneas. As dívidas de jogo e aposta “não obrigam a pagamento” (art. 814, CCB), sendo, pois, meros deveres destituídos de pretensão. Os deveres de honra são imprecisos, porque há dificuldade de se saber quais ingressam no mundo jurídico. E os créditos prescritos não são meros deveres, pois conservam a pretensão, sendo obstados apenas pela exceção do devedor (Silva, C. V. C., 1976: 105 ss). Em vista da dificuldade de reconduzir essas obrigações a uma espécie homogênea, Pontes de Miranda recusa o conceito de obrigações naturais, preferindo falar de direitos mutilados. Observa que a mutilação não ocorre sempre “à mesma altura”, havendo direitos que perderam a pretensão e a ação, outros que só perderam uma ou outra e alguns que admitem ação declaratória, compensação ou garantia (Pontes de Miranda, TDP, 6: § 640). Exemplo bem ilustrativo da variabilidade das situações jurídicas encoberta pelas chamadas obrigações naturais e a diversidade das suas conseqüências é o crédito prescrito. Em regra, a prescrição encobre a pretensão e a ação (Pontes de Miranda, TDP, 6: § 662, 6), o que significa que não há mais possibilidade de cobrança. Entretanto, o crédito prescrito pode ser compensado com um crédito não prescrito, porquanto são exigências legais para a compensação que ambas as dívidas estejam *vencidas* (e estão, embora uma esteja prescrita), sejam líquidas e fungíveis entre si (art. 369). A compensação se dá por exceção do devedor mais antigo, que opõe em defesa da cobrança que sofre o seu crédito impago. Ele não tinha mais ação para receber, mas a pretensão (que decorre do vencimento), nada obstante a prescrição, estava presente (Silva, L. R. F., 1988). Na expressão de Clóvis do Couto e Silva, diante do tolhimento dos efeitos da pretensão pela prescrição (*rectius*, exigibilidade), sem apagamento dos direitos, poder-se-ia falar de “pretensão inacionável” (Silva, C. V. C., 1976: 110). O CC 2002, com maior apuro técnico, substituiu a designação de obrigação natural, que constava no art. 970, do CC 1916, por “obrigação judicialmente inexigível”.

<sup>19</sup> Note-se que, assim como a prescrição não atinge o crédito, também não molesta as garantias, não obstante o garante – tal como o devedor – possa argüir a exceção. Com efeito, é da extinção da obrigação, e não da prescrição, que decorre a extinção do penhor (art. 1.436, I) e da hipoteca (art. 1.499). No direito alemão, a regra é expressa, dispondo o § 223, do BGB, que a prescrição de uma pretensão não impede o titular de tentar satisfazer o crédito mediante a hipoteca ou o penhor existente. E se em garantia de uma dívida foi transmitido um direito, a prescrição posterior não autoriza o pedido de retrocessão. No entanto, onde nunca existiu pretensão não cabe instituir garantia. O art. 814, parágrafo primeiro, CC 2002, torna ineficaz a fiança das dívidas de jogo ou aposta, uma vez que elas não obrigam a pagamento. Há dever apenas moral. O fato de não ser possível recobrar o pagamento voluntário é entendido como fundamento jurídico suficiente para a atribuição, não se caracterizando o enriquecimento sem causa (LARENZ, 1956: 30).

obrigação considerada imperfeita, pois o normal é que haja possibilidade de realização judicial do crédito.

A segunda situação em exame contempla um interesse econômico do devedor que não depende imediatamente da atuação do devedor. Nesse caso, melhor do que falar em expectativa *de prestação* é falar de expectativa primária. É o que se passa com a garantia. Nas obrigações em que se institui<sup>20</sup> falta ao devedor o poder de fato de produzir o evento (*Erfolg*) satisfativo do interesse do credor. A garantia, em si mesma considerada, não depende de um comportamento do devedor, tornando-se discutível, como pareceu inclusive a Betti, falar propriamente de uma prestação. A pactuação da garantia consiste em fixar um débito de caráter secundário e eventual para uma situação em que não deveria existir débito algum. Exemplo característico é o contrato de seguro, cuja essência, para Betti, é a assunção de um risco pelo segurador,<sup>21</sup> o que implica a promoção de um interesse típico,<sup>22</sup> aliviando o segurado de uma incerteza sobre o futuro (Betti, 1953, II: 82 ss).

O credor tem um direito de satisfação, descrito por Strohal (*apud* Betti, 1953, II: 40) como “uma expectativa juridicamente assegurada de extrair do patrimônio do devedor a satisfação integral e pontual do próprio crédito ou, respectivamente, na falta de satisfação específica, um correspondente ressarcimento em dinheiro”.

---

<sup>20</sup> Betti (1953, II: 85) lembra que obrigações de garantia eram freqüentes no direito romano clássico, persistindo até hoje. Assim a caução de dano iminente, os vícios redibitórios, a evicção e outras.

<sup>21</sup> O segurador não assume propriamente o risco, mas as conseqüências econômicas do sinistro, conforme sustentaremos adiante.

<sup>22</sup> Assim como a satisfação de um interesse típico constitui, via de regra, a função econômico-social do direito subjetivo privado, a satisfação da expectativa (interesse) do credor constitui a função econômico-social do direito das obrigações (Betti, 1953: 40; para Noronha, a finalidade). Poderia dizer-se causa. Para Betti, função e causa é a mesma coisa. A função, “em terminologia técnica, legitimada pela tradição, se denomina ‘causa’, ou seja a razão do negócio” (Betti, 2003, I: 247). Conforme sustentaremos adiante, a garantia é a causa do contrato de seguro.

**1.1.2. Pretensão e obrigação.** O estado de expectativa mantém-se como *dever ter* enquanto a dívida não é exigível. A exigibilidade vem com o tempo.<sup>23</sup> O momento de cumprir para o devedor e de ser atendida a expectativa do credor é o vencimento da dívida.<sup>24</sup> “Crédito não vencido é crédito a que ainda não nasceu pretensão” (Pontes de Miranda, TDP, 6: § 660, 4). No vencimento, a situação jurídica do credor deixa de ser de mero expectante. Pretensão é exigibilidade de pessoa a pessoa. Ela se *lança* em direção ao sujeito passivo do dever jurídico, exigindo o cumprimento (Pontes de Miranda, TA, I: §§ 5º. e 6º.). Essa transformação do crédito em pretensão é consequência da força do direito, gerador da sua própria causa de mutação (Carnelutti, 1942: 69).

**1.1.2.1. Pretensão.** Segundo Windscheid, “pretensão é a possibilidade de se impor judicialmente uma injunção da ordem jurídica contra alguém” (*apud* Larenz, 1969: 29). Pontes de Miranda particularizou esse conceito no campo obrigacional: “Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa” (Pontes de Miranda, TA, I: § 6º.). A força da pretensão decorre de ser ela termo de um preceito. A relação obrigacional impõe um dever de prestação, ao qual corresponde um direito (preceito primário), sob pena de uma sanção patrimonial (preceito secundário). A pretensão é a força de comando de tal preceito. Se o devedor executa espontaneamente a prestação, não há necessidade de exigência, embora a exigibilidade estivesse presente. Caso haja inércia, negativa ou resistência do devedor, competirá ao credor o exercício da pretensão.

---

<sup>23</sup> A pretensão pode nascer com o crédito, quando não é ajustada época para o vencimento (art. 331). É o que se verifica também nas obrigações provenientes de ato ilícito (art. 398).

<sup>24</sup> Se a dívida é paga precipitadamente por terceiro, o devedor só terá obrigação de reembolso no vencimento (art. 305, parágrafo único).

O credor exercita a pretensão por atos materiais (posse, retenção, autotutela) ou jurídicos (interpelação, processo judicial, exercício de direitos formativos, arguição de exceção), conforme a situação e o que a lei lhe faculta, exercício que pode se dar diretamente perante o obrigado ou através do Estado. Em muitos desses modos de exercício já existe ação de direito material ou processual, o que não surpreende, pois “ação é elemento de pretensão, de modo que haver ação é haver, pelo menos em parte, pretensão” (Pontes de Miranda, TA, I, § 5º.). A pretensão (*Anspruch*) é fato autônomo entre o direito subjetivo (*Willensmacht*) e a ação (*actio, Klage*), conforme definiu Windscheid (*apud* Pontes de Miranda, TA, I: 19). Se o direito nasce sem pretensão (dívida de jogo ou aposta, por exemplo), o pedido de cumprimento do credor não tem força jurídica de exigência (Pontes de Miranda, TDP, 6: § 650).

A pretensão à omissão contínua, existente nas obrigações de não fazer e nos direitos reais<sup>25</sup> não se manifesta por atos do credor. Sua existência atesta-se na possibilidade de declaração do direito à omissão. É nesse sentido que a pretensão também é o “poder de revelar-se” do direito (Pontes de Miranda, TDP, 6: § 651, 3).

---

<sup>25</sup> A pretensão nos direitos reais, defendida por Windscheid, para quem os direitos reais se compunham de uma quantidade ilimitada de pretensões, é em parte combatida por outros, como Enneccerus-Kipp-Wolff (1953: 471 ss), para quem pretensão só existirá contra o violador do direito real e, ademais, porque nos direitos reais não se encontram características inerentes aos obrigacionais, como a possibilidade de cessão e a prescritibilidade. Pontes de Miranda (TA, I: § 6º.) sustentando a existência de pretensões reais *ab initio*, afirma que há coextensividade subjetiva entre direito real e pretensão – dirigem-se ambos *erga omnes* -, variando apenas a ação, que nasce, esta sim, com a violação, a qual, por sua vez, serve de termo inicial à prescrição. A pretensão é contínua e negativa, atestando a sua existência o direito de retenção, que pode ser argüido em exceção. E arremata Pontes de Miranda, com a admirada precisão conceitual: a ação que nasce da violação de não-perturbar não é crédito, é infração da proibição. Crédito é o *plus* que pode decorrer da violação.

A pretensão não pressupõe resistência, mas contém poder contra ela. No exercício de direito está implícita a pretensão, que se dinamizará se for necessário. O dono de servidão exerce direito e pretensão simultaneamente. O impedimento ilegítimo do serviente demandará ação do dominante em defesa do direito denegado e da pretensão resistida.

No pólo passivo da relação obrigacional, o vencimento da dívida dá lugar à figura da obrigação.

**1.1.2.2. Obrigação.** A exigibilidade torna a dívida premente e impõe a obrigação de realizar a prestação. Instaura-se o preceito secundário, que ameaça o devedor com a sanção correspondente ao incumprimento do dever.

No direito romano, o dever no preceito primário era denominado *debitum* e a obrigação no preceito secundário chamava-se *obligatio*. O direito germânico tem as denominações correspectivas de *Schuld* e *Haftung*,<sup>26</sup>. No direito brasileiro,<sup>27</sup> usam-se, respectivamente, débito ou dívida e obrigação. À idéia de obrigação como imperiosidade de

---

<sup>26</sup> Anote-se ainda a expressão *Schuldpflicht*, com o significado de obrigação exigível, uma síntese orgânica entre débito e responsabilidade, segundo Betti, porque o inadimplemento é sancionado como um ilícito (daí que inadimplemento é causa – e não condição - da responsabilidade [Betti: 1953, II: 63]. No mesmo sentido, Pontes de Miranda [TDP, § 2.680, 4], ressaltando que a ação de execução nasce do inadimplemento). A expressão *Schuldpflicht* foi preferida por Strohal e Schreiber à sugerida por Brinz, *Leistenmüssen* (obrigação de prestação). O que se procura significar é a relação lógica entre o débito (*Schuld*: situação primária do devedor) e obrigação ou responsabilidade (*Haftung*: situação jurídica do devedor subseqüentemente ao incumprimento) (Betti, 1953, II: 52).

<sup>27</sup> No CCB, o desdobramento do débito e da responsabilidade está presente nos artigos 389 (não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos) e 391 (pelo inadimplemento das obrigações, respondem todos os bens do devedor). O mesmo se verifica nas obrigações por atos ilícitos. O art. 186 estatui o dever (não causar dano injusto a ninguém) e o art. 927, a respectiva sanção (aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo).

executar a prestação, agrega-se a sanção correspondente ao incumprimento. Conseqüentemente, à obrigação associa-se imediatamente o conceito de responsabilidade.

A responsabilidade não é apenas um *plus* do débito, mas algo qualitativamente diverso. É uma nova figura jurídica, uma síntese resultante de conjunção orgânica - e não apenas mecânica ou mera soma – entre débito e responsabilidade. Esse nexos orgânico se evidencia porque o inadimplemento do dever de prestação é sancionado como um ilícito, seguindo-se a concomitante responsabilidade, que tem no inadimplemento a sua causa.<sup>28</sup>

**1.1.2.3. Obrigação, responsabilidade e garantia.** Não se verifica perfeita coincidência de significado entre *responsabilità* e *Haftung* em italiano e em alemão. Emilio Betti ressaltou as diferentes conotações coloquiais dessas palavras nessas línguas. A palavra italiana sugere um vínculo de garantia e também um certo risco subjetivo de um mal. A melhor correspondência em alemão seria *Verantwortlichkeit*. *Haftung*, para os juristas alemães significa a sujeição de uma pessoa ou de uma coisa ao poder de agressão do credor. Em italiano, a responsabilidade se liga exclusivamente a pessoas. Pessoas e coisas podem responder por garantia, mas não se incluem indistintamente no conceito de *responsabilità*. Para melhor esclarecimento, Betti distingue, na relação de responsabilidade, o sujeito do objeto, e conclui que o melhor paralelismo entre as duas línguas seria entre

---

<sup>28</sup> Betti (1953: 63, nota 30) resalta o papel de causa do inadimplemento relativamente à responsabilidade, e não de condição – e, se condição fosse, seria negativa. Também Pontes de Miranda (TDP, § 2.680, 4) resalta que a ação de execução – exercício de pretensão executiva – nasce do inadimplemento. O deslinde entre causa e condição será retomado adiante, ao exame do argumento de que a indenização, no contrato de seguro (para alguns) é *condicionada* pelo sinistro, sendo, portanto, condicionada a prestação do segurador.

*Haftung* e *garanzia*, embora *Haftung* exprima uma posição jurídica passiva, equivalente à *obligatio* romana, enquanto que *garanzia* expressa a posição ativa (Betti, 1953, II: 28 ss).

A responsabilidade, anota Betti mais adiante, é um estado potencial, cujos efeitos jurídicos não se realizam imediatamente. Há um estado inicial de pendência, em que não há constrição patrimonial, nem existe certeza de que haverá no futuro. A concreção da responsabilidade desdobra-se em dois momentos: no primeiro, ou deixa de ocorrer um evento esperado [v.g., cumprimento de uma obrigação], ou ocorre um evento indesejável [v.g., dano culposo] - momento que Brinz chamou de razão da responsabilidade (*Wofür*); no segundo, por consequência do primeiro, verifica-se a perda patrimonial do garante para ressarcimento do credor – objeto da responsabilidade (*Womit*), conforme Brinz. O evento que é a razão da responsabilidade deve ser totalmente independente da vontade do prejudicado (Betti, 1953,II: 37 ss).

A expectativa de satisfação do credor em face da responsabilidade patrimonial do devedor foi definida por Strohal como “pertença da garantia” (*apud* Betti, 1953, II: 40).

Larenz circunscreve os dois significados de responsabilidade obrigacional: a) a situação em que alguém responde por uma determinada conduta própria ou de outra pessoa ou por determinados riscos, indenizando os danos; b) a sujeição do patrimônio do devedor à execução dos credores. Lembrando a evolução verificada no direito romano e no direito germânico, da responsabilidade pessoal para a responsabilidade patrimonial, Larenz distingue conceitualmente a dívida da responsabilidade, assemelhando a primeira a um corpo e a segunda à sua sombra. Quem assume uma obrigação põe em risco o seu

patrimônio, de modo que a responsabilidade comunica à dívida uma área gravitacional. A responsabilidade patrimonial pode ser assumida em garantia do devedor por um terceiro, não havendo para o garante o dever de executar a prestação (Larenz, 1958: 31-37). Há, neste caso, uma relação jurídica puramente de responsabilidade (Betti, 1953, II: 38).

Entre o inadimplemento do débito e a responsabilidade subsequente existe um nexos de causalidade. O inadimplemento faz surgir o que os teóricos alemães chamaram de *Schuldpflicht* (*obligo debitorio*,<sup>29</sup> para Betti [1953, II: 52]), que exprime a relação lógica entre o débito, em si mesmo considerado – abstraído da responsabilidade concomitante – e a obrigação que concretiza e especifica o conteúdo da responsabilidade.

**1.1.3. Ação e exceção.** Ação é um direito de exigência contra alguém (Betti, 1953, I: 9). Não é outra coisa que o acionar da pretensão (Enneccerus-Kipp-Wolff, 1953: 472). Entenda-se esse acionar como agir e não como propor ação em juízo. A ação de que aqui se trata é em sentido material. É manifestar a pretensão ao devedor. Este, por seu turno, pode

---

<sup>29</sup> Literalmente, seria obrigação debitória. Trata-se, essencialmente, da necessidade de cumprir a obrigação, o que se enraíza na palavra *oportere*. Conforme o registro efetuado por Franco Pastori no **Novíssimo digesto italiano**, *oportere* vem da expressão *dare facere praestare oportere*, que traduzia a necessidade de solver a dívida, sob pena de exposição do devedor à *actio in personam*, que tutelava as relações de direitos pessoais - e, por conseguinte, as obrigações: o autor agia, nessas ações, em *conditione* (para a tutela de direitos reais o autor agia em *vindicatione*, através da *actio in rem*), expressando, pois a obrigação. Gaio entendia haver equivalência entre obrigação e aquela expressão: “*In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere*” (Gaio, 4: 2). A doutrina tedesca entendeu que *oportere* era um termo insuficiente para expressar a responsabilidade patrimonial do devedor como garantia de cumprimento para o credor, uma vez que o direito romano não elaborou o conceito de direito subjetivo, sendo a *actio* um mero reflexo processual do crédito e por isso estranho à sua estrutura. Por conseguinte, elaborou o conceito de *Anspruch* (pretensão), para expressar que o credor tem o poder de coerção necessário para invadir o patrimônio do devedor na perseguição de um interesse secundário (uma indenização em dinheiro à custa de expropriação judicial) quando a prestação primária não é cumprida. A obrigação, assim, deixou de ser simplesmente a expressão de uma *necessitas solvendi* como dever e elemento subjetivo do obrigado, mas um vínculo de responsabilidade, com sanção acionável com força de execução. Pastori, entretanto, contesta que *oportere* significasse um dever abstrato de cumprir a obrigação, pois *praestare* significava, no direito romano, a atividade do devedor voltada ao ressarcimento do dano.

opor as exceções que tiver contra o sedizente, como fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito daquele. O ponto relativo à ação e às exceções materiais não é, todavia, pertinente ao foco do nosso trabalho, razão pela qual não será maiormente desenvolvido.

**1.2. Teoria dualista da obrigação.** As distinções conceituais entre débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*), que vimos destacando, se devem fundamentalmente à teoria dualista da obrigação.

As distinções conceituais entre débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*), que vimos destacando, se devem em grande parte à teoria dualista.

**1.2.1. Surgimento e evolução da teoria dualista.** A teoria dualista surgiu na Alemanha no final do século XIX como pensamento insurgente contra os postulados da concepção voluntarista de obrigação. A teoria voluntarista entendia como conteúdo do crédito a submissão da vontade do devedor ao credor, e como objeto um ato do devedor. A obrigação, portanto, era uma limitação da liberdade, impondo ao devedor o cumprimento de uma prestação em favor do credor ou de um terceiro (Comparato, 1964: 4).

A obrigação é uma relação de dever e de pretensão, em que a vontade do credor determina a conduta do devedor, impondo-lhe o cumprimento de uma prestação em favor dele ou de um terceiro. O credor detém um poder de coerção sobre a vontade do devedor, sujeitando-o à prática do ato em que consiste a prestação. Como o credor não pode agir por

conta própria, como nos direitos reais, a essência do vínculo aparece no pólo passivo da relação jurídica, sob a forma de uma limitação da liberdade do devedor.<sup>30</sup>

A essa concepção inicialmente se opôs Bekker com a idéia de que a essência do vínculo obrigacional era a possibilidade de uma sanção pelo descumprimento da prestação. Posteriormente, Brinz lançou as bases da teoria dualista, em obras publicadas entre 1853 e 1886.

Brinz criticou a concepção voluntarista de que a conduta do devedor é o objeto da obrigação. Conforme as fontes romanas, a obrigação não instituía um dever e sim criava um vínculo (*Gebundenheit*), uma responsabilidade (*Haftung*), correspondente a um poder psíquico sobre o obrigado. Mas, em verdade, o credor não possui nenhuma influência efetiva sobre o devedor, como sensivelmente se percebe o poder do titular de um direito real ou de um pai no exercício do pátrio poder. Em verdade, o devedor é livre para cumprir ou não cumprir a prestação. Por conseguinte, Brinz abandonou a idéia de dever de cumprir a prestação como objeto da obrigação, fixando-se na coisa apta a satisfazer o direito do credor, e assim unificou os conceitos de *personae obligatio* e *rei obligatio*. A unidade sempre seria um objeto tangível sobre o qual recai o direito de crédito. Nos vínculos obrigacionais, não hesitou em afirmar que o objeto do crédito recai sobre a própria pessoa do devedor, pois é ele, em última análise, que responde diante do credor. Isso não significava, para Brinz, um regresso ao direito romano antigo, em que o devedor pagava com trabalhos, com sua liberdade ou mesmo com a vida pelo inadimplemento. Entretanto,

---

<sup>30</sup> “Ônus e obrigação são em última análise limitações da liberdade. Ônus é não poder agir sem fazer alguma coisa; obrigação, não poder agir sem padecer alguma coisa” (Carnelutti, 1942: 276).

em caso de descumprimento da obrigação, a persecução do credor é pessoal, embora a execução somente recaia sobre o patrimônio do devedor, fato que, para Brinz, implicava uma espécie de penhor geral sobre os bens do devedor, deixando os seus bens permanentemente *in solutione*, embora não estivessem *in obligatione*. Portanto, o devedor se encontra sempre em situação de responsabilidade, daí porque a prestação não é o objeto da obrigação, mas sim a razão (*wofür*) da responsabilidade, e a dívida é um estágio desta (Comparato, 1964: 4-10).

A teoria de Brinz não obteve pronto reconhecimento. Mais tarde, dois outros juristas alemães debruçaram-se sobre o conceito de obrigação no direito germânico antigo. Amira e Gierke, aproveitando a trilha de Brinz, estudaram os costumes e a jurisprudência das tribos germânicas na Idade Média, verificando como se deu a recepção do direito romano. Em trabalhos separados, publicados entre 1882 e 1911, Amira e Gierke, identificaram um dualismo terminológico na obrigação germânica, que compreendia dois tipos de relação jurídica. O primeiro tipo era uma relação de dívida, que instituiu um vínculo de dever-ter (*Schuld-verhältnis*), tendo por objeto uma prestação. No lado passivo, havia o dever de cumprir uma prestação (*Leistensollen*), que correspondia, no lado ativo, a um dever de receber a mesma prestação (*Bekommensollen*), o que permitia ao credor exigir do devedor certa conduta, por força do ordenamento jurídico. O segundo tipo de relação jurídica obrigacional era um vínculo de responsabilidade (*Haftung*), que punha uma pessoa ou uma coisa em estado de sujeição frente a alguém, como garantia de realização de um evento qualquer, que poderia ser a realização de uma prestação ou um fato independente da

vontade do homem, como a morte, um acidente ou um fato da natureza.<sup>31</sup> Essa relação de responsabilidade, no princípio, praticamente transformava os garantes em propriedade fiduciária do sujeito ativo. Depois, os garantes foram tidos como uma espécie de penhor ou como refém. Finalmente, o poder do sujeito ativo se transferiu exclusivamente para o momento em que se revelava a não-realização do evento previsto (Comparato, 1964: 13).

Originariamente, a dívida e a responsabilidade eram vínculos independentes, derivados de atos distintos. Posteriormente, a falta de pagamento de uma dívida foi considerada um delito, cuja pena era o banimento do devedor. Só em fase ulterior a responsabilidade foi vinculada diretamente à dívida.

Os estudos de Amira e Gierke permitiram que se visse também a obrigação romana com novos olhos, e ensejou a versão final do dualismo a partir de trabalhos de Marchi e de Pacchioni na Itália, e de Cornil, na Bélgica.<sup>32</sup>

Cornil elucidou no direito romano antigo a existência de dívida (*debitum*) sem sanção e de vinculações de uma pessoa ou de uma coisa (*obligatio personae, obligatio rei*) sem a criação concomitante de dívida. A forma mais antiga de garantia pessoal apontada por Cornil é a figura do refém. Ele não assumia o compromisso de saldar a dívida. Sua situação era de *obligatio* sem *debitum*. O devedor, ao contrário, tinha que pagar o *debitum*, mas ficava liberado da *obligatio*. Entretanto, segundo Cornil, essa situação não tardou a se

---

<sup>31</sup> É inescapável a analogia com o seguro.

<sup>32</sup> A teoria dualista obteve maior repercussão na Alemanha e na Itália. Entre os autores mais destacados, Comparato destaca: na Alemanha, Pappenheim, Puntchart, Schwind, Buch e Binder; na Itália, Pacchioni, Gangi e Betti. Na França, a teoria não obteve significativa repercussão, mas indiretamente foi reconhecida por autores como Gaudemet e Mazeaud e Tunc (*apud* Comparato, 1964: 16 e 18).

modificar, uma vez que o refém acabava pagando a dívida como única maneira de se livrar. Por conseguinte, o pagamento acabou arrolado como dever do refém na qualidade de garante. Essa transformação da garantia influenciou o lado passivo da dívida. Se, para efeito de garantia, vínculo pessoal e dívida se originavam de um só e mesmo contrato, não havia razão para ser diferente com o devedor. Daí resultou a fusão de dívida e responsabilidade na noção única de obrigação (Comparato, 1964: 14).

**1.2.2. Dualismo vs. monismo.** A teoria dualista não teve receptividade unânime. Comparato (1964: 16) registra a oposição, na Alemanha, de Hellmann, Siber, Enneccerus-Kipp-Wolff, Dernburg, Oertmann e Reichel. A teoria oposta - unitária ou monista - sustenta que não há alteração de substância entre débito e responsabilidade. A indenização apenas substitui a prestação por intermédio do Estado no processo de execução. Carnelutti (*apud* Comparato, 1964: 118) disse mesmo que o conceito de pretensão só tem valor histórico desde que se reconheceu a autonomia do direito de ação, posto que a relação jurídica processual é trilateral, composta pelas partes do direito material e pelo juiz, de sorte que o credor não tem poder de coerção sobre o devedor, mas sim o Estado. Por conseguinte, a relação jurídica obrigacional é composta somente de débito e crédito, transpondo-se pretensão e responsabilidade para o direito processual.<sup>33</sup>

A teoria monista é defendida enfaticamente por Mota Pinto (1985: 354) com outros argumentos. Afirma que há identidade entre os deveres de prestar e de indenizar,

---

<sup>33</sup> COMPARATO (*ob. loc. cit.*) responde com propriedade aos argumentos de Carnelutti: a ação em juízo é apenas um meio de exercício da pretensão do credor. Recorda Brinz, que dizia não se poder confundir o direito de coerção com os meios de coerção. Concernentemente, o direito privado criou diversos instrumentos de coerção extrajudiciários, tais como a constituição em mora, a compensação, o pacto comissório, algumas situações especiais de execução direta, o direito de retenção etc., os quais conferem ao credor um direito potestativo de agir.

conferida por uma mesma origem normativa. O direito objetivo dispensa a ambos o mesmo tratamento em questões decisivas, como a manutenção das garantias reais e pessoais, o mesmo prazo prescricional, a oponibilidade das mesmas exceções. A indenização não visa senão colocar o credor, de outro modo, na situação em que estaria se a prestação tivesse sido cumprida. Discorda que o dano seja causa ou fonte da indenização, porque ele não existiria sem o inadimplemento. Além do mais, o dano, tão-somente, não justifica a indenização, pois a responsabilidade depende de outros pressupostos, como a culpa e o nexo de causalidade. Atribui a pretensa autonomia afirmada pela teoria dualista a considerações puramente lógico-formais, desmentidas pela ordem material e explica o surgimento do dever secundário de indenização pela complexidade da relação obrigacional.

Na teoria dualista, o débito é pressuposto da responsabilidade – ou, repetindo Larenz, a responsabilidade é *Larenz* da dívida. Nos planos estruturais da obrigação, não aparece expressamente a responsabilidade, cabendo perguntar onde ela se situa.

Responsabilidade, para Larenz (1958: 33), é a sujeição de um patrimônio à intervenção dos credores por via executiva. A assertiva se justifica, porque a execução depende de certeza da obrigação. No direito processual, o processo de conhecimento ainda corresponde ao primeiro plano da estrutura obrigacional - ao débito - , porque a sentença judicial pode julgar improcedente o pedido do sedizente credor. E a condenação não afasta cumprimento espontâneo, apesar da mora. Daí afirmar Westermann (1983: 16) que a força coercitiva decorre exclusivamente do conceito de responsabilidade (processo de execução), posto que a relação obrigacional exaure-se no máximo numa ordem judicial para que o

devedor cumpra a prestação (processo de conhecimento). A sentença é *ultimato* para cumprir, já com a ameaça imediata da execução.<sup>34</sup>

Para Comparato, dever e responsabilidade são elementos efetivamente distintos. O primeiro significa aquilo que se deve executar, e o segundo, aquilo ao que se está sujeito pela falta ao dever. No pólo ativo também há diferença. O direito do credor a receber a prestação é distinto do poder de constrangê-lo a cumpri-la. São dois vínculos jurídicos distintos, tanto em razão do objeto quanto da natureza de cada um (Comparato, 1964:168). O objeto, no plano do dever, é um comportamento humano visando um determinado resultado; no plano da responsabilidade, é o patrimônio do devedor, sobre o qual recaem as conseqüências do incumprimento. Quanto à natureza jurídica: no vínculo formado por crédito e débito, os sujeitos se encontram em pé de igualdade, nos domínios de sua liberdade e vontade; na relação pretensão – obrigação há um poder de coerção do credor e um estado de sujeição do devedor.

---

<sup>34</sup> Westermann ilustra o processo de satisfação do crédito, fundado na distinção entre débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*). Diz: A relação obrigacional pode reunir direitos a um fazer positivo e outros a uma determinada abstenção de fazer (...).” “A relação obrigacional, como um todo, situa-se em plano diverso daquele da pretensão singular. Fala-se de uma relação obrigacional em sentido mais amplo, da qual nascem pretensões singulares (relações obrigacionais em sentido mais estrito).” (...) “O que seja aquilo que pode ser exigido por força de uma pretensão jurídica, a lei não o estabeleceu de uma forma genérica. Os direitos e deveres de conduta singulares, as pretensões de restituição e de ressarcimento têm de ser deduzidos do ordenamento legal ou contratual da relação obrigacional. Isto é importante para saber-se quando é que uma relação obrigacional se extingue pelo adimplemento, na conformidade do § 362 (BGB). O credor pode exigir a transmissão de coisas, um pagamento em dinheiro ou outro fazer positivo e, em outros casos, um não-fazer. Sempre, porém, exaure-se a relação obrigacional em uma ordem de realizar uma prestação, e não concede nenhum domínio sobre a pessoa do devedor. Sua impenibilidade ela somente adquire por meio do fator da responsabilidade. Geralmente a ordem jurídica põe à disposição do credor, para imposição de suas pretensões, o aparelho sancionador do Estado: ele pode instaurar ação para restituição (§ 812) ou fornecimento (§ 433) de coisas, para pagamento em dinheiro ou abstenção de certos atos. Se vitorioso, pode encaminhar medidas de execução coativa (Westermann, 1983: 16-17).

Em que pesem essas diferenças, os dois vínculos têm proximidade pela origem e pela forma de extinção, pois ganham existência jurídica simultaneamente com o fato que serve de fonte à obrigação em que se integram, e também se extinguem imediatamente pelo pagamento. O pagamento é concomitantemente ato de execução e modo de extinção da obrigação. Como ato de execução, reenvia-se ao vínculo crédito – débito; é um ato devido do devedor e a satisfação de uma expectativa legítima do credor. Como modo extintivo da obrigação, desata o vínculo, operando a liberação do devedor.<sup>35</sup>

O dever antecede a responsabilidade. O devedor promete cumprir e empenha seu patrimônio como garantia (Comparato, 1964: 176).

Comparato cita a cláusula de não indenizar como demonstrativa da separação de dever e responsabilidade. O beneficiário da cláusula não se exime do dever de prestação, mas fica estipulado que se não cumpri-la ele não responderá de nenhum modo pela insatisfação do crédito (Comparato, 1964:174, nota 15).<sup>36</sup>

Confrontando os termos germânicos e latinos da teoria dualista, *Schuld* corresponde a *debitum* (dívida) e *Haftung* a *obligatio* (responsabilidade).<sup>37</sup> A dissintonia entre os termos obrigação e responsabilidade se explica porque no direito germânico a

---

<sup>35</sup> Comparato (1964: 170) reproduz conceitos da tese de Nicole Catala, *La nature juridique du paiement*. Paris, 1941 (inédita?), que ainda distingue entre a execução da prestação como comportamento voluntário do devedor (embora ato devido) e extinção da obrigação, que pode ocorrer com desconhecimento ou até a malgrado do devedor por ato de terceiro.

<sup>36</sup> No mesmo sentido, Aguiar Dias (1976: 110). Equiparando responsabilidade e garantia, o autor releva a fonte – legal, contratual ou supletiva – da obrigação de reparar, pois esta uma vez assentada é exigível por igual modo. A infração ao dever de garantir é tão infringente da ordem jurídica quanto qualquer inadimplemento (*op. cit.*, p. 106, nota 22).

<sup>37</sup> No sentido de que *Haftung* corresponde a *responsabilité* no direito francês, assim como no suíço, Comparato (1964: 111).

responsabilidade necessitava de um ato de fundamentação, um *posterius* relativamente à dívida (Larenz, 1958: 34).

Nem a teoria monista nem a dualista podem ser assumidas com caráter absoluto e excludente. A garantia nos vícios, correspondendo à responsabilidade do outorgante e incidindo diretamente sobre o objeto da prestação, depõe com eloquência em favor da teoria monista. Na reparação e na substituição há, pura e simplesmente, uma correção do objeto da prestação. Já na resolução e na redibição fala mais apropriadamente a teoria dualista.

Nas garantias acessórias também a teoria dualista se mostra mais adequada. As garantias acessórias em geral visam a realização do crédito e a indenização de prejuízos, seja a obrigação própria ou não. A especialização de bens nas garantias reais e o enlace de um terceiro nas fidejussórias estão voltadas principalmente para a composição dos prejuízos. Estes agregam ao valor da prestação juros de mora, lucros cessantes, cláusulas penais, atualização monetária, honorários advocatícios e outras rubricas eventuais (garantias complementares), de tal modo que o objeto da garantia pode apresentar substancial modificação frente ao objeto da prestação. Isso sem considerar que as garantias acessórias em geral não comportam execução específica, salvo em raras exceções como em obrigação de fazer impessoal.

Já no seguro a teoria dualista é inquestionável. O segurador promete responsabilidade, consistente em indenização de prejuízos do segurado (o que escapa à regra geral de que toda responsabilidade tem origem na violação de um dever, contratual ou

de outra natureza). A prestação única do segurador será o pagamento do dano eventual. Portanto, a responsabilidade é dever primário, uma vez que não haverá prestação tecnicamente falando se não ocorrer o sinistro. A teoria dualista se comprova pela transformação da fase secundária em primária, demonstrando nitidamente a autonomia de cada uma.

## 2. Situações jurídicas subjetivas e eficácia da garantia

A relação jurídica de garantia apresenta peculiaridades relativamente à situação subjetiva dos sujeitos e ao modo de produção da eficácia. É o que veremos nos pontos subseqüentes.

Inicialmente, exporemos as linhas básicas da teoria da situação jurídica, e no desdobramento a situação de cada um dos sujeitos. Finalmente, veremos o que se compreende por enunciados performativos, conceito em se enquadra a garantia e que determina um modo automático de atribuição patrimonial.

**2.1. Teoria da situação jurídica.** Um dos primeiros exploradores do conceito de situação jurídica foi Josef Kohler, na obra *Der Prozess als Rechtsverhältniss*, publicada em Mannheim, em 1880, definindo-a “como elemento ou degrau da formação ou desenvolvimento do direito subjetivo”<sup>38</sup> (Pontes de Miranda, 5: § 578). O mérito de Kohler,

---

<sup>38</sup> O conceito de direito subjetivo, desconhecido no direito romano, só recebeu detida atenção da doutrina alemã. Para Savigny, precursor da teoria da vontade, à qual deu desenvolvimento Windscheid, a cada indivíduo corresponde um poder em cuja esfera impera a sua vontade. “Denominamos este poder um direito dessa pessoa, no sentido de faculdade. Alguns o chamam direito em sentido subjetivo” (Savigny, 1949: 29).

segundo Torquato Castro (1985: 54), foi a primazia de ter definido o direito como relação normativa entre o sujeito e o objeto, e o seu defeito, não identificar a situacionalidade<sup>39</sup> dentro das relações jurídicas formadas. De qualquer sorte, Kohler se contrapôs ao idealismo filosófico de sua época, que visualizava o vínculo jurídico como pura espiritualidade entre dois sujeitos e que desaguou na teoria pura de Kelsen, onde o objeto é mero conteúdo eventual da norma jurídica.<sup>40</sup> No entanto, o subjetivismo dominante na época de Kohler

---

Entretanto, o homem se acha circundado pelos seus iguais, e para que se torne possível a coexistência, o direito estabelece uma fronteira invisível que demarca um campo de ação seguro e livre para cada indivíduo (Savigny, *ob. cit.*, p. 182). A esse conceito se opôs Jhering, uma vez que se os direitos se fundamentassem na vontade ficariam sem explicação os direitos dos incapazes: “todo o direito privado não é mais do que um vasto areal em que a vontade tem absoluta liberdade de mover-se e exercitar-se. A vontade é o órgão pelo qual o homem goza do seu direito (...) Se a vontade fosse o objetivo do direito, como viriam a ter direito as pessoas sem vontade?” (Jhering, 1943: 114 ss). Para Jhering, o direito existe para assegurar ao homem o que lhe é útil. Ele redefiniu então o direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido: “A segurança jurídica do gozo é a base do direito. Os direitos são interesses juridicamente protegidos” (Jhering, 1943: 220).

<sup>39</sup> O poder compreendido no direito subjetivo é vetorizado em dois sentidos: (i) a possibilidade de produzir efeitos jurídicos em face de terceiros (o que implica a distinção entre gozo, exercício e representação, sem afetar a essência do direito), expondo-se a uma reação inversa (a oposição de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado – assim nos direitos de crédito); (ii) a possibilidade de criar, modificar e extinguir uma relação jurídica por manifestação unilateral de vontade – direitos potestativos, como a renúncia, a resolução, a aceitação de herança etc (Comparato, 1964: 21-24). As duas possibilidades acima referidas constituem *situações jurídicas* ativas decorrentes dos direitos subjetivos. Do lado passivo da relação jurídica, as *situações jurídicas* exprimem-se como (i) dever ou (ii) necessidade. (i) Um dever pode ser de tipo geral ou especial. Os deveres gerais são impostos pela lei, como o de não causar dano a ninguém e de respeitar a propriedade alheia. Esses deveres correspondem a direitos subjetivos absolutos oponíveis a todos e a qualquer um em particular. Os deveres especiais são relativos, porque são exigíveis apenas por pessoa determinada e em razão de uma relação jurídica específica, como um contrato. (ii) A necessidade pode determinar-se como um estado de sujeição frente a um poder jurídico alheio, especialmente um direito potestativo (cujo exercício e respectivo efeito não pode ser evitado pelo sujeito passivo), ou como um encargo a ser desempenhado pelo titular de um direito no interesse da sua conservação, como o ônus de produzir prova, de notificar o devedor em mora etc. (Comparato, 1964: 24-27).

<sup>40</sup> Kelsen é o expoente máximo da objetivação e abstração do ordenamento jurídico, concepção antagônica ao conceito de direito subjetivo fundamentado na vontade, na liberdade e na natureza humana. Um dos objetivistas foi Duguit. Ele não negou, propriamente, o direito subjetivo, conceito que considerou “cômodo” para diferenciá-lo da categoria do direito público (Duguit, 1937: 10). Discordou, todavia, de que se fizesse do direito subjetivo uma categoria fundamental a ponto de condicionar o próprio direito público. Para ele, todo direito tem um só fundamento: é um fenômeno social, produto da evolução humana, baseado na solidariedade e na interdependência social (*ob. cit.*, pp 17 e 19), de modo que “os atos jurídicos de direito público e de direito privado são formados dos mesmos elementos e têm, no fundo, o mesmo caráter” (*id., ib.*, p. 83). A regra de direito nasce na solidariedade social e só se torna individual em vista da sua aplicação aos indivíduos dotados de consciência e vontade, mas em verdade ela impõe a todos o mesmo dever de cooperação, particularizando apenas as obrigações de cada um (Duguit, *ob. cit.*, p. 25). A concepção objetivista foi um contraponto à idéia kantiana de direito como forma de liberdade pessoal. O direito passou a ser visto como um fenômeno social, e as posições jurídicas derivavam do direito objetivo, conforme o pensamento positivista (Rao, 1997: 578). A teoria da situação jurídica tem em comum com Kelsen e Duguit o normativismo e a crítica aos excessos da concepção de direito subjetivo como generalização da liberdade; no conteúdo dos

deturpou o conceito de situação, desconectando-o da relação sujeito-objeto e fazendo-o desbordar para um “elemento de existência pessoal” (Lagaz y Lacambra) ou “um modo de ser em relação a uma norma” (Cassarino; *apud* Castro, 1985: 55).

Os processualistas serviram-se do conceito inicial de Kohler. Goldschmidt<sup>41</sup> (*Prozess als Rechtslage*, 1925), aplicou-o às posições das partes no processo judicial. Bem mais tarde, Carnelutti, na terceira edição da *Teoria generale del diritto* (Roma, 1951) retornou ao conceito de situação jurídica, figurando a relação jurídica como uma linha reta entre dois sujeitos (elementos pessoais), cujos extremos convergem para uma *res* (elemento real), formando um triângulo. A situação de direito foi redefinida como projeção normativa sobre uma situação de fato precedente, sendo esta a causa daquela. A norma abstrata recai sobre o fato e o juridiciza, originando a situação jurídica. Assim Carnelutti afastou-se de Kohler e dos subjetivistas, que teorizavam a situação jurídica como projeção do poder fático do homem, e de Duguit e dos objetivistas, que só reparavam na estrutura social<sup>42</sup> (Castro, 1985: 58).

---

direitos subjetivos se compreenderia inclusive a faculdade de não exercê-lo, liberdade esta que não pode ser entendida no sentido jurídico, mas puramente moral – uma liberdade que comunga com o abstrativismo de Kelsen da crítica ao direito subjetivo (Castro, 1985: 82).

<sup>41</sup> James Goldschmidt foi um dos nomes de maior contribuição a uma teoria eclética, que aproveitou elementos das teorias da vontade e do interesse, e concebeu as normas jurídicas como imperativos aos quais se sujeitam as pessoas. Nessa concepção, tendo o direito tem uma função atributiva, o direito subjetivo corresponde ao poder de uma pessoa relativamente a um imperativo jurídico, o que lhe permite uma faculdade de agir (*apud* Rao: 1997: 561).

<sup>42</sup> Nesse passo, Castro (1985: 92) discorda de Roubier, por sua posição sociológico-objetivista, que entende como legitimidade de uma situação jurídica o todo situacional, que inclui, além da realidade dos sujeitos, todos os elementos objetivos da realidade circunstancial. Para Roubier, o que conta é o homem como destinatário do todo. Para Castro, o objeto – elemento objetivo – não pode ser ignorado, mas o que constrói o significado jurídico é a norma que estabelece uma relação de pertinência (nexo causal ou título que confere o direito subjetivo) do objeto com o homem.

Convergindo com Carnelutti, Betti (2003: 10 ss) conceituou a situação jurídica como resposta do ordenamento jurídico a uma *fattispecie*, termo que ele cria para definir o que, na linguagem de Pontes de Miranda (1: § 1, 1) chama-se suporte fático. A relação entre a *fattispecie* e a resposta jurídica não é física nem natural, é puramente criação do espírito humano, a causalidade jurídica. Noutra aspecto, entretanto, Betti afastou-se de Carnelutti, rejeitando a dissociação radical de interesses dos partícipes da relação jurídica. Interesse é uma categoria econômica. No direito, para Betti, as polaridades são de poder e dever, correspondentes a posições jurídicas.

Além de valorizar o fato como causa do direito, Carnelutti re-introduziu na relação jurídica o objeto, restaurando a tradição romana inaugurada com Gaio, que assentara sobre a tríade *personae – res – acciones* a matéria do direito.<sup>43</sup>

**2.1.1. Estrutura da situação jurídica.** A teoria da situação jurídica parte do princípio de que a função do direito promove uma ação individualizadora, tratando a todos igualmente, mas repartindo o que cabe a cada um conforme a sua condição situacional, função esta que cabe à norma. A lei é uma expressão de razão, enquanto a norma opera *in actu* e qualifica os sujeitos a deterem posições jurídicas dentro da situação normada. A qualificação feita pela norma confere ao sujeito um título que o legitima de modo absoluto para o exercício da sua posição jurídica. O título, portanto, é nexa causal entre uma pessoa e uma posição jurídica, nexa que se expressa num fato que é a causa daquela situação

---

<sup>43</sup> É sobre esse trinômio que se estrutura o direito privado, sendo o seu último elemento o ponto de partida da sua sistematização, na medida em que as ações humanas (fatos) são causa dos fenômenos jurídicos. Essa concepção, que era a de Savigny, modelou o BGB e estendeu a sua influência sobre o CCB, em 1916 e em 2002, abrindo com uma parte geral dedicada às pessoas, aos bens (os dois primeiros elementos) e às suas relações, seguindo-se a parte especial com livros sobre modalidades diversas de situações e relações jurídicas (Nery: 2004, 195 ss).

jurídica.<sup>44</sup> “O fato revela o problema para o qual o direito constrói a solução” (Castro, 1985: 95).

Situação jurídica, define Torquato:

é a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante certo objeto (Castro, 1983: 50).

Os elementos estruturais de uma situação jurídica são: sujeito ou sujeitos, objeto e posição jurídica de cada sujeito. Conforme a natureza do objeto, pode surgir um quarto elemento: a relação intersubjetiva dos sujeitos.

Posição jurídica é a relação produzida pela norma entre um sujeito e tudo quanto situacionalmente a própria norma lhe atribui.

A norma pode qualificar simultaneamente um ou mais sujeitos. Há situações jurídicas que competem a uma pessoa apenas, pois a norma alcança “a atribuição integral, exaustiva e suficiente, do objeto da situação a um só sujeito, independentemente da ação, do consenso, ou da colaboração privada de qualquer outro sujeito” (Castro, 1983: 97). Essas situações jurídicas são uniposicionais e ocorrem, por exemplo, na atribuição de

---

<sup>44</sup> A essa altura convém recordar o que parafrazeamos linhas acima do próprio Castro sobre os sistemas de legitimação em direito: causal, formal e aparente. O sistema brasileiro, como a imensa maioria dos sistemas jurídicos, é basicamente causalista, o que significa que a titularidade de cada sujeito em relação a uma posição jurídica é *causada* por um fato originador da respectiva legitimidade.

capacidade, de cidadania, de nome, de direito formativo etc.<sup>45</sup> Outras situações jurídicas são relacionais, decorrentes da qualificação feita pela norma a mais de um sujeito relativamente ao mesmo objeto.

Assim como os sujeitos, o objeto – igualmente disposto pela norma – também é situacional. “Nenhum sujeito é sujeito, senão enquanto posicionado ao objeto, e na medida em que com ele se relaciona” (Castro, 1983: 55). Da natureza do objeto depende o tipo estrutural da situação de direito.

Os objetos jurídicos são realidades do mundo físico ou social, sejam coisas propriamente ditas, atos humanos ou qualificações sociais. O objeto não participa da situação jurídica com toda a sua fisicidade ou serventia, mas segundo os aspectos relacionais implicados. Por isso, Castro (1985: 68) conclui que sujeito e objeto de direito são construções normativas. Sobre um fato,<sup>46</sup> a norma define quem serão os sujeitos e aquilo que terá cada um dos sujeitos na relação jurídica. Assim, a norma jurídica organiza e distribui os bens (objetos) em relação aos sujeitos. “A ação da norma é um repartir – determinar o objeto justo da partilha em cada situação de direito” (*id., ib.*, 44), o que faz do direito uma “experiência de atribuir” (*id., ib.*, 51), colocando o *ter* no confronto da intersubjetividade. Para Rosa Nery (2004: 181), o direito é “uma medida que regula a proporção das coisas que interessam aos homens em sociedade”, por isso, é uma relação de

---

<sup>45</sup> Betti (2003: 16) denomina de normas de configuração as produtoras de semelhantes efeitos.

<sup>46</sup> Os fatos que interessam ao direito são os externos. Os elementos anímicos, como o dolo, a boa-fé, a culpa, ainda que perceptíveis exteriormente, são apenas qualificadores das situações jurídicas (Castro, 1985: 25).

razão que quantifica poderes, deveres, obrigações, ônus etc., vividos pelos sujeitos dos fenômenos jurídicos<sup>47</sup> (*ob. cit.*, p. 199-200).

Os fatos jurídicos (incidência de norma jurídica sobre suportes fáticos) são *constitutivos*, porque são aptos para produzir efeitos jurídicos. A atribuição operada pela norma jurídica é eficácia. Muitas vezes a eficácia atributiva é direta e imediata, pois a norma produz uma qualificação que precede ao agir que ela autoriza.<sup>48</sup> Verificado que o fato corresponde ao tipo legal, ele instaura *per se* uma *situação jurídica básica* (Pontes de Miranda, 1: § 41, 120 ss). Para Torquato(1985: 67):

A qualificação do sujeito, do objeto e da posição é de ocorrência imediata ou instantânea, isto é, dá-se no momento exato em que, verificado o fato, a norma incide (Castro, 1985: 67).

**2.2. A peculiaridade do objeto da garantia e as situações jurídicas dos sujeitos.** Os diversos conceitos aqui repassados são úteis para compreender a situação dos sujeitos e o que constitui o objeto da relação jurídica de garantia.

A garantia é um bem jurídico-econômico abstrato e como tal pode constituir-se em objeto autônomo de uma relação jurídica. Nessa relação jurídica, os sujeitos ocupam posições concretas, derivadas da natureza do objeto. A peculiaridade do objeto não permite

---

<sup>47</sup> O que não exclui a relação potencial no sentido causa/causado, posto que o direito envolve efeitos típicos produzidos por fenômenos jurídicos - fatos, atos, negócios jurídicos. Ocorre que na relação jurídica causada pelos fatos jurídicos insere-se uma idéia de valor, que diz da submissão/sujeição de um sujeito frente ao outro, da qualidade e da quantidade daquilo que um deve ao outro (Nery, 2004: 180, 205, 208).

<sup>48</sup> Na relação jurídica obrigacional, o agir autorizado pela norma tem um lado interno (pretensão, exercício de poder ou de dever) e outro externo (a liberdade assumida pelo sujeito, na medida autorizada pela norma).

que se confundam as posições dos sujeitos com as que decorrem da norma jurídica geral do direito das obrigações, atributiva de direitos e deveres diferentes, de outra natureza.

A situação dos sujeitos, as peculiaridades do objeto e o modo atributivo de eficácia da relação jurídica de garantia serão tratados a seguir.

**2.2.1. Responsabilidade do garante: uma situação jurídica objetiva.** O garante é titular de uma situação jurídica objetiva de responsabilidade. Para demonstrarmos o cunho objetivo de sua responsabilidade, vamos valer-nos da ressystematização da responsabilidade civil proposta por Fernando Noronha em artigo de periódico datado de 1993 e em parte incorporada ao seu compêndio de Direito das Obrigações, cujo primeiro volume foi publicado em 2003.

Segundo Noronha, a responsabilidade civil é um direito geral de reparação de danos, que compreende dois ramos distintos: a responsabilidade civil em sentido estrito ou geral e a responsabilidade negocial. A responsabilidade civil em sentido estrito (chamada de responsabilidade extracontratual impropriamente, por sugerir que compreende o inadimplemento de negócios jurídicos unilaterais, uma vez que não são contratos – matéria adjudicada à responsabilidade negocial), pode ser *subjetiva* (atos ilícitos: exige dolo ou culpa) ou *objetiva*. A responsabilidade civil (em sentido estrito) subjetiva aplica-se aos atos ilícitos e compreende os danos causados a outrem por culpa normal (regra geral), dolo ou culpa grave (exigência excepcional). A responsabilidade civil estrita objetiva cobre os danos causados a outrem por atividades que criam riscos (risco de empresa, risco administrativo e risco-perigo), independentemente de culpa do imputado, bastando, para a

imputação, a existência denexo causal entre o fato causante e o dano causado. Há dois graus distintos nessa modalidade: a responsabilidade civil objetiva *normal*, em que a imputação é excluída por caso fortuito ou força maior (assim a responsabilidade civil nas seguintes espécies: do patrão ou comitente por danos causados a terceiros por seus empregados ou prepostos; *de effusis et dejectis*; do proprietário pela ruína do prédio mal conservado; do proprietário de automóvel; do dono do animal; pelo fato das coisas, dos produtos e serviços etc); e a *agravada*, que vai além dos riscos normais de uma atividade, imputando a obrigação de reparar danos ocorridos durante o seu desenvolvimento, porque nas circunstâncias não é possível as escusas do fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. A modalidade agravada não tem previsão geral na lei, sendo obra da jurisprudência. Assim ocorreu com a responsabilidade civil do transportador, não ilidível por culpa de terceiro, conforme a Súmula 187, do STF, datada de 1963 e inspirada no Dec. 2.681, de 1912, cujo teor foi reproduzido no art. 735, do CC/2002. A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva normal é o art. 927, parágrafo único, do CCB.

A responsabilidade negocial<sup>49</sup> – que, assim como a responsabilidade civil *stricto sensu*, é um direito especial dentro do direito geral de reparação de danos - tem por finalidade reparar prejuízos advindos de inadimplemento, má execução ou atraso no cumprimento de obrigações negociais (contratos e outros negócios jurídicos), cobrindo a área tradicionalmente chamada de responsabilidade contratual. Ela se ramifica em *responsabilidade civil subjetiva e objetiva*. A primeira se biparte em responsabilidade civil imputada por *mera culpa* e em responsabilidade civil por atuação com *culpa grave ou dolo*.

---

<sup>49</sup> BETTI (1958: 91) já apontara a impropriedade da designação “contratual” deferida a essa espécie de responsabilidade.

Os danos causados por mera culpa são regidos por convenção atenuadora da responsabilidade das partes envolvidas no negócio (quando isso é lícito) e também nas obrigações de meios; em situações outras, excepcionalmente, a obrigação de indenizar só nasce em face de culpa grave ou dolo do agente, ou em virtude de convenção ou nos contratos gratuitos.

A responsabilidade negocial objetiva obedece a dois regimes: (a) *responsabilidade negocial objetiva normal*; (b) *responsabilidade negocial objetiva agravada*. Noronha (1993: 38) sustenta que, ao contrário do que sempre foi ensinado, a responsabilidade negocial (dita contratual) não é subjetiva, pois o devedor fica adstrito ao cumprimento, independentemente de culpa, exonerando-se apenas por prova específica de fato do credor, de terceiro, caso fortuito ou força maior. Em abono à tese, cita as obrigações de dar, não fazer e fazer, que são obrigações de resultado, com exceção de algumas obrigações de fazer. Onde o Código Civil refere culpa (artigos 234, 235 etc.) deve entender-se imputabilidade, pois o devedor responde pela falta de cumprimento mesmo sem culpa. Cita como exemplos o devedor demitido, que continua obrigado nos contratos em vigor, mesmo que não seja culpado pela demissão; e o herdeiro, que está sujeito aos encargos da mora nas dívidas da herança, ainda que as desconhecesse.

Sendo assim, a responsabilidade negocial objetiva normal compreende, em geral, obrigações onerosas e de resultado, impondo a obrigatoriedade do dever de cumprir, independentemente de culpa, e permitindo a exoneração do devedor apenas por prova específica de fato do credor, de terceiro, caso fortuito ou força maior.

A responsabilidade negocial objetiva agravada diz respeito às obrigações de garantia. Esse regime pode ser *convencional* ou *legal*. É convencional quando as partes instituem obrigações que devem ser cumpridas apesar da ocorrência de caso fortuito ou força maior (art. 393 *caput, in fine*).

O regime legal se impõe às partes. É assim com a responsabilidade do transportador pela bagagem do passageiro, em transporte aéreo (art. 264, II, CBAr) ou terrestre (art. 1º. e 12, do Dec. 2.681/1912), sendo inoperante a cláusula de não indenizar (Súmula 161, do STF); com a responsabilidade do comodatário pela restituição da coisa (art. 583); com a obrigação de restituir do depositário, excluída somente por força maior (art. 642 – que retirou o caso fortuito, que constava no art. 1.277, do CC/1916), inclusive sobre as coisas entregadas para conserto, tais como automóveis e eletrodomésticos; com a responsabilidade dos hospedeiros sobre a bagagem dos hóspedes, excluída somente se os fatos prejudiciais a estes “não podiam ter sido evitados” (força maior; art. 650).

Segundo Noronha (2003: 502), em alguns casos a garantia ultrapassa o limite negocial, alçando-se a um nível supracontratual. Então já não se trata de obrigação de garantia, mas de cláusula de incolumidade. É o caso, já citado, da segurança do passageiro no transporte público.

Portanto, nesse quadro da responsabilidade civil, as garantias incluem-se na responsabilidade negocial agravada. Conforme seja instituída em contrato ou disposta em lei, a garantia será convencional ou legal. A garantia legal pode ser dispositiva ou imperativa, sendo passível de afastamento naquele caso, mas neste não.

A garantia contra vícios redibitórios, no Código Civil, é objetiva agravada, comportando dois níveis de responsabilidade do alienante, conforme se ele conhecesse ou não o vício. No primeiro caso, somente restituirá o valor recebido e, no segundo, também indenizará perdas e danos.

A evicção é objeto de garantia objetiva, que pode ser reforçada, diminuída ou excluída, segundo o art. 448. A exclusão só se tornará eficaz se o evicto soube do risco e o assumiu. Caso contrário, não obstante a cláusula elidente, terá direito à restituição do preço que pagou (art. 449). Assim, a garantia contra evicção é objetiva, mas disponível. No silêncio do contrato, vige o disposto no art. 447: o alienante responde pela evicção em todos os contratos onerosos, ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública. O evicto terá direito à restituição integral do que pagou, à indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir e das despesas que houver feito, inclusive com custas judiciais e honorários de advogado (art. 450).

Como a obrigação de garantia pode ser legal ou convencional, a dispositividade da norma não afeta a sua objetividade nem gravidade. Ou seja: a garantia instituída em lei confere-lhe um regime jurídico agravado e por isso a responsabilidade civil se inscreve no regime jurídico mais rigoroso, não obstante possa ser tornado ineficaz por disposição contratual, do mesmo modo que por convenção poderia ser instituído se não estivesse previsto na lei.

O mesmo raciocínio de Noronha encontra-se presente na concepção do sistema de responsabilidade civil de Judith Martins-Costa (2004: 88): o sistema tem como vértice o critério da imputabilidade, que compreende a imputação subjetiva, regida pela culpa, e a imputação objetiva, que não requer culpa, e que se aplica à assunção de um risco, aos deveres de segurança e de garantia e à quebra da confiança.

Para Comparato (1964: 114), a responsabilidade civil é “a sujeição do devedor ao poder de coerção do credor, como sanção pela inexecução de uma obrigação”. Nos casos de responsabilidade civil objetiva, afirma que há um dever social de reparar os danos. Nos acidentes de circulação, assim como em outros ramos, o seguro assumiu um papel de crescente importância na vida atual. Analisando o sistema francês, o autor constata o esvanecimento da responsabilidade do autor do dano, uma vez que caberá à seguradora indenizar a vítima ou esta ainda poderá recorrer ao fundo de garantia securitária. Desse modo, resta dissociado o dever de reparação da responsabilidade, haja vista que a reparação do dano competiria ao segurado, que o causou, mas é assumido pela seguradora por força do contrato. Comparato utiliza o seguro para demonstrar a dualidade do vínculo obrigacional na relação lesante – lesado, em que entra a figura do segurador como terceiro que assume o débito. Com efeito, há duas relações jurídicas, uma interferindo na outra. Não aplica, porém, o mesmo raciocínio à relação segurado – segurador, em que a dissociação ocorre entre os sujeitos da mesma relação contratual, sem necessidade da intrusão de um terceiro (Comparato, 1964: 221 ss).

**2.2.1.1. Exposição a uma dívida futura e incerta.** O garante não tem dívida atual; poderá tê-la no futuro, dependendo da ocorrência do fato previsto no negócio jurídico de garantia. Tem ele um dever (como se verá a seguir), não imediatamente uma dívida.

A palavra dever tem uma conotação moral bem alargada, abrangendo normas de alcance individual e social. Certos imperativos morais também são juridicamente exigidos, especialmente através dos princípios gerais do direito e dos bons costumes. Entretanto, um dever só é alçado a uma hierarquia jurídica mediante formalização – pelo menos em sistema de direito positivo. A inclusão de certos deveres no direito brasileiro das obrigações é bem recente e se deve ao desenvolvimento de princípios e cláusulas gerais, cujo melhor exemplo é a boa-fé. Os deveres emanados da boa-fé são laterais à prestação, embora, em outros casos, a boa-fé preencha o próprio conteúdo de certas obrigações, como na gestão de negócios e nas obrigações de meios (Couto e Silva, 1976: 37). De modo geral, há uma diferença de fonte e também uma relação de dependência entre dever de boa-fé e dever de prestação. Os deveres de prestação são emanados da obrigação, conforme a sua natureza: dever de entregar a coisa vendida, de pagar o preço, de cumprir o mandato etc. Os deveres de boa-fé não se originam do título da obrigação, mas da consideração devida ao *alter* (Couto e Silva, 1976: 29).

A diferença a ser remarcada aqui, no entanto, é técnica. Roubier é preciso ao traçar a distinção entre dever e dívida. Em todo dever jurídico, afirma, há um embrião de dívida, que germinará em caso de descumprimento. Exemplifica com o dever de alimentos, que existe entre parentes, por imposição da lei, mas persiste em estado abstrato. Ocorrendo a necessidade, o parente que tiver de pagá-los se tornará devedor, contabilizando o valor da

obrigação no patrimônio negativo, enquanto que o credor fará o mesmo no lado positivo. Outro exemplo é o ato ilícito. Quem causar dano a outrem, contrariando o dever de não lesar a ninguém, contrairá a dívida da indenização. O dever, afirma, é uma dívida em abstrato, comparável, em pólo invertido, ao direito eventual.<sup>50</sup> Sendo dívida eventual, arremata, o dever não pode ser computado como patrimônio passivo.

O garante, como afirma Pontes de Miranda (5: § 577) está na posição passiva de ter de “sofrer o nascimento do crédito”. Ele ainda não é devedor da prestação, mas poderá vir a ser, sem que tenha controle sobre isso, pois a ocorrência do fato-termo não depende da sua vontade.

Os deveres preliminares do garante – nos quais não se inclui, obviamente, o pagamento da dívida que poderá nascer com o advento do fato previsto - são apenas negativos, consistindo essencialmente em não diminuir, não desfaltar, não inviabilizar a garantia ou, de nenhum modo, criar prejuízos ou embaraços ao livre exercício dos direitos do garantido, inclusive os de expectativa.

**2.2.2. Direito expectativo do garantido.** O garantido tem direito eventual a uma indenização, caso ocorra o fato previsto no negócio de garantia. É titular, desde logo, de um direito expectativo.<sup>51</sup> As peculiaridades dessa situação jurídica serão vistas em seguida e logo após ela será diferenciada do direito condicional.

---

<sup>50</sup> “*Il nous semble que l'on peut ici imaginer, au point de vue passif, quelque chose d'analogue à ce qu'est, au point de vue actif, le droit éventuel*” (ROUBIER, 1963: 102).

<sup>51</sup> Registre-se uma variação de nomenclatura. A maioria dos autores fala de direito eventual. Assim, por mera exemplificação, Bevilacqua, Carvalho de Mendonça, Serpa Lopes, Orlando Gomes. Na doutrina estrangeira,

A definição de direito expectativo é conceitualmente complexa. Segundo um autor francês, o direito expectativo é um direito que é sem ser, sendo (Girard, *apud* Roubier 1963: 103). Alguns o entendem como “germe de direito” (Roubier, 1963: 416). Querem esses autores expressar que se trata de um direito em processo de formação. O Código Civil revogado tinha regra sobre a aquisição dos direitos, que dizia atuais os direitos completamente adquiridos e futuros <sup>52</sup> aqueles cuja aquisição não se acabara de operar (art. 74, III), chamando de deferido o direito futuro quando a aquisição pendia somente do arbítrio do sujeito e não deferido quando se subordinava a fatos ou condições falíveis (parágrafo único).

Pontes de Miranda apontou a contradição daquele texto entre deferimento e futuridade. Direitos futuros deferidos, segundo o texto, seriam os submetidos a termo ou condição, os quais, a rigor, são direitos já adquiridos. Direitos futuros deferidos são os que pendem de exercício de direito formativo, como o direito de opção. Aquilo que se subordina a fatos e condições falíveis, como o lucro da mercadoria a ser vendida ou o aluguel da casa a ser locada, ainda não é direito, nem atual nem futuro (Pontes de Miranda, TDP, 5: § 545, 5).

---

Roubier (1963: 103). Pontes de Miranda (1955: 292), que prefere a denominação de direito expectativo, admite a sinonímia, citando o art. 121, do CC 1916. Na lei brasileira, como, de resto, na maioria dos países de direito romano-germânico, consta apenas a expressão direito eventual, geralmente associada a direito condicional. É assim que aparece no art. 130, do CCB atual, repetindo o art. 121, do CC/1916. Diz o texto atual: “Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”. Adotamos, em princípio, a expressão direito expectativo, sem impugnarmos a direito eventual.

<sup>52</sup> Direitos futuros compreendem direitos a termo, condicionais e eventuais (Serpa Lopes, 1988, I: 359).

Alguns direitos não ganham existência jurídica em tempo único, pois dependem da combinação de um conjunto de fatos. São exemplos: a aquisição da propriedade por usucapião, em que são necessários, conforme a espécie, ao menos a posse e o lapso temporal; a conclusão de contrato mediante oferta prévia, que depende de aceitação; a aquisição da propriedade mediante sucessivos contratos, que se inicia preliminarmente com a promessa; a tradição pendente de condição (Pontes de Miranda, 5: § 574, 275) e assim por diante. No *medio tempore* em que alguns fatos já se consumaram, mas outros ainda não, qual é a situação dos interessados relativamente ao direito futuro, ou seja, ao direito em gestação? Criam-se certas expectativas, cuja proteção jurídica dependerá de que os fatos já tenham entrado no mundo do direito com aptidão suficiente para produzir efeitos ou não.

A palavra expectativa presta-se a confusão que precisa ser dirimida. Pontes de Miranda (5: § 576, 282 ss.) esclarece que a expectativa, por si só, não produz direito, porque é direito em formação é ainda-não-direito. A expectativa juridicamente protegida é aquela que diz respeito apenas à espera dos efeitos de negócio jurídico que já existe, tal como acontece na condição suspensiva. Na promessa de compra e venda, há direito subjetivo à formação de direito e pretensão a ele relativo. Nela a expectativa é puramente psíquica. O direito à aquisição de direito é sombra da promessa, assim como o fato que é degrau para a aquisição também produz sombra, mas só a primeira já é direito. No último caso está a expectativa de aceitação de oferta. O suporte fático está incompleto. É diferente o direito expectativo, defluente do art. 125, do CC atual (art. 118, no anterior).

Art. 125. Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

O direito-efeito do negócio só advirá uma vez implementada a condição, mas já existe direito a adquirir direito, portanto há expectativa protegida ou direito expectativo – ou direito eventual, como está no art. 130.

A oferta sem aceitação cai no vazio. É somente psíquica a expectativa também do ofertante. O mesmo se passa com o possível herdeiro. Neste caso, diferentemente de Pontes de Miranda, Roubier (1963: 418) faz diferença com o herdeiro reservatário, ou seja, o herdeiro necessário, reconhecendo-lhe direito eventual, condição jurídica não compartilhada pelo herdeiro colateral, que pode ser excluído da herança por disposição testamentária, e pelo simples legatário, haja vista a revogabilidade do testamento. Mas, no herdeiro fideicomissário e no herdeiro substituto também Pontes de Miranda (1955: 293) vê direito expectativo.

A expectativa pode ser de algo que seja: a) jurídico; b) fático e jurídico; c) predominantemente fático; d) exclusivamente fático. Somente as duas primeiras expectativas são juridicamente protegidas. A diferença entre a primeira e a segunda é que, naquela, o fato esperado (a tradição do que foi comprado, por exemplo), é dado comum ao mundo fático e ao mundo jurídico e é tido como fato certo; na segunda, o fato esperado é incerto e pode pertencer ou não ao mundo jurídico (Pontes de Miranda, TDP, 5: 295). É o caso do sinistro, dado do mundo fático, que dará nascimento à pretensão e ação do segurado; ou do vício oculto, que, uma vez que se manifeste, dá lugar à pretensão restitutória.

O direito expectativo incorpora-se ao patrimônio do sujeito, podendo ser objeto de negócios jurídicos, inclusive penhorado, arrestado, executado ou sofrer restrições<sup>53</sup> (Pontes de Miranda, 5: § 545, 1).

**2.2.2.1. Direito a uma indenização *pendente eventu*.** Uma vez que o direito eventual pode surgir da existência de condição, confundir-se-ão direito eventual e direito condicional? Ou a condição é uma das fontes apenas de direito eventual?

Roubier (1963: 419) questiona o valor prático do conceito de direito eventual, vendo sentido em diferenciá-lo da condição tão-somente porque no direito francês a condição é retroativa. Com efeito, o art. 1.179, do CCF, dispõe que a condição, uma vez ocorrida, produz efeito retroativo ao dia em que foi contratada,<sup>54</sup> e o art. 1.183 equipara a

---

<sup>53</sup> Nesse sentido, duas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: 1) AÇÃO CAUTELAR DE ARRESTO. COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO DE BEM MÓVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE ARRESTO DE BEM ALIENADO COM CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMÍNIO. Mostra-se juridicamente possível o pedido de arresto de bem alienado mediante contrato de compra e venda com reserva de domínio, pois, a medida recai, não sobre a propriedade, tendo em vista que o adquirente ainda não a possui, mas, sobre o seu direito expectativo de aquisição da titularidade da coisa vendida. Apelo provido para desconstituir a sentença. (Apelação Cível Nº 70004176343, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Armando Bezerra Campos, Julgado em 12/06/2003). Internet: [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php). 2) CONSÓRCIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. QUITAÇÃO DO CONTRATO. VEÍCULO VENDIDO À TERCEIRO. NEGATIVA DE LIBERAÇÃO DO BEM PELA ADMINISTRADORA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRA DÍVIDA DO CONSORCIADO E DE PENHORA DO BEM. BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. Quitado o contrato, não é lícito à administradora de consórcio deixar de fornecer a carta de liberação do bem alienado fiduciariamente (veículo automotor), sob os argumentos de existência de outra dívida do consorciado e penhora do bem. Somente a quitação/liberação viabilizaria a penhora do bem, que, até então, poderia recair, apenas, sobre o direito expectativo. Presume-se a boa-fé do terceiro adquirente de veículo quitado. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS CONSOANTE APRECIÇÃO EQÜITATIVA. APLICAÇÃO DO ART. 20, §4º, DO CPC. Apelação não-provida. (Apelação Cível Nº 70004154472, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 28/11/2002). Internet: [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php).

<sup>54</sup> Art. 1179. *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.*

inexistente o ato atingido por condição resolutória.<sup>55</sup> Não fosse pela disciplina legal, Roubier entende que o direito eventual é assimilável à condição, variando apenas a natureza do fato condicionante: inteiramente acidental no direito eventual e voluntariamente estipulado pelas partes na condição.

Examinemos primeiro a retroatividade da condição.

O Código Civil alemão seguiu orientação diversa do francês, instituindo que a eficácia do ato sob condição suspensiva é simultânea com a realização da condição.<sup>56</sup> A divergência tem origem em interpretações de diferentes textos romanos.

No Brasil, o Código Civil de 1916 não foi explícito quanto ao ponto, o que ensejou dissenso doutrinário. Bevilacqua (1976: 235) admitiu o efeito retroativo, menos nos contratos reais, que só se concluem com a entrega do objeto. Assim também Carvalho de Mendonça, M. I. (1956: 237), em relação aos contratos translativos do domínio, haja vista a necessidade de tradição. Carvalho de Mendonça arrola atos jurídicos incompatíveis com a aposição de condição: a aceitação e a renúncia de herança, a aceitação de oferta e qualquer ato do direito de família (*ob. cit.*, p. 224). Para Orlando Gomes (*Teoria*, 1998: 398) o efeito da condição é necessariamente *ex nunc* nas obrigações de fazer, porque não se pode retroagir sobre o que ainda não foi feito, enquanto que nas obrigações de dar é aceitável a

---

<sup>55</sup> Art. 1183. *La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opera la revocation, de l'obligation, et qui remet les choses au meme etat que si l'obligation n'avait pas existé. (...).*

<sup>56</sup> § 158. *Condición suspensiva y resolutoria. . Si un negocio juridico se celebra bajo una condición suspensiva la eficacia hecha depender de la condición, se produce com el cumplimiento de la condición. 2. (...).*

retroatividade, conforme a natureza da relação jurídica ou se não foi previsto o efeito *ex nunc*.

O Código Civil de 2002 inovou relativamente às obrigações de execução continuada ou periódica. Nesses casos, a condição resolutiva sobrevinda não tem eficácia sobre os atos já praticados, desde que eles sejam compatíveis com a condição estipulada e com a boa-fé (art. 128). Foi expressamente instituído, para tais obrigações, o regime da irretroatividade da condição, em termos dispositivos, uma vez que o preceito admite disposição contratual em contrário.

No mais, certas regras de proteção ao legítimo interesse do credor condicional acabam por temperar os dois regimes, da retroatividade e da irretroatividade, tornando-os praticamente convergentes: as medidas de conservação do direito condicional (art. 130), a presunção de se ter verificado a condição, que sanciona o obstáculo malicioso ao seu implemento (art. 129), bem como a transmissibilidade do crédito condicional, por negócio *inter vivos* ou *mortis causa*.

Comparando direitos condicionais e direitos eventuais, verifica-se que há em comum entre eles que os seus efeitos são subordinados a eventos futuros e incertos. Todavia, esse evento é externo ao negócio nas condições, enquanto que lhe é inerente no direito eventual. No direito condicional, o fato condicionante é acrescentado ao negócio pelas partes, conforme a sua conveniência e vontade. No direito eventual, uma das partes fica à mercê da ocorrência do fato condicionante, sujeitando-se às suas conseqüências como

fatalismo. Em outras palavras, o elemento faltante é essencial no direito eventual e accidental ou acessório no condicional (Serpa Lopes, 1988: 361).

O art. 121, do CCB, ressalta o elemento volitivo.

Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

A condição é elemento accidental do negócio jurídico e aposto exclusivamente por vontade das partes. O voluntarismo é que dá ensejo à controvérsia da retroatividade, o que resta claro imaginando-se que a condição não existisse: o fato ocorrido não teria qualquer impacto sobre o negócio. Foi a estipulação que o tornou jurígeno. Existindo a estipulação, o direito da parte fica condicionado à verificação do evento. Portanto, é direito eventual.

Outra hipótese de direito eventual é quando um direito é dependente de fato incerto, cuja ocorrência não depende de estipulação negocial. Assim é no seguro e nos vícios das coisas e dos serviços. No seguro, o sinistro determina se haverá pagamento da seguradora. Se ele não ocorrer, o segurado nada receberá materialmente em razão do contrato. No vício, o seu aparecimento determinará uma responsabilidade adicional ao alienante ou prestador, uma vez que, embora já tenha cumprido a prestação, terá que responder pela sua utilidade. Nesses casos, não há lugar para a retroatividade, pois a responsabilidade só se desdobra a partir da ocorrência do fato.

O titular de direito expectativo não poderá exercê-lo enquanto não sobrevier o fato-termo. Mas como direito já tem, cumpre examinar que posição jurídica ocupa e quais os poderes correlatos.

O direito expectativo tem por objeto um direito futuro. É uma situação análoga à que alguns autores chamam de um direito sobre outro direito.

A figura do direito sobre direitos tem lugar, segundo Manuel de Andrade (1983, I: 197) toda vez que uma pessoa tenha poderes para influir ou atuar sobre um direito preexistente, dando lugar a um direito dominante e outro dominado, sendo que os poderes incidirão sobre o direito mesmo e não sobre o seu objeto. São exemplos dessa situação o usufruto de crédito (art. 1.395, CCB) e o penhor de crédito (art. 1.451 e ss, CCB).

A figura de direitos sobre outros direitos é absurda para Carnelutti (1942: 236), pois que objeto de um interesse só pode ser um ente e não uma relação. No usufruto de crédito, o verdadeiro objeto é a coisa em que consiste o objeto do crédito, que fica atribuído a dois sujeitos distintos, cujos direitos não existem *in solidum*, mas em conflito, de modo que o direito de um limita o direito do outro. O mesmo se dá com o penhor de um crédito. Portanto, para Carnelutti, não há direitos sobrepostos, mas direitos em paralelo.

Sobrepostos ou em paralelo, a analogia a fazer com o direito eventual reside em que há um concurso de direitos, ambos se reportando ao mesmo interesse. No usufruto e no penhor de crédito, há simultaneidade, quer sejam entendidos como direitos sobrepostos,

quer como paralelos. No direito eventual, há sucessividade. O direito expectado só existirá após o advir do elemento capaz de fazê-lo nascer.

Pontes de Miranda (52: § 5.483) afirma que é de direito expectativo a posição jurídica do devedor fiduciário.<sup>57</sup> Também Moreira Alves (1973: 155) sustenta que a situação jurídica do alienante na alienação fiduciária em garantia é de direito expectativo relativamente à recuperação da propriedade.

Portanto, a posição jurídica do titular de direito expectativo é a de quem tem direito a um direito futuro, cuja existência é incerta – direito, pois, que é eventual, pois depende de vir a existir suporte fático futuro.

Nenhum poder deflui do expectativo que não o de assegurar a própria situação expectante. Poder defluente do direito expectado só existirá após a emergência do fato transformador.

**2.3. Enunciados performativos.** A garantia é eficácia do negócio jurídico, mas se concretiza de modo peculiar, pois não depende de nenhum ato de adimplemento. A garantia é um enunciado jurídico performativo.

Os enunciados lingüísticos, em sua maioria, descrevem fatos ou ações. Outros, porém, realizam por si próprios o conteúdo que comunicam. Os primeiros são enunciados

---

<sup>57</sup> Também adverte que a compra e venda de coisa alheia é apenas eficaz enquanto o vendedor não se transforma em dono, discrimine conceitualmente valioso, pois evita que se confundam direito expectativo e ausência de simples espera de elemento eficaz (PONTES DE MIRANDA, ob. loc. cit.).

constatativos e estes, enunciados performativos. Essa nomenclatura foi criada pelo filósofo britânico J. L. Austin<sup>58</sup>. Segundo Austin (1975), certas palavras ou enunciados têm a propriedade de expressar ações concretas, não apenas de descrever ou constatar alguma coisa. Ele menciona entre seus exemplos a frase “Batizo este navio com o nome de *Queen Elizabeth*”, pronunciada enquanto uma garrafa de champanhe se estilhaça contra o casco. O ato de batismo resulta da enunciação do verbo, que carrega em seu significado o efeito desejado. Os enunciados constatativos são verdadeiros ou falsos, enquanto que os performativos são eficazes ou ineficazes.

Certas palavras são ainda mais explicitamente performativas, pois contêm um significado inequívoco por si próprias, tais como “aposto”, “prometo”, “levo”. Os enunciados explicitamente performativos se caracterizam, especialmente, por verbos em que “dizer é fazer”. A sua simples enunciação converte uma intenção em ação.<sup>59</sup>

A transposição dos enunciados performativos para o direito foi objeto de investigação de Carlos Ferreira de Almeida<sup>60</sup> (1992: 121 ss). A performatividade dos enunciados jurídicos consiste na correspondência entre o significado e o efeito de uma declaração. O autor cita certas palavras que produzem de pronto os efeitos almejados pelo

---

<sup>58</sup> John Langshaw Austin (1911-1960) tornou-se professor de filosofia depois de trabalhar no serviço de inteligência britânico durante a segunda guerra mundial. A maioria dos seus textos foi publicada postumamente, resultado do trabalho de coleta de suas aulas e conferências feitas por alunos. Assim foram editados *How to do thing with words* e *Philosophical papers* (ambos de 1961) e *Sense and sensibilia* (1962).

<sup>59</sup> Já Leibniz, nos *Novos ensaios sobre o entendimento humano*, dizia que, por vezes, “as nossas idéias e os nossos pensamentos constituem a matéria dos nossos discursos e perfazem a própria coisa que se quer significar (...), às vezes se fala mesmo das palavras materialmente, sem poder nesse momento preciso colocar a significação no lugar da palavra” apud “Os pensadores”, 1992: II: 21).

<sup>60</sup> Almeida cita diversos autores que se dedicaram ao tema, reputando como a obra mais completa a de Legault, *La structure performative du langage juridique*, sem completar a referência. Outros autores citados por Almeida são: Hedenius, Amsseleck, Castanheira Neves, Cristophe Grzegorzcyk, Tatarella, Broekman, Olivecrona, Kalinowski, Sourieux/Lerat, Carrió, Guastini, De Greef, MacCormick/Bankowski, Kerchove, Bailas, Garstka, Ángela Säcker e Maiorca.

ato jurídico. É o que acontece na colocação em vigência de uma lei (“decreto”, “promulgo”) ou na decisão de um processo (“condeno”, “absolvo”). Também as declarações de vontade negociais podem produzir efeito direto, como em “proponho comprar-lhe...”, em que a vinculatividade da oferta decorre imediatamente da enunciação verbal.<sup>61</sup>

A maioria dos enunciados jurídicos (mantendo a dicotomia de Austin) são constatativos, vale dizer, eles não produzem efeitos imediatos por si próprios. Como regra geral, os efeitos jurídicos – que são a finalidade das declarações negociais e que, em última análise, tendem à mudança de situações de fato – só são obtidos em momento posterior. No direito das obrigações, o momento posterior é o do cumprimento. Só então, via de regra, os efeitos desejados são alcançados, uma vez que as declarações de vontade não modificam o mundo dos fatos, apenas criam direitos e deveres. Para que um enunciado jurídico seja performativo, é necessário que, ao seu significado corresponda um efeito jurídico, segundo as regras jurídicas aplicáveis (Almeida, 1992: 132). Portanto, o significado lingüístico das palavras deve ser suficiente para a validade e eficácia de um ato no mundo jurídico. Assim, o governante ou o legislador decreta ou promulga uma norma jurídica ao enunciar que o faz; o juiz impõe ou não a sanção legal ao réu ao dizer que o condena ou o absolve. O *dizer* (“decreto”, “promulgo”, “condeno”, “absolvo”) é um *fazer* (efeito).<sup>62</sup> A palavra é suporte da eficácia.

---

<sup>61</sup> Para Almeida (1992: 131) a performatividade no direito pode compreender também linguagens não verbais, como a introdução de uma moeda numa máquina de venda automatizada.

<sup>62</sup> Almeida (1992: 133 ss) historia os estudos da relação da linguagem com os efeitos jurídicos, referindo Lessius, no século XVII (“*promissio et donatio sunt signa practica, efficientia id ipsum, quod significant*”); Henle, que percebeu o significado “constitutivo” de formas verbais como “compro”; Reinach, que observou que o ato social de aceitar realiza-se no próprio momento da sua execução; Forsthoff, que qualificou a sentença e a lei como “*atos constitutivos*”, que se executam “*na linguagem e pela linguagem*”.

Os efeitos devem ter congruência com a declaração. O significado de uma declaração negocial é aquilo que é compreendido pelo declaratário. Entre o significado e os efeitos de um negócio jurídico deve haver uma relação de conformidade, de tal modo que as mutações das situações jurídicas (efeitos) correspondam às funções do negócio. O significado, portanto, não é dado pelo declarante (Almeida, 1992: 181). Essa orientação está presente no CCB nas regras sobre interpretação: a ineficácia da reserva mental (art. 110), o valor declarativo do silêncio (art. 111), a prevalência da intenção sobre a literalidade da linguagem e a utilização de critérios interpretativos exógenos (boa fé e usos do lugar da celebração - art. 112).

Em correspondência aos enunciados lingüísticos constatativos e performativos, Searle (seguidor de Austin), classificou as regras jurídicas em regulativas e constitutivas, sendo que as primeiras antecedem os comportamentos visados e deles são independentes, e as segundas definem formas de comportamento.

Carlos Ferreira de Almeida fez a distinção jurídica essencial entre enunciados lingüísticos constatativos e performativos pela função: os primeiros têm função comunicativa; os segundos, função eficiente. Exemplifica com a oferta pública de contrato e com a promessa pública de garantia de qualidade. Naquela, não se produzem efeitos jurídicos definitivos imediatamente, pois há necessidade de adesão; nesta, os efeitos se criam de pronto (Almeida, 1992, 804 ss, 873 ss, 959 ss).

**2.3.1. Crítica aos atos performativos.** Posicionando-se contrariamente à teoria dos atos performativos – denominação que tachou de “lamentável inglesismo” – José de Oliveira Ascensão a considera “de uma inanidade completa” para fundamentar uma ciência normativa como o direito, embora tenha validade como escola de linguagem, uma vez que a intenção de produzir efeitos jurídicos é constitutiva dos negócios jurídicos. A áspera crítica de Ascensão tem por pano de fundo a tese de Ferreira de Almeida, que sustenta a realização de negócios jurídicos não só por declarações de vontade explícitas e completas, como também pelo que chama de enunciados, que seriam declarações incompletas, caracterizadas por uma unidade semiótica adequada ao negócio visado (Almeida, 1992: 1.099).

A crítica de Ascensão parece-nos exagerada, uma vez que o reconhecimento jurídico dos enunciados performativos de modo algum exclui a intenção na produção dos respectivos efeitos. Trata-se, em verdade, de um modo de eficácia dos negócios jurídicos, sem eliminar nenhum dos seus pressupostos de existência e requisitos de validade.

A discrepância de Ascensão ensejaria o debate aberto por Günther Haupt com a teoria das relações contratuais de fato, designação que Larenz converteu para conduta social típica,<sup>63</sup> e os autores em geral, ainda que sob outras denominações (comportamentos concludentes, atos existenciais, contato social)<sup>64</sup>, entendem como fatos geradores de efeitos negociais, apesar da falta de requisitos de validade dos negócios jurídicos. O assunto é

---

<sup>63</sup> Sobre o assunto, entre os autores consultados, Antonio Menezes Cordeiro (1992: 555 ss), Carlos Ferreira de Almeida (1992: 35), Clóvis do Couto e Silva (1973: 82), Emilio Betti (2003, I: 200 ss), Karl Larenz (1958: 58 ss), Manuel Carneiro da Frada (1994: 240 ss), Mário Júlio de Almeida Costa, (1994: 190 ss).

<sup>64</sup> A primeira expressão é empregada por Betti e por Flume, as duas últimas por Clóvis do Couto e Silva. Os fatos que servem de fonte às obrigações são diversificados em sua natureza. Explica-se pelo contato social o dever de proteção em determinadas situações, como a de um grupo de alpinistas – ou, para termos mais adaptados à nossa realidade, um grupo que se aventure numa “trilha” em lugar remoto. Nessas situações, os participantes do grupo assumem reciprocamente a posição de garante (Flume, 1992: 117).

tratado nas fontes das obrigações. Como observa Flume, a diversidade de casos que escapa às regras comuns aos negócios jurídicos não permite reduzi-los a um denominador comum, o que certamente concorre para explicar a diversidade terminológica. O que releva são os efeitos juridicamente reconhecidos a esses atos.

No caso que estamos tratando, a garantia dificilmente decorrerá de atos com deficiência de requisitos jurídicos negociais, ressalvadas situações escassas, como a do garante na trilha de aventura. Trata-se, pois, de reconhecer um modo automático de irradiação de eficácia, que pode ser bem compreendido com o auxílio conceitual dos enunciados performativos.

**2.3.2. Atribuição patrimonial por enunciado performativo.** A eficácia da garantia é transmitida *ipso verbo* pelo enunciado performativo, produzindo atribuição patrimonial imediata.

Eficácia “é irradiação do fato jurídico depois da incidência da regra jurídica no suporte fático” (Pontes de Miranda, 1970, V: 3). Essa irradiação se dá no espaço e no tempo. Nem sempre o produto da eficácia é perceptível aos sentidos. Nas obrigações, a relação jurídica, vista como totalidade, compreende um feixe de direitos, deveres, pretensões, ações, exceções e posições jurídicas, que têm uma “conexão de sentido” em seu conjunto, conforme a finalidade do vínculo. Este conjunto não é composto, exclusivamente, de fatos e acontecimentos sensíveis, mas também de “relações e situações que correspondem ao mundo da validade objetiva da ordem jurídica” (Larenz, 1958: 37).

Às vezes o fato jurídico é complexo, exigindo que todos os elementos fáticos necessários se realizem para a produção plena da eficácia. O surgimento sucessivo dos elementos do suporte fático complexo não demarca nova situação, não cria relação jurídica diversa da já existente, mas não pode ser ignorado ou relegado a uma significação jurídica nula (Pontes de Miranda, 1970, V: 5-6). O sucessivo surgimento de novos elementos no suporte fático vai transformando a eficácia. Assim acontece no seguro. A garantia passa a existir imediatamente com a celebração do contrato, mas a sua concretização é complexa, porque depende do advento do sinistro. A atribuição patrimonial em que a garantia consiste, porém, se dá desde o primeiro momento.

No mesmo sentido leciona Torquato Castro. A qualificação operada pela norma sobre o sujeito, o objeto e a posição do sujeito no âmbito de uma situação jurídica “é de ocorrência imediata ou instantânea, isto é, dá-se no momento exato em que, verificado o fato, a norma incide”. Tudo o que vem depois já não pertence ao momento ideal da incidência, mas ao da sua aplicação (Castro, 1985: 67).

São diversos os sentidos de atribuição, variando, inclusive, conforme os ramos do direito. Pode falar-se de atribuição como competência (direito administrativo), como encargo (direito do trabalho), como crédito (direito das obrigações). Uma atribuição pode ter natureza patrimonial ou não. A emancipação outorga capacidade ao emancipando, o casamento muda o estado civil dos nubentes: são atribuições extrapatrimoniais. A aposentadoria outorga ao aposentado o direito à percepção dos proventos. É atribuição patrimonial de direito administrativo. O crédito é atribuição patrimonial de direito das obrigações.

Nas obrigações de dar, a atribuição consiste em transferir a propriedade do bem objeto da obrigação ou transmitir a sua posse para o uso devido. O cumprimento da obrigação, nesses casos, passa-se no plano do direito das coisas, conforme o conceito de separação de planos. Em outras obrigações, dar pode ser mero consectário do fazer, prevalecendo nesta modalidade a natureza do cumprimento. Assim quando o escritor escreve um livro, devendo entregar a obra a um editor. A entrega (dar) não poderá existir sem o fazer (escrever). Na cessão de crédito, o ato de cessão é adimplemento da obrigação de dar, não obstante a sua imaterialidade. Clóvis do Couto e Silva(1976: 103), lembra esses exemplos, registrando que por vezes as obrigações de dar e de fazer aparecem relacionadas aos deveres anexos, mas sempre haverá atribuição patrimonial.

A garantia não é crédito, mas é direito subjetivo. A construção do conceito de direito subjetivo decorreu da abstração da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos (Pontes de Miranda, TA, § 4º., 1). A norma de direito objetivo incide nos suportes fáticos e confere uma vantagem a alguém. Essa vantagem é direito subjetivo e constitui uma atribuição patrimonial, que não precisa ser tangível. Diz Ascarelli: (1943: 94): “a atribuição patrimonial pode ser abstrata”.

Nos contratos (negócios jurídicos do direito das obrigações), a garantia é uma vantagem que decorre da norma de autonomia privada que passa a existir com a conclusão do negócio, e incide sobre o suporte fático que os próprios contratantes dispõem.

Pensemos agora na garantia que advém de negócio jurídico do direito das coisas – penhor, hipoteca e anticrese. A garantia – acessória, nesses casos – tem a finalidade de especializar bens no patrimônio do garante – o devedor ou um terceiro – para servir de lastro à execução forçada sub-rogatória se não houver o adimplemento da obrigação. Como expõe Clóvis do Couto e Silva (1976: 57, *passim*), nas garantias reais há negócio dispositivo de direito das coisas. A manifestação de vontade é dirigida diretamente para a constituição do gravame. Não há prestação, porque não se trata de contrato. Todavia, há a garantia. A eficácia almejada se alcança pelo finalismo da vontade. Há atribuição sem prestação. Imaginemos mais: que o imóvel gravado com a hipoteca seja vendido antes do vencimento da dívida garantida. O vendedor fica exonerado pelo fato de que não é mais proprietário. Nada prestou e nada terá que prestar, mas a garantia pesou sobre ele. Ela passa agora para o patrimônio do comprador, que não foi parte no contrato da dívida nem no negócio de garantia, mas que nela ficou sub-rogado. A garantia opera silenciosamente e é auto-sustentável. Não necessita da atuação do credor ou do devedor.

A expectativa jurídica do titular da garantia não corresponde a um dever de prestação imediata do garante. O objeto da expectativa é um evento não executável pelo detentor da responsabilidade. Não se constitui entre as partes uma relação imediata de débito e crédito, mas uma relação jurídica de responsabilidade pura, na qual a expectativa creditória (que só existe no plano mediato) funciona como razão (*Wofür*) da responsabilidade (Betti, 1953: 54).

Não é, porém, o mesmo fenômeno dos deveres de omissão contínua, tais como as obrigações de não fazer e o respeito aos direitos absolutos. Nesses há abstenção do devedor de obrigação relativa ou de todos frente aos direitos reais e de personalidade.

A garantia não se sustenta por ação nem por omissão. Ela se estabelece e se mantém como eficácia de negócio jurídico específico. É bem jurídico abstrato.

Agora à luz do conceito de performatividade, releiamos o que disse Pontes de Miranda (22: § 2.690, 68) sobre a imediatidade da garantia:

No contrato de seguro, o segurador assume o risco. O que era incerto para o segurado, que presta o prêmio, faz-se certo para ele e incerto para o segurador. O segurador é sujeito passivo de relação jurídica pessoal; não garante, assume; não é devedor condicional, é devedor, desde já, da certeza de não vir a ter danos. O segurador não é como o empenhante, nem como o hipotecante, nem, sequer, como o fiador; presta, desde já, a apólice, que é assunção de risco.

É o que está no art. 757:

Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga (...) a garantir interesse legítimo do segurado (...).

Com o advento do sinistro, o que antes era mera garantia (direito expectativo do segurado, responsabilidade do segurador) transforma-se em crédito do segurado e prestação

do segurador (a indenização). Pensar em dever de prestação antes do sinistro é ignorá-lo como fato jurídico indispensável à eficácia reflexa.

## Capítulo IV

### GARANTIAS DERIVADAS DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA DE BASE (GARANTIAS PRESTACIONAIS)

Passamos a examinar as modalidades de garantias.

Neste capítulo veremos todas as garantias que são derivadas de uma relação jurídica de base. Chamamo-las garantias prestacionais, porque visam assegurar a prestação em duplo aspecto – e por isso se em dois grupos: garantias relativas ao dever de prestação e garantias relativas ao conteúdo da prestação.

As garantias relativas ao conteúdo da prestação integram-se da garantia contra evicção e da garantia contra os vícios da prestação.

#### **1. Garantias relativas ao dever de prestação**

As garantias relativas ao dever de prestação compreendem as garantias acessórias e as garantias autônomas.

**1.1. Garantias acessórias.** As garantias acessórias compreendem as garantias pessoais e as garantias reais.

O tratamento que dispensaremos à matéria é sucinto, pois essa é a modalidade mais comum de garantias e não permitem controvérsias quanto à sua natureza jurídica. As dissensões doutrinárias em voga não dizem respeito às questões pertinentes ao nosso trabalho.

**1.1.1. Garantias pessoais.** No campo das garantias acessórias, encontramos apenas uma espécie: a fiança. Há outras modalidades de garantias pessoais que são autônomas, como veremos adiante.

**1.1.1.1. Fiança.** Como toda garantia pessoal, a fiança é meio vinculativo de terceiros à obrigação de pagamento do devedor. É disciplinada nos artigos 818 a 839, do Código Civil. O fiador garante satisfazer ao credor a obrigação assumida pelo devedor.

Caracteriza-se por não admitir interpretação extensiva, haja vista que é negócio jurídico benéfico (apesar de admitir remuneração do fiador).

Duas de suas características mais marcantes são o benefício de ordem e o benefício de divisão. Pelo primeiro, compreende-se o direito de fiador de exigir em primeiro lugar a execução dos bens do devedor. O benefício de ordem pode ser excluído se o fiador expressamente renunciá-lo ou se tiver se obrigado solidariamente com o devedor. Neste caso, descaracteriza-se a fiança como garantia, na forma do que expusemos no

capítulo anterior, uma vez que a solidariedade implica a assunção da dívida em nome próprio.

O segundo benefício aplica-se à fiança prestada por mais de uma pessoa. Entre os fiadores vigora o princípio da solidariedade, mas é admissível a pactuação da sua quebra, de modo que a responsabilidade pela dívida fica dividida os fiadores.

Uma vez paga a dívida, o fiador sub-roga-se nos direitos do credor para efeito de reembolso.

A fiança é negócio causal: sua causa é a dívida afiançada (Azevedo, 1986: 164). É inegável a sua acessoriedade, pois a nulidade do débito principal contamina a fiança (art. 824, CC).

**1.1.2. Garantias reais.** As garantias reais especializam móveis ou imóveis integrantes do patrimônio do devedor ou de terceiro, constituindo-se numa pré-seleção dos bens que o credor poderá executar em caso de inadimplemento.

Os direitos reais de garantia constituem título legal de preferência e os créditos reais preferem aos pessoais no CC (artigos 958 e 961). Em caso de falência, os créditos com garantia real são classificados em segundo lugar, inferiorizados apenas frente aos trabalhistas e acidentário-trabalhistas, superando até mesmo os tributários (art. 83, da Lei 11.101/2005).

**1.1.2.1. Hipoteca.** A hipoteca é garantia real que recai, geralmente, bens imóveis, podendo também ter por objeto os navios e as aeronaves. É instituto regulado no Código Civil, nos artigos 1.473 a 1.505.

É admitida a constituição de mais de uma hipoteca sobre o mesmo bem. Como direito de garantia, não impede a transferência da propriedade. Para sua eficácia perante terceiros, é exigido o registro no cartório da sede do imóvel. Pode ser constituída ou por disposição legal (art. 1.489).

Como típico direito de garantia, extingue-se com a extinção da obrigação principal ( art. 1.499, I).

**1.1.2.2. Penhor.** O penhor é direito real que incide sobre bens móveis, pois exige a transmissão de posse, com exceção do penhor rural, industrial, mercantil e de veículos. Para sua eficácia, é necessário o registro no cartório competente.

São modalidades de penhor, o penhor rural, o penhor industrial e mercantil, o penhor de direitos e títulos de crédito e o penhor de veículos. O primeiro incide sobre máquinas, instrumentos agrícolas, frutos e animais do serviço agrícola (penhor agrícola) ou sobre animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios (penhor pecuário). O penhor agrícola comporta garantia flutuante, pois quando recai sobre colheita pendente ou em via de formação, abrange a imediatamente seguinte em caso de frustração ou insuficiência da que foi dada em garantia (art. 1.443). O segundo tem como objeto bens (máquinas, instrumentos, animais utilizados na indústria e destinados à industrialização). O

penhor de direitos e títulos de crédito tem por objeto direitos suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis. O penhor de veículos onera os meios de transporte ou de condução.

**1.1.2.3. Anticrese.** Dos direitos reais de garantia, a anticrese é o de menor uso. Trata-se da cessão do direito, feita pelo devedor ou por outrem em favor dele, do direito de percepção dos frutos e rendimentos de um imóvel, que é entregue ao credor. O credor anticrético poderá, inclusive, arrendar o imóvel a terceiro.

**1.1.3. Garantias especiais.** Classificamos como especiais duas garantias reais que são mais fortes, de uso mais recente do que as tradicionais garantias pessoais e reais, e que recaem sobre os próprios bens em aquisição por meio de crédito: a propriedade fiduciária (art. 1.361, CC) e o *leasing* financeiro (Lei 6.099/74)<sup>1</sup>. Noronha (2003: 198) classifica-as como garantias reais impróprias ou supergarantias.<sup>2</sup> São de grande funcionalidade, instituindo uma espécie de penhor sem posse,<sup>3</sup> pois o devedor pode usar o bem, enquanto o credor reduz sensivelmente os riscos do crédito que concede porque tem poder de seqüela e posição preferencial no caso de insolvência do devedor. O credor torna-se proprietário apenas para efeito de garantia, ocorrendo uma transmissão da propriedade do bem em bases fiduciárias. Na propriedade fiduciária, o domínio do adquirente se resolve com o pagamento do preço. Em caso de inadimplemento, o proprietário fiduciário promoverá a

---

<sup>1</sup> A lei citada trata de arrendamento mercantil sob duas modalidades: o operacional e o financeiro. Este último tem a função de garantia.

<sup>2</sup> Gino Gorla já adotara a expressão supergarantia para significar a premunicação do credor além do simples inadimplemento, mas limitou o seu alcance à evicção e aos vícios (Gorla, 1960: 170).

<sup>3</sup> A alienação fiduciária em garantia foi desenvolvida pela jurisprudência alemã com base no constituto possessório para atender às conveniências do comércio jurídico (Larenz, 1969: 471). O penhor sem posse está hoje institucionalizado no direito brasileiro, como se viu pouco acima.

venda do bem, satisfazendo seu crédito com o valor apurado e restituindo eventual saldo ao devedor.

Também tem função de garantia a reserva de domínio, mas seu mecanismo é diverso da propriedade fiduciária, pois a propriedade do bem permanece com o vendedor enquanto o preço não é integralizado, caracterizando-se uma condição suspensiva. Na propriedade fiduciária há condição resolutiva.

**1.1.3.1. Alienação fiduciária em garantia.** A alienação fiduciária em garantia é “o contrato que serve de título à constituição da propriedade fiduciária” (Alves, 1973: 41), título que deverá ser registrado em cartório de títulos e documentos ou no registro imobiliário para que se constitua o direito real. A propriedade fiduciária é forma de garantia consistente na transmissão resolúvel pelo devedor ao credor do direito de propriedade.<sup>4</sup>

Sua introdução no direito brasileiro deu-se pela Lei 4.728, de 14/7/1965, cujo art. 66 foi modificado pelo Decreto-lei 911, 01/10/1969. Recentemente, houve modificação parcial do texto pela Lei 10.931, de 02/08/2004. O Código Civil de 2002 passou a disciplinar a propriedade fiduciária no art. 1.361 a 1.368.

A alienação fiduciária em garantia é negócio causal, conforme sustenta Moreira Alves (ob. cit., p. 76-78), pois a atribuição patrimonial que ela origina (transmissão da

---

<sup>4</sup> A propriedade fiduciária está inserida no CC como espécie de propriedade, o que mereceu a crítica de Noronha (2003: 199), pois não confere ao seu titular os poderes típicos do proprietário, devendo ser considerada mais propriamente como novo direito real sobre coisa alheia, tal como o penhor, a hipoteca e a anticrese. Todavia, difere desses institutos, nos quais a coisa dada em garantia efetivamente pertence ao devedor ou ao garante, o que não acontece na alienação fiduciária em garantia (Moreira Alves, 1973: 136).

propriedade) é feita exclusivamente com a finalidade de garantia. O adquirente fiduciário não goza das faculdades jurídicas próprias do domínio, sujeitando-se a “sofrer” as conseqüências da resolução. É protegido, porém, pelas ações reais que tutelam a propriedade (especialmente a busca e apreensão, uma vez que não é detentor da posse direta) e pelos interditos possessórios. De outro lado, não tem deveres em face do alienante. O alienante, por sua vez, torna-se titular de direito expectativo<sup>5</sup> à recuperação da propriedade - direito real, uma vez que o direito expectativo é da mesma natureza que o direito expectado (Alves, 1973: 152 ss).

O instituto, tal como introduzido no Brasil, discrepa da propriedade fiduciária do tipo romano (*fiducia cum creditore*) – negócio abstrato, em que o adquirente pode exercitar todos os poderes inerentes ao domínio, inclusive alienar o bem. Adotou-se em nosso país a propriedade fiduciária do tipo germânico,<sup>6</sup> em que a transmissão da propriedade serve apenas ao fim da garantia (Alves, 1973: 135).

A propriedade fiduciária é direito acessório, o que fica evidenciado, segundo Moreira Alves, porque: a) o valor da propriedade fiduciária é o mesmo do direito que ela garante; b) a propriedade fiduciária extingue-se simultaneamente com a extinção do crédito

---

<sup>5</sup> Nesse sentido a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “(...) Quitado o contrato, não é lícito à administradora de consórcio deixar de fornecer a carta de liberação do bem alienado fiduciariamente (veículo automotor), sob os argumentos de existência de outra dívida do consorciado e penhora do bem. Somente a quitação/liberação viabilizaria a penhora do bem, que, até então, poderia recair, apenas, sobre o direito expectativo. Presume-se a boa-fé do terceiro adquirente de veículo quitado. (...)”.Internet: [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php).

<sup>6</sup> A fidúcia é mais amplamente usada no direito alemão, o que é atestado pela cessão de crédito como meio de garantia. A cessão é feita sem comunicação ao devedor, em contrato que permanece reservado entre cedente e cessionário. O cessionário só poderá cobrar a dívida diretamente do devedor se o cedente não cumprir as suas obrigações. Entrementes, permanece como titular fiduciário do crédito cedido. Sobre essa mesma base jurídica é construída a figura da reserva prorrogada do domínio, situação em que o alienante sob condição suspensiva do pagamento do preço torna-se cessionário do produto da venda que o adquirente possa fazer antes quitar a dívida (Westermann, 1983: 178).

do proprietário fiduciário; c) em regra, ela acompanha a cessão do crédito; d) as exceções oponíveis ao direito de crédito afetam a propriedade fiduciária, mas o inverso não é verdadeiro (Alves, 1973: 146).

O objeto da propriedade fiduciária pode ser coisa móvel ou imóvel. As leis mencionadas e o CC somente se referem a coisas móveis, mas o Sistema Financeiro Imobiliário, criado pela Lei 9.514, de 20/11/1997, instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis.

**1.1.4. Leasing financeiro.** O *leasing* foi introduzido no Brasil como arrendamento mercantil, com a finalidade de propiciar benefícios tributários, ou seja, a dedução do valor do aluguel no Imposto de Renda da arrendatária, conforme a Lei 6.099/74, modificada posteriormente pela Lei 7.132/83. Também rege a matéria a Resolução 980/84.

O *leasing* é uma forma de financiamento. Conjuga elementos da locação, da compra e venda e do mútuo.

Comporta as modalidades industrial ou operacional (arrendamento mercantil operacional) e bancário ou financeiro (arrendamento mercantil financeiro). A primeira modalidade é praticada entre um locador-vendedor e seu cliente, normalmente com a intermediação de corretores. É uma forma de uso remunerado de bens alheios com opção de compra ao final do contrato. A segunda modalidade é a que interessa para efeitos do nosso estudo. O negócio é realizado com intermediação de instituição financeira. O arrendatário adquire bens com financiamento do banco, ficando com a opção de compra

mediante o complemento do preço. Se não fizer a aquisição, justificam-se os valores pagos a título de locação. Em caso de inadimplemento, a arrendadora (empresa de *leasing* ou autorizada a operar nessa modalidade) retoma o bem e adicionalmente pode executar o saldo devedor da operação financeira ou cobrar os valores relativos ao período de uso pelo arrendatário, como se de locação se tratasse. Nisso mostra-se severa a garantia, uma vez que o credor não está obrigado a vender o bem para ressarcir-se do empréstimo, como ocorre na alienação fiduciária em garantia. Ele pode ficar com o bem e ainda cobrar a dívida a descoberto (nesse sentido, as observações de Fernando Noronha, 2003: 208).

O *leasing* financeiro comporta a modalidade *lease back*, em que o arrendatário transfere ao banco bens de sua propriedade em garantia de dívida.

A Lei 10.881/2001 estendeu o *leasing* financeiro ao financiamento habitacional.

**1.2. Garantias autônomas.** Sob a rubrica de garantias autônomas reunimos o aval, instituo do direito cambiário, e as garantias do comércio internacional. A estas assim chamamos genericamente, compreendendo as várias garantias, prestadas especialmente por bancos, mas também por companhias seguradoras ou empresas de qualquer natureza, geralmente *holdings* de grandes companhias. Há em comum entre o aval e estas garantias a autonomia em relação ao crédito que visam garantir, a ponto de se afirmar que são negócios abstratos. Para efeito da sistematização que propusemos, não é decisivo defini-las como garantias causais ou abstratas, uma vez que, indubitavelmente, nasceram de uma relação jurídica de base. A técnica jurídica de autonomização ou abstração não lhes apaga a origem.

**1.2.1. Aval.** O aval é instituto do direito cambiário, que serve de garantia fidejussória aos títulos de crédito.<sup>7</sup> Com a incorporação da disciplina geral dos títulos de crédito<sup>8</sup> ao CC 2002, foi incluída a do aval. Segundo o art. 897, a obrigação de pagar corporificada em título de crédito pode ser garantida por aval. O avalista fica em situação jurídica equiparada à do devedor que indicar, subsistindo a sua responsabilidade ainda que nula a obrigação avalizada, a menos que a nulidade decorra de vício de forma (art. 899).

Duas questões pertinentes a discutir são se o aval constitui-se efetivamente em garantia e, em caso afirmativo, se é autônomo.

Pontes de Miranda (TDP, 35, § 3.984, 6) afirma que “não há garantia no aval”, pois “a sua sorte não está sempre ligada à sorte da declaração do avalizado”, dando como evidência que a nulidade ou ineficácia da obrigação avalizada não afeta a exigibilidade do aval, a não ser que haja vício de forma. E mesmo neste caso a contaminação não seria diretamente pelo vício formal, mas por falta de boa-fé do possuidor. A definição legal do art. 897 hoje não socorre a tese, mas o texto da lei pode conter incorreções conceituais. Mas há opiniões inequívocas em contrário: para Túlio Ascarelli, o aval tem exclusiva função de garantia (1943: 220); para Guido Rossi, é garantia cambiária típica (*apud* De Lucca, 2003: 191). Também Vivante (2003: 175): “aquele que *garante* por algum dos obrigados o

---

<sup>7</sup> Pela Lei Uniforme de Genebra, também o endosso tem função de garantia (art. 15: o endossante, *salvo cláusula contrário*, é garante tanto da aceitação como do pagamento da letra). O CC 2002 (art. 914), porém, inverteu a presunção (seguindo o modelo italiano, e assim colhendo a crítica de De Lucca – 2003: 277), razão pela qual deixamos de incluí-lo no texto, ao lado do aval, não obstante a regra seja dispositiva.

<sup>8</sup> O CC classificou os títulos de crédito pela forma: ao portador, à ordem e nominativos. Podem ser classificados pelo conteúdo (conforme Vivante, 2003: 153), e nesse caso alguns constituirão garantias, outros não: a) títulos que representam um direito real (conhecimentos de transporte, cautelas de penhor etc.); b) títulos que dão direito a uma prestação (letras de câmbio, cheques etc.); c) títulos que atribuem direitos diversos, como ações de sociedades anônimas.

pagamento da letra pondo nele sua firma, pratica um ato chamado aval” (grifamos). Aramy Dornelles da Luz não vê procedência na objeção, pois a exigência de avalista feita pelo credor é para aumentar a segurança de realização do crédito, não havendo sentido em pensar em mero gesto de solidariedade do avalista (Luz, 1996: 288). Também para Jorge Perrone de Oliveira é garantia cambiária, tal como expressa o art. 30, da Lei Uniforme de Genebra (Oliveira, 1996: 106). Também

Quanto à autonomia, é contestada por Fernando Noronha, para quem tal qualidade só existe na medida em que é indispensável para a confiabilidade necessária a um título de crédito, tanto que o avalista poderá opor ao credor as causas (não de nulidade substancial) mas de extinção da obrigação que não constituírem exceções pessoais do avalizado (Noronha, 2003: 192). Também Túlio Ascarelli afirma a acessoriedade do aval – embora, em paralelo, corrobore a sua autonomia.<sup>9</sup> Diz:

A função de acessoriedade do aval revela-se na sua dependência da validade *extrínseca* da obrigação do avalizado e no direito cambiário do avalista para com o avalizado, e para com aqueles que responderiam perante este; a sua autonomia revela-se na sua independência da validade *intrínseca* da obrigação do avalizado (Ascarelli, 1943: 220; grifos do original).

Parece-nos que a questão perde o sentido se as garantias foram consideradas na perspectiva da sua origem. Tanto as acessórias como as autônomas derivam de uma relação

---

<sup>9</sup> Conforme De Lucca (2003: 215), são princípios fundamentais do aval a autonomia substancial e a acessoriedade formal.

jurídica de base, fato inapagável para fins de verificação da correção das atribuições patrimoniais que autorizam. E nem é que desapareçam as diferenças entre garantias acessórias e autônomas. Trata-se de uma questão de grau. Assim como se faz – adequadamente – a distinção entre garantias acessórias tradicionais (podemos chamá-las de “garantias fracas”) com “supergarantias”, como faz Noronha, também se pode admitir uma categoria mais elevada de vigor nas garantias autônomas, apenas que estas são de natureza pessoal, ao contrário das garantias reais impróprias ou, como as denominamos, garantias especiais (alienação fiduciária em garantia e *leasing* financeiro).

Para Aramy Dornelles da Luz, o aval é garantia abstrata (Luz, 1996: 289), posição que nos parece concorde com a sua natureza cambiária.

O aval é garantia fidejussória semelhante à fiança, mas dela se distingue porque: é declaração unilateral de vontade, não é contrato; exige outorga uxória às pessoas casadas; é garantia autônoma, não é acessória; impõe solidariedade.

A solidariedade poderia retirar do aval a natureza de garantia, na linha do pensamento de Pontes de Miranda. Todavia, há duas razões em contrário: a) diferentemente da promessa de fato de terceiro, o avalista não assume obrigação de fazer (convencer o terceiro), mas sim de pagar (dar); b) a posição de solidariedade é reforço inerente ao vigor do instituto, não é posição jurídica unívoca, tal como se, ao invés de avalizar, o garante participasse da relação jurídica de base com o devedor.

**1.2.2. Garantias do comércio internacional.** As garantias bancárias internacionais surgiram no segundo pós-guerra e ganharam maior desenvolvimento no comércio mundial após a crise do petróleo em 1973. Sua concepção orientou-se no sentido de superar as deficiências das garantias reais e pessoais: aquelas padecem da lentidão natural do processo de execução e liquidação, e estas, apesar de mais imediatas na transformação em pecúnia, também oferecem dificuldades regulativas e operacionais.

Sua origem remontaria a cartas paternas ou de um padrinho tranquilizando um estabelecimento comercial quanto a dívidas feitas pelos filhos ou afilhados. Daí a designação de cartas de conforto, porque não tinham natureza jurídica, significando apenas um compromisso moral, sempre honrado, todavia. Essa prática introduziu-se nos negócios nos Estados Unidos, ainda com valor predominantemente moral, visando conferir confiança a um relacionamento entre pessoas ou empresas desconhecidas ou pouco conhecidas reciprocamente. O conteúdo das cartas de conforto conservou-se “esfumado” (Mazzoni, *apud* Cordeiro, 1993: 15), o que levou a jurisprudência norte-americana a tratá-las como *torts* quando originavam demandas. Passaram a ser conhecidas como *letter of intent* e ganharam divulgação pelo comércio internacional, e inclusive novas denominações: *lettre de patronage*, *lettre de parrainage*, *lettre d'apaisement*, *lettre d'intention* (França), *lettere di conforto*, *lettere di ptrocionio*, *ltere di patronage* (Itália), *comfort letter*, *letter of awaranness* (Inglaterra), *Patronatserklärung* (Alemanha), *cartas de conforto* (Portugal).

Historicamente, esse tipo de garantia é o sucedâneo prático de um depósito, sem os inconvenientes deste, mas com efeitos análogos, pois o banco terá que atender ao pedido de pagamento “de olhos fechados”, tendo o garantido que reembolsá-lo, com as comissões

convencionadas, com a mesma prontidão (Telles, 1991: 20). Foram denominadas de garantias autônomas - desde que Stammler (v. abaixo) se ocupou delas, em 1885 - por contraposição às garantias acessórias, uma vez que estas estão funcionalmente ligadas a um contrato principal e o seu regime será, portanto, o da relação jurídica principal. As garantias autônomas não ficam ligadas a uma relação creditícia básica.

A sua característica essencial carece de um designativo indiscutível, cuja falta se reflete em variedade nomenclatória. Uma primeira confusão, segundo crítica registrada em voto na CCI (Derains, 1985[?]: 280), é gerada pelos próprios bancos, com repercussão não apenas terminológica, mas conceitual. Muitas vezes nos contratos bancários são usadas as mesmas palavras para expressar conceitos inteiramente distintos. “Fiança” é empregada como sinônimo de “garantia”, e para enfatizar o vigor do instrumento, o contrato define que será acionável “por simples petição”, “sem (o devedor) poder diferir o pagamento” etc. Por isso, o voto em referência registra que tem sido feita uma distinção entre garantias condicionais, que seriam as documentárias, e incondicionais, caracterizadas “pela promessa do garante de pagar ao beneficiário o importe da garantia por sua simples petição”. Mas outras desinências têm grassado, ora atribuindo ao substantivo garantia um qualificativo relacionado ao seu modo de eficácia jurídica, (tal como em “garantia incondicional”, “garantia automática”, “garantia independente”), ora acrescentando-lhe um adjunto adnominal de cunho operativo (“garantia à primeira petição” ou à primeira demanda” etc.), que provém da cláusula contratual que permite a execução expedita.

Na literatura portuguesa parece que se consolidou a designação “garantia autônoma”. É esta, pelo menos, usada em comum por Menezes Cordeiro, Galvão Telles e

Matias, embora o primeiro use mais “cartas de conforto”, as quais o último entende basicamente como simples abonação (Matias, 1999: 60). Igualmente, entre nós, Vera Fradera (1991). Yves Poulet prefere a desinência de garantia automática, que retrata o objetivo do beneficiário de receber tão logo reclame o pagamento, o que poderá não ocorrer à primeira solicitação, uma vez que a garantia a esse título pode representar apenas uma presunção *juris tantum* de segurança pessoal não-acessória (Poulet, 1985: 46).

O primeiro a dar tratamento jurídico ao tema foi Rudolf Stammler, na obra *Der Garantievertrag: eine civilistische Abhandlung*, de 1885, divulgada por Enneccerus-Lehmann em língua latina na tradução espanhola *Derecho de obligaciones*, vol. II (1944). Outros autores se dedicaram à matéria: Francesco Benatti (*Garanzia, contratto di*. In *Novíssimo Digesto Italiano, Appendice, III* [1982]); Luciano Pontirolli (*Garanzia, contratti autonomi di*. In *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, vol. VI [1991], p. 348-376); Giuseppe B. Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*. In *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, publ. Piero Vendruscoli (1978), 3-38. Têm aplicação significativa em grande parte da Europa (Alemanha, França, Inglaterra, Itália, Bélgica, Suíça, Luxemburgo, Portugal). Nos Estados Unidos, usam-se cartas de crédito como instrumento de garantia, sistema diferente do europeu, em que o crédito documentário destina-se unicamente a respaldar o cumprimento da obrigação para efeito de pagamento, e a garantia o seu não-cumprimento (Poulet, 1985: 47).

Houve significativo desenvolvimento desse modelo na Alemanha, atestado pela jurisprudência, que tem um primeiro registro em 1908 - embora não seja muito freqüente,

em qualquer país, que os casos cheguem aos tribunais,<sup>10</sup> uma vez que se trata de um instrumento marcadamente mercantil e internacional, logrando soluções arbitradas.<sup>11</sup> O considerável histórico jurisprudencial alemão explica-se porque foram interpretadas como garantias certas declarações que respaldavam negócios de empresas de um mesmo grupo ou do sócio único nas sociedades unipessoais, aplicando-se a teoria da aparência e critérios muito próximos da doutrina do *disregard*. Foi com base nesses antecedentes que nos anos 60 consolidaram-se as *Patronatserklärung*.

Na Itália, a modalidade só chegou na metade dos anos 70, mas tiveram larga difusão. Revelou-se uma certa prudência em caracterizar as cartas como promessas efetivas de garantia, mas a classificação atualmente aceita não é muito diferente dos outros países, com a co-respectiva eficácia jurídica: cartas com conteúdo *débil* (uma sociedade comunica que conhece o débito de uma afiliada e que é sua política dar-lhe apoio), *forte* (a empresa declarante compromete-se em manter a solvabilidade da devedora e, se necessário, pagará por ela) ou *declarativo* (uma sociedade dominante declara ter participação societária na devedora).

Em Portugal, há ampla aceitação doutrinária, registrando-se trabalhos, além dos aqui diretamente utilizados, de Vaz Serra (*Fiança e figuras análogas*. Boletim do Ministério da Justiça, 71 [1957]); Ferrer Correia (*Notas sobre o estudo do contrato de garantia bancária*. Revista de Direito e Economia, VIII [1982] 2, 247-258); José Simões

---

<sup>10</sup> Menezes Cordeiro (ob. cit.) cita acórdãos de tribunais de Celle, Stuttgart, Supremo Tribunal Federal (Alemanha), Milão, Roma, Corte de Cassação (Itália) e de Portugal.

<sup>11</sup> Uma das cortes de maior conceito é a Câmara de Comércio Internacional ([www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)), que nessa matéria dispõe de um conjunto de regras para orientar as suas decisões, as “Regras Uniformes sobre Garantias Contratuais”, editadas em 1978.

Patrício (*Preliminares sobre a garantia “on first demand”*). Revista da Ordem dos Advogados 1983, 677-718); Mário Júlio de Almeida Costa e Antônio Pinto Monteiro (*Garantias bancárias: o contrato de garantia à primeira solicitação: parecer*. Colectânea de Jurisprudência XI [1986] 5, 15-34); Jorge Duarte Pinheiro (*Garantia bancária autônoma*. Revista da Ordem dos Advogados 1992, 417-465); Francisco Cortez (*A garantia bancária autônoma: alguns problemas*. Revista da Ordem dos Advogados 1992, 513-610); Manuel Castelo Branco (*A garantia bancária autônoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*. Revista da Ordem dos Advogados 1993, 61-83). Também são denominadas garantias à primeira exigência, à primeira interpelação ou à primeira demanda.

São sujeitos dessas relações jurídicas: o ordenador - uma empresa interessada na realização de um certo negócio (compra, venda, execução de obra etc.) e que é suscitada a apresentar a garantia; o garantidor – geralmente um banco (pode ser uma companhia seguradora a *holding* do ordenador) que tem relações comerciais com o ordenador, possivelmente da mesma nacionalidade; o beneficiário – uma empresa de outro país (possivelmente compradora ou vendedora) ou mesmo um país que contratará a realização de uma obra e que, em caso de inexecução do ordenador, solicitará a prestação da garantia; um contragarantidor – uma companhia de seguro que cobrirá os prejuízos decorrentes de execução arbitrária da garantia ou contra riscos políticos, conforme as condições de estabilidade do país interessado. A contragarantia pode consistir numa inversão de papéis: um banco ou uma companhia de seguros do país e das relações do beneficiário assume o papel imediato de garantidor, ficando o garantidor originário como contragarantidor automático (Desmet, 1985: 107; Pouillet, 1985: 117 ss).

As garantias fornecidas (geralmente) por bancos no comércio internacional não podem ser reduzidas a uma figura unitária, e a tarefa de sistematizá-las é empreendida por critérios diferenciados.

Menezes Cordeiro reproduz classificação francesa, que leva em conta a natureza do vínculo estabelecido pelo texto da garantia: cartas que não contém vinculações propriamente jurídicas, no máximo obrigações naturais; cartas com promessa de obrigação de meios; cartas com promessa de obrigação de resultado; e cartas que instituem verdadeira obrigação de pagamento em lugar do devedor (Cordeiro, 1993: 34). Também classifica as garantias conforme o seu teor em fracas, médias e fortes (ob. cit., p. 69). Vera Fradera, levando em conta a tipologia, faz classificação em duas espécies: garantia à primeira demanda (uma espécie de título auto-executivo) e *lettre de garantie internationale* (menos enérgica do que a anterior), subdividindo a segunda em *bid bond* (garantia de manutenção de oferta), *performance bond* (contra o inadimplemento) e *repayment bond* ou *advance payment bond* (reembolso de valores pagos adiantadamente, geralmente nos contratos de empreitada) (Fradera, 1991: 245-247).

A melhor exposição que encontramos a esse propósito é a de Yves Poullet. Inicialmente, ela classifica as garantias conforme as suas finalidades relacionadas aos cronogramas de contratação e execução de obras ou à iniciativa negocial : a) garantia de licitação e de oferta, que cobre a falta do ordenador ao cumprimento das condições de licitação, à revogação de uma oferta unilateralmente feita por ele, ou à desistência do negócio; b) garantia de reembolso de sinal, para o caso de o ordenador deixar de reembolsar

adiantamentos feitos pelo beneficiário, conforme as exigências do contrato; c) garantia de boa execução, conhecidas em alemão como *Leistungs* ou *Lieferungsgarantie* e em inglês como *performance bond* ou *performance guarantee*, que se refere ao risco de que o ordenador não realize devidamente a prestação devida; neste caso, a garantia pode consistir na contratação, pelo garantidor, de uma *bonding company* que irá completar a obra, ou na indenização dos prejuízos; d) garantia de retenção (*retention money bond*), empregada principalmente para contratos de engenharia civil, de fábricas prontas ou edifícios, assegura ao executante o pagamento completo do preço quando o cliente retém, contratualmente, uma parcela do valor da obra (geralmente 5%) até a verificação final da conformidade; ou durante um período inicial de funcionamento, para se certificar da inexistência de defeitos (*maintenance bond*) (Poullet, 1985: 37-40).

Os interesses que se colocam em jogo são basicamente os seguintes: o beneficiário quer receber o que lhe é devido, mesmo que o ordenador não cumpra as suas obrigações; o ordenador não quer se obrigar a pagar se entender que cumpriu as suas obrigações; o garantidor deverá honrar a garantia sem se envolver nos eventuais conflitos emergentes da relação comercial entre beneficiário e ordenador. A efetivação da garantia, para o banco, equivale a um saque a descoberto (Desmet, 1985: 107),<sup>12</sup> ao passo que para beneficiário o que interessa é a cobertura do risco. Por isso, o protótipo executório que lhe convém é a chamada garantia à primeira demanda, à primeira solicitação ou garantia automática – denominações que se equivalem e que traduzem a obrigação do garantidor em efetivar a garantia permanecendo alheio às vicissitudes da relação de base, desde que o beneficiário a

---

<sup>12</sup> No mesmo sentido, Cremades (1895: 213), afirmando que a expectativa do beneficiário é que a garantia lhe ofereça o mesmo automatismo que um pagamento de depósito em moeda.

requisite. Portanto, o pagamento de qualquer uma das garantias classificadas acima pode ser efetivado em face da primeira demanda do beneficiário. Para redução do risco de uma demanda arbitrária, em alguns casos a garantia pode ser documentária, sendo executável somente mediante a apresentação de um laudo arbitral ou pericial, a cargo do beneficiário (Pouillet, 1985: 49). Exigências dessa ordem atinentes aos crescentes riscos de abusos nas demandas de pagamento, acabam por descaracterizar aquele que era o traço marcante dessas garantias, ou seja, o seu automatismo (Mazzoni, 1985: 236).

De qualquer sorte, trata-se de um “negócio muito enérgico” (Cordeiro, 1993: 57), com uma “eficácia temível” (Derains, 1985 [?]: 274), especialmente na modalidade *liquidated damages*, que importa a indenização integral de prejuízos, podendo ser combinada com uma cláusula penal alternativa.

O caráter drástico da garantia levanta cuidados de parte de quem a emite, uma vez que o banco se expõe aos interesses do ordenador, seu cliente, e do beneficiário. E o fato de não serem passíveis de discussão as razões do pedido de cobertura, pode abrir o flanco a abusos ou, até mesmo, a negócios ilícitos ou inequitativos (Velu: 1985: 175) ou colocar em xeque a moralidade do contrato (Wald, 1987: 67). Por consequência, várias defesas do ordenador e do garantidor passaram a ser admitidas na França, na Itália, na Suíça, na Bélgica e na Alemanha, especialmente quando há sérios indícios de abuso de direito, fraude ou má-fé do beneficiário, ou quando há sérios riscos de não ser restituída a garantia em caso de verificação final de improcedência da demanda de pagamento (Wald, 1987: 69-76), o que acaba por reduzir a autonomia da garantia ou, mais do que isso, compromete o seu caráter abstrato, quando assim é entendida.

**1.2.2.1. Atipicidade.** Em geral, essas garantias – via de regra bancárias<sup>13</sup> - não têm previsão legal nos ordenamentos jurídicos nacionais.<sup>14</sup> Conservam-se atípicas, fruto exclusivo da autonomia privada, que, na opinião de Galvão Telles (1991: 33), serve-lhes de suficiente suporte jurídico. A sua aparente fragilidade teórica, decorrente da atipicidade, é superada pela solidez do garantidor. Uma vantagem adicional é que fornece segurança nas transações entre pessoas e instituições que não se conhecem entre si, mas que são respaldadas nas praças de origem em vista de suas relações locais (Cordeiro, 1993: 46).

O negócio tem efeitos plurilaterais, mas forma-se bilateralmente entre ordenador e garantidor, com estipulação em favor do beneficiário, ou unilateralmente, mediante declaração do garantidor ao beneficiário.

Embora conceitualmente sejam autônomas, muitas vezes essas garantias assumem papel acessório em função da sua particular configuração, o que vai depender fundamentalmente do texto da garantia. A variabilidade de apresentação dessas garantias é devida ao seu manejo predominantemente comercial e freqüentemente atécnico do ponto de vista jurídico. Como frisa Pouillet (1985: 107), a origem e configuração das garantias

---

<sup>13</sup> Quando se usa, nesse caso, a expressão “garantia bancária”, faz-se uma elipse, porque as garantias bancárias são de três espécies: (a) garantias fornecidas pelos bancos aos seus financiadores: outros bancos ou um banco central; (b) garantias dadas pelos clientes para segurança dos créditos fornecidos pelo banco; (c) garantias dadas pelos bancos a favor de terceiros, a pedido dos clientes (Matias, 1999: 20). É desta última espécie que se trata aqui.

<sup>14</sup> Vera Fradera (1991: 242), citando Mirella Viale, refere a existência de disciplina legal nas antigas Tchecoslováquia, República Democrática da Alemanha e na Iugoslávia. Vaz Serra propôs incluí-las no Código Civil português, mediante dois artigos apenas, o primeiro prevendo a possibilidade de que uma pessoa responda pelos riscos de outra num empreendimento, e o segundo, sujeitando o negócio, chamado de contrato de garantia, às regras gerais dos contratos e às do que lhe fosse análogo (*apud* Cordeiro, 1993: 51).

bancárias é a prática internacional dos negócios é a vontade das partes, mas não chegou a se formar um “costume internacional”. Rendendo-se à realidade heterogênea, as Regras Práticas e Uniformes da Câmara de Comércio Internacional estipulam, em termos genéricos e abrangentes: “Essas regras se aplicam a toda garantia, caução, seguro ou compromisso semelhante, qualquer que seja sua denominação ou descrição” (*apud* Desmet, 1985: 113).

No âmbito interno dos ordenamentos nacionais, quando tais garantias são interpretadas, é comum que sejam tratadas analogicamente com figuras próximas, especialmente a fiança e o seguro. Nisso reside o risco de que se force uma assimilação, desprezando as cláusulas consideradas divergentes com a essência da figura paradigmática. Piorando a situação, os intérpretes tendem a considerar a infringência de normas imperativas, decretando a redução da garantia e, por conseguinte, descaracterizando-se. Com isso, na prática, e tolhida a liberdade contratual. Segundo Mazzoni (1985: 231), foi o que se viu na Itália.

No direito brasileiro, a aceitabilidade dessas garantias decorre dos princípios gerais dos contratos, especialmente a liberdade contratual (ar. 421), observados os requisitos de validade dos negócios jurídicos (art. 104), a boa-fé (artigos 113 e 422) e os limites do abuso de direito (art. 186), sob pena de responsabilidade (art. 927, *caput*),<sup>15</sup> e da possibilidade de

---

<sup>15</sup> No mesmo sentido, Vera Fradera (1991: 245), admitindo as garantias autônomas com base na boa-fé e na autonomia da vontade, observados os pressupostos de validade dos atos jurídicos em geral.

estipulações em favor de terceiro (artigos 436-440). No Rio Grande do Sul, uma decisão judicial admitiu a criação de garantias atípicas.<sup>16</sup>

**1.2.2.2. Negócio causal ou abstrato?** Quando Stammler teorizou o *Garantievertrag* entendia-se que se tratava de um negócio abstrato, o que na Alemanha não suscitaria maior questionamento, posto que muitas obrigações são abstratas e, ademais, reforçava a idéia de que a garantia pretendida fosse eficaz por si própria, independentemente de outro pressuposto (Cordeiro, 1993: 48).<sup>17</sup>

Essa concepção não foi totalmente abandonada, a se julgar pelas referências de uma decisão da CCI, de 1979, em que se afirma a abstratividade da garantia bancária (“*Os árbitros, baseando-se na natureza abstrata da garantia, decidiram que terá que ser paga imediatamente*”; “*Além das garantias tradicionais como a caução, a prática bancária criou uma forma particular de garantia pessoal, que hoje em dia é admitida geralmente pelos autores reconhecidos e pela jurisprudência: a garantia bancária abstrata*” – Derains, 1985[?]: 275 e 276, respectivamente). Também se sustenta que as duas construções – como garantia abstrata ou causal – são possíveis, apesar de ser mais

---

<sup>16</sup> “EMENTA. Responsabilidade por garantia solidária. O inadequado emprego da palavra "aval" em contrato sem características de cambiário ou cambiariforme não desnatura a substância da garantia prestada. Evidente que os garantes manifestaram a vontade de se obrigarem ao modo de avalistas. Vale a garantia, pois, como forma atípica, a que se aplicarão as regras reguladoras do aval, excetuadas aquelas cuja incidência seja impossível fora do direito cambiário. As normas legais e contratuais não se interpretam jamais de modo a favorecer o enriquecimento imotivado em detrimento do contratante de boa-fé. Assim, o co-garante que pagou ao credor tem direito a haver do outro a cota-parte a este correspondente na obrigação (...). Do voto: “... aval e fiança não esgotam as modalidades possíveis de prestação de garantia, que aliás, não se submetem a *numerus clausus*, nem a nomenclatura exaustiva. É perfeitamente possível, a partir da investigação da intenção real dos contratantes, como impõe a boa interpretação dos contratos, identificar-se a modalidade atípica de garantia solidária” (ACv 586015794, Rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício, in RJTJRS, 118/395 ss e [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud/result.php?reg=1](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=1)).

<sup>17</sup> Curiosamente, segundo Galvão Telles (1991: 27) prevalece atualmente na Alemanha o entendimento de que a garantia bancária é causal, enquanto que na Itália e na França pensa-se que é abstrata.

prestigiada, na Alemanha, a forma abstrata, por responder melhor às necessidades práticas (Pleyer, 1985: 156).

O que se pretende significar continua sendo: garantia não acessória. Em vista da imprecisão reinante, Pouillet (1985: 111) afirma que o caráter acessório ou autônomo da garantia dependerá do que o documento dispõe sobre a necessidade de prova efetiva da inexecução das obrigações do devedor garantido. No mesmo sentido, Kleiner (1985: 168): “Se a declaração de garantia não se refere à causa da obrigação, é qualificada de abstrata”. Evidentemente que a caracterização da acessoriedade ou não alterará o regime jurídico da garantia, regime que se depreenderá do seu texto (Wald, 1987: 67).

Por isso a divergência dos autores sobre a causalidade ou abstração do negócio. Para Galvão Telles, é negócio causal, não porque sua justificativa seja o contrato-base, uma vez que nessa lógica todos os atos jurídicos seriam causais, na medida em que se justificam originariamente. A causalidade, para ele, decorre da função de garantia do negócio, que fica explicitada no contrato. Nesse passo, em parte assemelha-se à fiança, que também é causal pela sua função de garantia, mas de outra parte dela difere, na medida em que a garantia bancária é autônoma, porque independe da validade e subsistência do contrato-base, enquanto que a fiança é acessória pela razão oposta (Telles, 1991: 27-28).

Para Bonelli, trata-se de negócio causal, em vista da sua função: efetuar “o pagamento de uma soma predeterminada (diretamente ou “per relacionem”) no caso de se verificar um risco para o beneficiário em consequência de um evento indicado na garantia bancária” (apud Cordeiro, 1993: 56).

Esta também é a conclusão de Matias (1999: 32), justificando que a garantia bancária autônoma só serve ao que consta no contrato, vinculando-se exclusivamente à prestação de garantia e com autonomia em relação ao contrato base, citando opinião de Giuseppe Portale,<sup>18</sup> no sentido de que é causal a garantia porque assim declaram as partes no contrato, fazendo referência à relação jurídica subjacente que a justifica.

Outros opinam pela abstração, como é o caso de Vera Fradera (1991: 247; Strenger, 1986: 153). Pleyer afirma que na Alemanha tais garantias são consideradas promessas abstratas de dívidas, porque privam o banco da exceção do enriquecimento sem causa, com base no § 821, do BGB (Pleyer, 1985: 156). Para Poulet, a discussão sobre causa ou abstração não é relevante, pois o que importa é saber se a garantia é acessória ou não, o que será definido pelos seus próprios termos (Poulet, 1985: 44).

## **2. Garantias relativas ao conteúdo da prestação**

Referem-se ao conteúdo da prestação as garantias tradicionalmente conhecidas como evicção e vícios redibitórios. A primeira protege o outorgado quanto aos aspectos jurídicos da transmissão da propriedade e da posse. A segunda visa resguardar o proveito do objeto da prestação: a utilidade e adequação da coisa ou do serviço. Portanto, há uma dupla proteção contra vícios: a garantia contra os vícios de direito e a garantia contra os vícios da coisa propriamente dita. A primeira recai sobre o vínculo jurídico, porque visa

---

<sup>18</sup> In *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*. Banca Borsa, XXXVIII, 171, *apud* MATIAS, 199: 32, nota 19.

assegurar o direito que se transmite. A segunda resguarda o objeto da prestação, assegurando a sua utilidade para o adquirente: a coisa móvel alienada deve prestar-se à sua finalidade intrínseca, sendo isenta de defeitos que lhe comprometam o uso ou a depreciação. Conforme Serpa Lopes (1991: 156), a garantia de evicção é assecuratória da posse pacífica e a de vícios redibitórios, da posse útil.<sup>19</sup> Esta segunda modalidade de garantia sofreu expressivas transformações em tempos mais recentes, sendo melhor designá-la genericamente como garantia contra vícios para assegurar a abrangência do seu significado.

As garantias contra vícios também são internas ao contrato, mas distinguem-se das acessórias, posto que não estão voltadas para o aspecto subjetivo do cumprimento do dever – o fato a ser realizado pelo devedor -, mas para o conteúdo econômico da prestação.

**2.1. Garantia contra os vícios jurídicos da prestação (evicção).** Pontes de Miranda (38: § 4.214, 157) esclarece a etimologia de evicção, que vem de *evincere* e tem correspondência em português no verbo *evencer*, significando vencer (ser evictor) pondo fora, no todo ou em parte, o direito do vencido (*evicto*). Há responsabilidade de quem, por defeito de titularidade, expôs à evicção o direito que tinha de adimplir.

Em Roma, a evicção se caracterizava quando o comprador perdia a posse do que comprara, mediante ação de terceiro, que provava ser o legítimo proprietário da coisa ou titular de direitos reais limitados sobre ela, como usufruto e penhor. Essa obrigação do vendedor era essencial, porque a compra e venda romana só obrigava a transmitir a posse,

---

<sup>19</sup> A garantia contra vícios redibitórios corresponde à preservação do *valor de uso* da coisa, conforme o sentido econômico dessa expressão.

não a propriedade (exceto nos tempos primitivos da compra e venda real, que tinha efeito imediatamente translático) , dependendo a aquisição de um modo próprio: *mancipatio* (que primitivamente operava a compra e venda real e que se conservou no período clássico, e até o pós-clássico, como modo derivado de aquisição da propriedade quirítária das *res Mancipi*), *in iure cessio* (modo derivado de aquisição da propriedade quirítária diante do magistrado, tanto das *res Mancipi* quanto das *res nec Mancipi*, que caiu em desuso no século IV d.C.) ou *traditio* (modo de transferência da posse com intenção de transmitir a propriedade, que remanesceu como único a partir de Justiniano, com o desaparecimento da *mancipatio* e da *in iure cessio*). Inicialmente, se ocorresse a evicção, o comprador só disporia de ação contra o vendedor se o seu direito decorresse de *mancipatio*, modo reservado aos cidadãos romanos ou latinos ou aos peregrinos detentores de *ius commercii*, que podiam recorrer à *actio auctoritatis* para obter condenação a pagamento em dobro do preço. Sendo outro o modo de aquisição, seria indispensável convencionar uma *stipulatio*, para que o vendedor se obrigasse a restituir o preço em dobro (*stipulatio duplae*) ou indenizar os prejuízos do comprador (*stipulatio habere licere*). A partir dos tempos de Trajano, a convenção se tornou dispensável, porque foi reconhecido ao comprador, à falta da *stipulatio*, o uso da *actio empti*, ação resultante da própria compra e venda, para compelir o vendedor a efetivar a garantia. No direito justinianeus, consolidou-se a proteção ao evicto pela *stipulatio* para obter o pagamento dobrado e pela *actio empti* para ressarcimento dos danos (Moreira Alves: 1995, II: 186). Por esse viés, objetivou-se a garantia.

Dos três modos referidos de aquisição da propriedade, somente a *traditio* chegou até nós.

A *traditio* exigia *iusta causa*, ostentando-se como *solutio* (pagamento) de contrato anterior justificante. Seria o contrato a *iusta causa*, nada obstante uma corrente de romanistas entendê-la como simples intenção recíproca das partes em alienar e adquirir (Moreira Alves: 1995, I: 310).

A garantia contra a evicção, antes convencional e depois assomando a estatuto legal, recaiu sobre a causa da obrigação.

No direito germânico também havia a garantia contra evicção, mas era evidente o fundo moral, pois o vendedor assumia a defesa do comprador frente ao reivindicante para não ser tomado como ladrão. Na evolução do instituto, foi considerado haver um “dever de limpamento” por parte do vendedor, que tinha de devolver o preço se perdesse o processo. O dever era de proteção do comprador, mas não era contratual e sim legal. A falta era delito penal. No último estágio chegou-se ao direito do comprador à indenização, quando se compreendeu que o vendedor tinha o dever de lhe *dar o direito* (poder jurídico) e não apenas a posse (poder fático). A concepção germânica de evicção do direito prevaleceu sobre a concepção romana de evicção da posse e foi consolidada no BGB e nos códigos civis da Itália e de Portugal. A substituição processual do comprador pelo vendedor tem origem germânica e foi acolhida já nas Ordenações Afonsinas (Pontes de Miranda, TDP, 38: § 4.215, 2).

**2.1.1. Aplicação e extensão da evicção.** A evicção ocorre mais frequentemente nas seguintes situações: (a) o devedor não é proprietário; (b) o devedor é proprietário, mas

não dispõe da posse, expondo o credor a ações possessórias; (c) o bem está onerado com direitos reais limitados; (d) o devedor só tem uso limitado do bem.<sup>20</sup> Há um conflito de situações jurídicas, prevalecendo o direito de terceiro sobre o do adquirente. O desate é judicial, salva transação ou renúncia. Conforme Bevilacqua (2000: 241), evicção “consiste na perda, total ou parcial, da posse de uma coisa, em virtude de sentença que a garante a alguém que a ela tinha direito anterior”.

A pretensão à responsabilidade pela evicção corresponde à garantia. A pretensão que nasce da evicção é “dívida de prestar pela evicção” (Pontes de Miranda: 38, § 4.214, 158). A pretensão à responsabilidade nasce com o vício no momento da tradição e persiste mesmo que a evicção não se dê.

O CC 1916, observava Pontes de Miranda (38: § 4.219), concebeu a pretensão à garantia como ação cautelar, porque o art. 1.107 enunciava “*será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção*”, porque “resguardar não é proteger (...), é acautelar” – não obstante o art. 1.109 tenha adotado redação consentânea com a imediatidade da garantia, ao atribuir de pronto direito ao evicto (“*tem direito o evicto...*”). O CC/2002 corrigiu a inadequação, dispondo que o “*o alienante responde pela evicção*” (art. 447). A eficácia derrama-se com o nascer do negócio em que a garantia vem inserida.<sup>21</sup> Por isso, embora só se possa “falar de evicção se houve evicção”, há, desde logo, a responsabilidade pela evicção, “se causa de evicção existe” (*rectius*, não é preciso que o direito evincente seja exercido, basta que possa sê-lo; Pontes de Miranda, *id.*, *ib.*). Por isso,

---

<sup>20</sup> Sob a vigência do CC de 1916, também era vício ser o devedor apenas enfiteuta (Pontes de Miranda, 38: § 4.214).

<sup>21</sup> V. abaixo, “eficácia performativa e garantia”.

o alienatário pode recusar a prestação juridicamente viciada e tem ação para que o alienante prove a inexistência do vício (Pontes de Miranda, 38: § 4.220). Já é eficácia da garantia, embora ainda não haja dívida pela evicção, que só virá se esta se concretizar. “Se causa de evicção existe, há pretensão do outorgado à responsabilidade pela evicção, embora ele continue de ignorá-la. O que ainda não existe é a ação de evicção” (Pontes de Miranda, 38: § 4.224).

Aplica-se a evicção aos contratos onerosos de alienação (compra e venda e troca) ou em que há alienação (transferência de fundo de comércio, incorporação e fusão de sociedades comerciais) e nos que implicam transferência de posse (a compra e venda de prédio locado, sem que desse fato tivesse conhecimento o comprador como exemplifica Pontes de Miranda [TDP, 38: § 4.216, 5]). A doação pura fica pré-excluída porque é negócio gratuito, mas se for modal pode haver o vício.<sup>22</sup> Além de dar-se nos contratos, a evicção também pode surgir em outros negócios (promessa de dote) ou atos jurídicos processuais (divisão e partilha).

O CC 2002 apresentou alterações em face de texto do art. 1.107, do CC 1916, também ao omitir a espécie de contratos onerosos (“*pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso*”) em que tem lugar a evicção. O art. 447 da lei atual refere-se simplesmente ao gênero (*contratos onerosos*), sendo claro que estão no alcance da garantia todos os contratos que transmitem poder sobre o objeto da prestação, ainda que não a plenitude envolvida no domínio. A posse mediata ou imediata também pode ser passível de evicção,

---

<sup>22</sup> Nos vícios redibitórios, há previsão expressa de alcance das doações onerosas (art. 441, parágrafo único, CCB).

se fora cedida a terceiro antes da prestação do alienante. Igualmente quanto ao uso (que não seja direito real), que é inerente, *v.g.*, ao contrato de locação em favor do locatário ou do sublocatário. Por outro lado, a servidão pode restringir o uso do alienatário, constituindo vício do direito (Pontes de Miranda, 38: § 4.216).

O CCB estende a garantia à aquisição em hasta pública. E também é aplicável a evicção a bens incorpóreos suscetíveis de domínio, inclusive os serviços, como *avant la lettre* afirmara Pontes de Miranda (TDP, 38: § 4.212, 1), o que só em 1990 a legislação - Código de Defesa do Consumidor - expressou. Pontes de Miranda sustenta a evencibilidade de quaisquer direitos, não só os de fruição ou uso, desde que haja onerosidade, inclusive na cessão de crédito, se o crédito cedido já estava no patrimônio de outrem ou fora gravado - caso que difere da inexistência do crédito (Pontes de Miranda, TDP, 38: § 4.220, 2).

A síntese da garantia é que o alienante deve prestar deixando o alienatário a salvo de direitos, pretensões e ações de outrem quanto ao objeto da prestação.

A responsabilidade do alienatário consiste em devolver integralmente o preço ou as quantias que recebeu, indenizar os frutos que o alienatário tiver que restituir, as despesas contratuais, mais custas judiciais e honorários de advogado, e demais prejuízos (art. 450, CCB).

A garantia é dispositiva, a teor do art. 448, CCB, uma vez que pode ser excluída por cláusula expressa, bem como reforçada ou diminuída, mas fica assegurado ao evicto

receber o preço pago, mesmo que haja cláusula de exclusão, se ele não conhecia o risco de evicção ou, dele informado, não o assumiu.

**2.2. Garantia contra os vícios do objeto da prestação.** Já os gregos conheceram a ação redibitória, embora como direito excepcional, uma vez que não havia invalidade por dolo ou erro (Pontes de Miranda, 38: § 4.233), mas a origem romana nos é mais próxima e conhecida. Passou-se com os vícios ocultos no direito romano algo semelhante à evicção. Inicialmente, somente mediante a *stipulatio duplae* ou a *stipulatio habere licere* o comprador podia precatar-se. Já no tempo de Cícero, no entanto, a *actio empti* tornou-se apta para o comprador obter o preço de volta, devolvendo o que comprara, ou simples abatimento, se lhe conviesse ficar com a coisa, desde que o vendedor tivesse ciência do vício.

A proteção do comprador contra vícios teve ainda outra vertente: os editos dos *ediles curulis*, magistrados incumbidos do policiamento dos mercados de Roma. Visando reprimir fraudes cometidas contra os compradores de mercadorias e de escravos, os edis obrigaram os vendedores, geralmente estrangeiros, a tornar públicos os vícios de tudo que vendiam e a celebrar *stipulatio duplae* para vícios não declarados. Se a garantia não tivesse sido prestada ou se o vício surgisse depois da entrega do animal ou do escravo, o comprador poderia servir-se da *actio redhibitoria* para restituir a coisa, resgatando o preço, ou da *actio quanti minoris* (ou *actio aestimatoria*) para redução do preço (Moreira Alves: 1995, II: 188).

**2.2.1. Fundamento jurídico da proteção.** Segundo Gino Gorla:

A teoria dos vícios redibitórios jaz em um campo infiel, situado entre a teoria do inadimplemento e a do erro, e assim sofreu freqüentemente a sorte de perder a sua autonomia, para tornar-se ou teoria do erro ou teoria da inadimplência; à palavra do legislador “garantia”, a qual exclui assim o conceito de inadimplemento como também o de erro, nem sempre se acreditou (Gorla, 1960: 224).

A doutrina diverge sobre qual seja a razão jurídica da proteção legal contra os vícios da prestação. As posições variam bastante: erro do adquirente, que se soubesse do vício não teria contratado; falha da pressuposição, pois o adquirente imaginava que a coisa tivesse as qualidades das outras da mesma espécie; inadimplemento, por ausência das qualidades inerentes ao objeto; responsabilidade civil, pois o devedor deverá responder pelo vício; garantia legal.

As duas primeiras correntes, do erro e da pressuposição, são muito próximas. O erro é um vício na declaração da vontade. Se ao alugar um veículo em região agreste o turista faz a escolha do que tem autonomia suficiente, segundo a informação da locadora, e fica na estrada sem combustível, houve erro (vício da vontade). Já se o veículo enguiçar por defeito do motor houve vício do objeto. A pressuposição é a teoria de Windscheid para a resolução de negócios que se desenrolaram contrariamente às condições subentendidas entre as partes. Tem como pressuposto a subjetividade das expectativas dos contratantes. Tanto no erro quanto na pressuposição o negócio não se teria realizado se fora percebido o engano ou a possível frustração, mas nenhuma dessas teorias cuida do objeto da prestação, que é a temática do vício.

Essas diferenças conceituais não impediram que a jurisprudência, na persecução do seu desiderato de dar soluções práticas a problemas concretos, tenha esporadicamente aplicado tais teorias. Assim, por exemplo, o Tribunal de Alçada do Paraná (ACv 520/83), considerando erro a aquisição de um motor de avião que limitava a altitude do vôo (*apud* Lôbo, 1996: 31). A anulação do negócio por erro se apresentava como alternativa prática quando o prazo decadencial da ação redibitória ou estimatória já houvesse precluído (Pontes de Miranda, TDP, 38: par. 4.240, 4).

São mais freqüentemente invocados como fundamentos dos vícios o inadimplemento, a responsabilidade civil e a garantia.

**2.2.1.1. Os vícios como inadimplemento.** No direito brasileiro, a inclusão do objeto da prestação como requisito do cumprimento tem apoio histórico nos art. 1.056, do CC 1916, que exigia que a prestação fosse cumprida “pelo *modo* e no tempo devidos”, e no art. 955, do mesmo diploma, que caracterizava a mora quando o pagamento não ocorresse “no tempo, lugar e *forma* convencionados”. Em vista desses preceitos, deu-se à mora mais do que o simples significado temporal de retardo do cumprimento. Um dos mentores mais ilustres dessa interpretação foi Agostinho Alvim: “é certo que a mora, via de regra, manifesta-se por um *retardamento*, embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma – art. 955)” (Alvim, 1955: 22; grifo do autor). Daí o entendimento de que, nas obrigações positivas, a simples execução objetiva do ato em que consiste a prestação – dar ou fazer –

não basta para caracterizar o cumprimento.<sup>23</sup> A satisfação do interesse do credor também é sua componente (Varela, 1978: 2, 3). Nos vícios, a interpretação ampla da mora influenciou Pontes de Miranda<sup>24</sup>:

“Quem recebe o bem, objeto de negócio jurídico comutativo, recebe o bem com as suas qualidades e o seu tamanho. Não se pode dizer que a vontade negocial só se dirigiu à coisa tal qual é, com abstração das suas qualidades; nem que se precise de cláusula para se tornar exigida a qualidade, pois que não é mais do que motivo. Ninguém quer a coisa em si, sem atenção às suas qualidades” (Pontes de Miranda: 38, § 4.234, 280).

A prestação só cumpriria a sua finalidade se a coisa entregue fosse isenta de vícios. Caso contrário estaria configurado o inadimplemento por falta ao *modo* de cumprimento.

O CC 2002 não reproduziu integralmente os artigos citados do CC 1916. Manteve idêntica apenas a fórmula da mora no art. 394, com superficial diferença de redação. No art. 389, limitou-se a enunciar os efeitos do não cumprimento da obrigação, texto no qual a supressão do *modo* deu “a falsa idéia de restrição das hipóteses de inadimplemento”, mas, em realidade, “andou mal o legislador, ainda mais porque manteve a locução no art. 394”, quando “melhor seria que a tivesse conservado no art. 389” (Tepedino-Barboza-Moraes, 2004: 693). Portanto, na ausência de modificações substanciais nessa matéria no CC 2002,

---

<sup>23</sup> Em sentido contrário, Lôbo (1996: 31), entendendo que o dever de prestação – e, portanto, o adimplemento – limita-se à entrega, sendo a responsabilidade por vício um dever de garantia.

<sup>24</sup> Para o autor, o adimplemento insatisfatório segue “os princípios que regem a constituição e a eficácia da mora” (Pontes de Miranda, TDP, 23: § 2.803, 8). A matéria é tratada no capítulo da mora.

mantêm-se preservados os argumentos dos defensores da idéia de que a existência de vício do objeto da prestação constitui inadimplemento.

Que espécie de inadimplemento?

Para alguns autores os vícios configuram caso de cumprimento imperfeito da obrigação. O cumprimento imperfeito é uma terceira via de inadimplemento, que incluiria as situações que não se enquadram em inadimplemento absoluto nem em mora.

A doutrina moderna tende cada vez mais a admitir, ao lado das duas formas tradicionais da falta de cumprimento do dever de prestar (o não-cumprimento definitivo, de um lado; e a mora, do outro), uma terceira variante, que é o cumprimento defeituoso da obrigação (Varela, 1978, 2: 163).

A terceira variante do inadimplemento decorre da teoria desenvolvida na Alemanha por Hermann Staub, com a denominação de violação positiva do crédito (*Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen* - Berlim, 1902). Staub chamou a atenção para situações de incumprimento de obrigações, diferentes da impossibilidade e da mora, que constituíam lacunas no BGB. Havia em comum em todas as situações um prejuízo decorrente de uma atuação positiva do devedor, um *facere*: o devedor fazia o que deveria omitir. O fundamento da responsabilidade foi encontrado por Staub na boa-fé, pois o devedor não apenas deve realizar a prestação tal como prometeu, mas também observar deveres de conduta. Um dos exemplos citados é o do vendedor que entrega um animal

doente que contagia toda a manada do comprador. O dano não é apenas o vício do animal doente (dano relativo ao dever de prestação), mas, adicionalmente, o contágio da manada.<sup>25</sup>

Distinguem-se assim os deveres de prestação, internalizados no contrato, dos interesses de proteção do credor, que são perimetrais ao contrato. Há um dever de abstenção de qualquer ato que atinja o patrimônio do credor, imposto pela boa-fé. No exemplo, o evento contratual propiciou o acesso indireto de vendedor aos domínios do comprador e era seu evitar causar-lhe qualquer prejuízo. Ainda que esse dever não constasse expressamente do programa contratual, ele tem sua gênese no contrato enquanto comportamento juridicamente relevante que realiza a aproximação das partes, pondo-as em contato mais estreito e particularizado do que a mera vida de relação geral, fonte de responsabilidade delitual (Menezes Cordeiro, 1984: I, 597).

No direito brasileiro, a teoria de Staub não mereceu a mesma acolhida que em outros países, haja vista o conteúdo das disposições já referidas (artigos 955 e 1.056, do CC 1916) sobre a mora.

Alguns autores entendem que as violações positivas do contrato e o cumprimento imperfeito são conceitos coincidentes ou que o primeiro se subsume no segundo. Para Antunes Varela, trata-se apenas de uma questão de nomenclatura, pois na Alemanha manteve-se a denominação de violação contratual positiva (*Positivevertragsverletzungen*), enquanto que na literatura jurídica latino-americana adotou-se cumprimento defeituoso ou

---

<sup>25</sup> A distinção entre interesses de prestação e de proteção foi posta em relevo por Hermann Stoll, ao dar prosseguimento crítico aos estudos de H. Staub (*apud* Menezes Cordeiro, 1984: I, 598).

variações<sup>26</sup> (Varela; 1978, 2: 61). Para Pontes de Miranda, violação ou infração positiva do contrato é caso de inadimplemento, quando o que se adimple, não baste, cause dano ou imponha despesas, ou seja, adimplemento insatisfatório (Pontes de Miranda, TDP, 32: § 2.803, 8).

Em vista da ação ou coincidência entre adimplemento insatisfatório e violação positiva, muitos autores apontam como fundamento do cumprimento imperfeito alternativamente problemas ligados à prestação ou o incumprimento de deveres acessórios.<sup>27</sup> Assim, para Antunes Varela, o cumprimento defeituoso ocorre sempre que “por *deficiência da prestação* ou por inobservância de um dos *deveres acessórios* de conduta a seu cargo, o devedor causa prejuízos especiais ao credor” (Varela, 1978, 2: 166; grifamos). Para Rui Rosado Aguiar Júnior, o cumprimento imperfeito pode ser decorrente de: (i) “violações contratuais por *prestação incompleta ou defeituosa*”, que pressupõem “a existência da prestação, apenas que efetivada em desacordo com o convencionado”, ou (ii) “descumprimento de *obrigação acessória*, sendo essa violação causadora de ofensa indireta à obrigação principal, gerando, conforme o caso, o seu desfazimento” (Aguiar Júnior, 1991:

---

<sup>26</sup> As variações também se percebem na doutrina nacional: cumprimento imperfeito (Aguiar Júnior, 1991: 124), adimplemento não satisfatório ou ruim (Pontes de Miranda, TDP, 26: 15), cumprimento ruim, defeituoso ou insatisfatório (Assis, 1991: 105-108).

<sup>27</sup> Há aqui outra questão terminológica. Quando nessa matéria se fala de deveres acessórios o significado é de condutas exigíveis do devedor que não estão relacionadas diretamente com a prestação e que, por isso mesmo, não têm por fonte a manifestação de vontade (nem a lei), mas a boa-fé. Esses deveres também são denominados de secundários, anexos ou instrumentais (Couto e Silva, 1976: 35-37). Cláudia Lima Marques (Marques, 1999: 106, 108, 110) registra-os como deveres anexos, secundários ou acessórios, dando prevalência à primeira designação. Deveres acessórios, nomenclatura utilizada por Ruy Rosado Aguiar Júnior (1991: 243), também é a escolhida por Menezes Cordeiro (1984: I, 602 ss) e Antunes Varela (1978: 2, 9). Mota Pinto (1985: 279-280), aderindo à terminologia de Esser, preferiu designá-los de laterais, haja vista a existência de deveres secundários, que são acessórios da prestação principal, tal como a custódia da coisa vendida até a entrega, assim como Almeida Costa (1998: 63). Araken de Assis (1991: 105) empregou “laterais” e “acessórios” como sinônimos, enquanto Judith Martins-Costa (1999: 438) fez o mesmo com deveres laterais, anexos ou instrumentais. Fernando Noronha (1994: 160 ss) equiparou as designações deveres acessórios e laterais. Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002: 69 ss) preferiu deveres laterais, fazendo excelente resenha terminológica (p. 73, nota 124).

124; grifamos). Da mesma opinião participa Judith Martins-Costa: “O cumprimento imperfeito recobre os casos de violação positiva do contrato” (Martins-Costa, 2004: 151).

Para alguns autores, embora os vícios configurem caso de cumprimento imperfeito da obrigação, não são necessariamente uma espécie à parte de inadimplemento. Assim pensa Paulo Jorge Scartezini Guimarães, para quem todos os casos de cumprimento imperfeito – e portanto também os vícios – são remetidos à mora, uma vez que a prestação deixa de ser cumprida da *forma* devida (Guimarães, 2004: 125 ss, 173 ss). Alinha-se, assim, Guimarães, ao conceito alargado de mora, preconizado por Agostinho Alvim. Guimarães conceitua um sentido amplo de mora, que equivale ao cumprimento imperfeito, por dizer respeito à forma exigível para o cumprimento; e um sentido estrito, com significado restritamente temporal. O cumprimento imperfeito, ou seja, a mora em sentido amplo, abrange outros institutos jurídicos, inclusive os vícios (Guimarães, 2004: 132).

Situa-se em posição distinta Jorge Cesa Ferreira da Silva, que discorda do conceito alargado de mora, entendendo que ela está sempre relacionada ao tempo, porque ao fim e ao cabo as discrepâncias do cumprimento quanto ao lugar e à forma somente caracterizam mora na medida em que atrasam o cumprimento (Silva, JCF, 2002: 143 ss). Ademais, a mora só diz respeito ao ato de prestar e não às exigências de qualidade do objeto da prestação, que é a matéria própria dos vícios (Silva, JCF, *op. cit.*, pp 166, 180). Portanto, “casos em que o descumprimento caracterize um mau adimplemento, não são mora” (embora entenda “ser possível e recomendável a utilização analógica dos princípios que regem a mora” a tais casos; *id., ib.*, p. 171). Por outro lado, embora aceite classificar os vícios como casos de cumprimento imperfeito – haja vista as características do seu

regramento e ainda tendo em vista a sua mais recente disciplina (no caso brasileiro, no CDC), que admitiu a execução *in natura* e incluiu os vícios aparentes no seu regime, atenuando a diferença que havia frente ao inadimplemento (*id., ib.*, p. 199) - não identifica cumprimento imperfeito com violação positiva do crédito.<sup>28</sup> Para que haja violação positiva, o fato não pode ser regulado pelo regime dos vícios. Cita como exemplo um sócio que entrega o balanço da empresa culposamente errado e um médico que, após a cirurgia, causa culposamente a infecção do paciente (Silva, JCF, 225-226). Por isso, os vícios não se integram a uma terceira modalidade de inadimplemento (modalidade esta que é fundamentada pelas violações positivas), não porque constituam a mora (conceito que tem como exclusivamente temporal), mas por outras duas razões: (i) o fundamento da proteção contra os vícios é o mesmo dos casos-padrão de inadimplemento absoluto e mora, ou seja, a manutenção do sinalagma; por essa razão, dissolve os vícios na classificação dicotômica mora-inadimplemento absoluto, sendo os casos de redibição regulados por este, os de redução proporcional do valor como impossibilidade parcial, e os de atraso no cumprimento como mora; (ii) os danos decorrentes dos vícios não se diferenciam dos danos conseqüentes às figuras tradicionais do inadimplemento. Para esta segunda razão, dissocia os *defeitos* ou vícios dos *efeitos* que eles produzem, exemplificando com o Código de

---

<sup>28</sup> Para outros autores, cumprimento imperfeito e violação positiva do crédito andam juntos. O cumprimento imperfeito ou defeituoso, para Antunes Varela, ocorre sempre que “por *deficiência da prestação* ou por inobservância de um dos *deveres acessórios* de conduta a seu cargo, o devedor causa prejuízos especiais ao credor” (Varela, 1978, 2: 166; grifamos). Para Rui Rosado Aguiar Júnior, o cumprimento imperfeito pode ser decorrente de: (i) “*violações contratuais por prestação incompleta ou defeituosa*”, que pressupõem “a existência da prestação, apenas que efetivada em desacordo com o convencionado”, ou (ii) “descumprimento de *obrigação acessória*, sendo essa violação causadora de ofensa indireta à obrigação principal, gerando, conforme o caso, o seu desfazimento” (Aguiar Júnior, 1991: 124; grifamos). Da mesma opinião participa Judith Martins-Costa: “O cumprimento imperfeito recobre os casos de violação positiva do contrato” (Martins-Costa, 2004: 151). Jorge Cesa demarca a diferença registrando o suporte fático dos casos de violação positiva do contrato no direito alemão, dentre os quais consta o mau cumprimento dos deveres de prestação, desde que a regulamentação da hipótese não seja regulada pelas regras sobre vícios. Exemplifica com o sócio que entrega um balanço culposamente errôneo e com o médico que, após a cirurgia, causa a culposamente a infecção do paciente (Silva, JCF, 225-226).

Defesa do Consumidor, em que os vícios de um produto, regulados no art. 18, podem produzir danos diversificados, que vão além do próprio produto, atingindo pessoas (art. 12), sendo aplicados a cada caso prazos prescricionais distintos. Assim, para Jorge Cesa, a violação positiva do crédito – e somente ela – é o fundamento da terceira espécie de inadimplemento, sendo que o vinco entre as figuras do cumprimento imperfeito e da violação positiva do contrato passa justamente pelos vícios do objeto da prestação: exemplos como o citado acima (do animal doente que contamina a manada) e outros análogos suscitam a incidência de diferentes normas jurídicas, de modo que, além do vício do objeto – que corresponde ao descumprimento de deveres de prestação (ou ao interesse positivo do credor na prestação) – também há infração de deveres laterais de conduta emergentes da boa-fé – que correspondem a deveres de proteção (ou ao interesse negativo do credor em não sofrer danos incidentais ao contrato). Os deveres de prestação são cobertos pelas regras do inadimplemento absoluto ou da mora. Já os deveres de proteção não, exigindo uma fundamentação especial. Para esta finalidade serve a teoria de Staub, que assim pode colmatar uma lacuna no conceito de inadimplemento (Silva, JCF, 2002: 207 ss).

Também para o autor português Pedro Romano Martinez os vícios representam cumprimento imperfeito (ou defeituoso, como prefere) da prestação. Diz que “sempre que o devedor realiza a prestação a que estava adstrito em violação do princípio da pontualidade do cumprimento<sup>29</sup>, há uma não conformidade<sup>30</sup>: uma discrepância entre o ‘ser’ e o ‘dever

---

<sup>29</sup> Também para Antunes Varela a regra da pontualidade domina o regime do cumprimento: “Cumprir *pontualmente* não significa apenas efetuar a prestação *em tempo*, mas realizá-la *ponto por ponto*, tal como deve ser efetuada, no tempo, no lugar e pelo modo devidos” (Varela, 1987, II: 10; grifos do autor). Também Varela adere ao modelo alargado de mora. O mesmo sentido de pontualidade como execução ponto por ponto está presente em Mário Júlio de Almeida Costa (1994: 254).

<sup>30</sup> O princípio da não-conformidade foi inaugurado na Convenção de Viena sobre a Compra e Venda de Bens Móveis, de 11 de abril de 1980, art. 35. Também a Convenção Relativa a uma Lei Uniforme sobre a Venda

ser” (Martinez, 2001: 129). Sustenta que para a sua caracterização, dentre outros requisitos, é necessário que o cumprimento defeituoso produza danos típicos à prestação mal cumprida, ou seja, danos que não trazem necessária e unicamente a obrigação de indenizar, citando como exemplo um automóvel com defeito nos freios: mesmo que não ocorra um acidente (ocasionando danos *extram rem*, que vão além do objeto da prestação, quando haveria obrigação de indenizar) o adquirente tem direito à eliminação do defeito (dano *circa rem*, que se limita ao objeto da prestação; *op. cit.*, pp 136 e 241). Além dos vícios (desconformidade em relação a um padrão comum), o cumprimento defeituoso também compreende a falta de qualidade (discordância quanto a aspectos convencionados – p. 139). Vê no cumprimento defeituoso uma figura autônoma frente às demais espécies de incumprimento porque a prestação é aceita pelo credor (Martinez, 2001: 142).

Para a corrente que acata a figura do inadimplemento, a consequência máxima dos vícios seria a redibição do contrato, com a desconstituição do negócio jurídico no plano da existência, portanto, com efeitos sentenciais *ex tunc*, segundo Pontes de Miranda (TDP, 25:

---

Internacional de Mercadorias, publicada em Haia em 01/9/1964, pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT -, com sede em Roma, reporta-se à falta de conformidade com o contrato como critério básico da responsabilidade do vendedor. O histórico do projeto de elaboração dessa convenção, iniciado em 1935, considera defeitos de uma coisa – portanto, falta de conformidade – a falta das qualidades necessárias para uso normal ou comercial, para uso geral ou especial previsto expressamente ou tacitamente, e das particulares descritas no contrato (Coll: 2004: 132). Pontes de Miranda (1962: 38, 149, § 4.213) já o enunciava: “É preciso que o objeto prestando ou prestado corresponda àquele em que acordaram os figurantes e que o valor seja o mesmo”. O princípio foi adotado na União Européia pela Diretiva 1999/44/CE, relativa a garantias na venda de bens de consumo, que rege apenas a compra e venda, conforme a tradição do direito romano-germânico europeu em matéria de vícios. O vendedor é obrigado a entregar bens conformes com as qualidades que tenham sido descritas ou apresentadas em amostra ou modelo, presumindo-se que sejam aptos aos usos ordinários e, inclusive, aos especiais que tenham sido consultados pelo consumidor, entendendo-se incorporadas as qualidades publicamente anunciadas. É equiparada à falta de conformidade a má instalação de um bem de consumo, quando esteja prevista no contrato e seja feita sob responsabilidade direta ou indireta do vendedor, bem como pelo consumidor, se o defeito da instalação foi motivada por deficiência das instruções. A Diretiva só se aplica bens móveis corpóreos. As garantias são indisponíveis, sendo admissíveis disposições convencionais apenas para redução de prazos na venda de produtos usados. A garantia convencional deverá fazer referência à existência da garantia legal e à sua imunidade frente aos termos daquela. Leis de transposição adaptaram a Diretiva ao direito interno na França, Espanha, Portugal e Alemanha.

§ 3.095, 1), que também admite a resolução em adimplemento ruim que cancele o interesse posterior do credor ou torne inconfiável o cumprimento (TDP, 25: § 3.091, 7).

**2.2.1.2. Os vícios como fonte de responsabilidade civil.** De início, afasta-se a objeção de que nem sempre há dano a indenizar, empregada para rejeitar os vícios como espécie de responsabilidade civil. Segundo esse argumento, nos vícios os danos são eventuais e conseqüentes. O argumento é reducionista do conceito de dano. A imperfeição do produto ou a má execução do serviço é um dano correspondente ao valor da contraprestação, além de outros que o credor possa ter sofrido, inclusive lucros cessantes, sem falar na possibilidade (hoje um tanto excedida) de dano moral.

Por outras razões, entretanto, é de se ser rejeitada essa concepção dos vícios.

Em sentido amplo, como define Fernando Noronha, responsabilidade civil é a “obrigação de reparar quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem”, mas com essa abrangência “torna-se um conceito de diminuta utilidade” (Noronha: 2003: 430).

A concepção dos vícios como fonte de responsabilidade civil peca pela imprecisão. Seria em primeiro lugar necessário esclarecer se se trata de responsabilidade civil negocial (contratual) ou em sentido estrito (extracontratual).<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> A *summa divisio* clássica (responsabilidade civil contratual e extracontratual) foi substituída por classificações mais atualizadas. Assim Fernando Noronha (2003: 432), que faz a classificação consignada no texto.

A responsabilidade civil contratual corresponde à obrigação de indenizar os prejuízos do credor conseqüentes a todo inadimplemento (art. 389). Nesse caso, antes de se classificar os vícios como modalidade de responsabilidade civil, ter-se-ia que tratá-los como forma de inadimplemento.

De responsabilidade civil em sentido estrito (extracontratual) dificilmente se trataria, salvo nas hipóteses de violação positiva do contrato, quando o dano *extra rem* poderia ser imputado ao devedor como ato ilícito absoluto.

Outra possibilidade – e esta sem dúvida melhor – seria ultrapassar a *summa divisio*, como fez Benjamin (1991: 38 ss), e fundamentar a responsabilidade pelos vícios na teoria da qualidade. Mas a teoria da qualidade não inclui a evicção e é apropriada à produção industrial, enquanto que o regime dos vícios do Código Civil é voltado aos sujeitos da relação contratual.

A principal objeção para classificar os vícios como espécie de responsabilidade civil é que fica desconsiderada a tipicidade dos vícios. O tipo cumpre um importante papel na metodologia do direito, como instrumento de descrição e explanação das relações jurídicas (Larenz, 1969: 527). A ciência do direito é concebida como uma pirâmide conceitual, conforme a concepção de Puchta, em cujo vértice se situa o conceito mais geral e abstrato, no qual todos os conceitos descendentes se subsumem. A abstração e o esvaziamento de sentido a que conduz o sistema lógico-formal que caracteriza a jurisprudência dos conceitos é em grande parte compensada pela caracterização dos tipos. Os tipos são mais concretos do que os conceitos, conforme Engisch (*apud* Larenz, 1969:

521). Os tipos são um “todo notativo”, um “geral que deve ser apreendido na sua totalidade” (Koller, *apud* Larenz, 1969: 530). Os tipos contratuais descrevem e disciplinam os principais negócios jurídicos obrigacionais. É flagrante, por exemplo, a maior concretude de um tipo contratual como a compra e venda comparativamente à generalidade de um conceito como negócio jurídico. Diga-se o mesmo da evicção ou dos vícios redibitórios frente à responsabilidade civil.

A tipicidade dos vícios promove uma regulamentação específica para casos concretos, enquanto que a responsabilidade civil é um conceito geral no qual se compreendem diversas situações típicas, como por exemplo a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados aos consumidores por produtos defeituosos, os danos *de effusis et dejectis*, e assim por diante. Esses tipos de responsabilidade civil são fatos que servem de fonte à obrigação de indenizar. As conseqüências jurídicas de tais fatos obedecem a regras dispostas de modo geral na responsabilidade civil, especialmente quanto à indenização (art. 944 ss CC). A tipicidade dos vícios realiza uma configuração particular de causas e conseqüências compreendidas num mesmo contexto.

Os vícios são um tipo-figura, pois descrevem a *imagem* do produto com qualidades alteradas ou ausentes. Nesse sentido, também se afirma que esses tipos são empíricos, porque apreendem o *modo de ser* de alguma coisa. Os tipos, assim como os conceitos, partem de uma abstração, mas ao contrário destes, reunifica os seus elementos constitutivos com elementos da realidade.

**2.2.1.3. Os vícios como causa de garantia.** Examinaremos, por fim, o regime dos vícios sob uma perspectiva causal.

Em primeiro lugar, distingamos o fundamento jurídico da proteção contra vícios (*por quê*) do seu regime (*como*), entendendo por fundamento a razão lógico-jurídica ou político-jurídica da sua instituição e por regime o conjunto de regras aplicáveis à sua casuística.

Veja-se, primeiramente, que são insuficientes os argumentos usados com maior frequência para explicar a razão da proteção contra vícios. Invoca-se a boa-fé no sentido da lealdade que deve presidir a atuação dos contratantes, mas a imperfeição do objeto da prestação pode ser desconhecida do alienante, ocorrendo o vício à margem dos deveres de conduta exigíveis e mesmo da boa-fé subjetiva. Também não é apropriada a teoria da pressuposição, porque as exigências de qualidade ficam submetidas à subjetividade das expectativas. Pelo mesmo motivo é inadequado o erro, que também remete ao plano subjetivo, senão o problema, a solução, ou seja, a proteção jurídica fica posta no plano dispositivo da anulabilidade – além de se misturarem vícios da vontade com vícios do objeto. Também é invocada a equidade, que em última análise é justiça do caso concreto, não se prestando para fundamento geral e sistêmico de um instituto.

Quer nos parecer que a proteção contra vícios é conatural aos contratos comutativos. Nesse sentido, pode falar-se de (i) justo natural, (ii) justiça comutativa ou (iii) justiça contratual, conforme a vertente filosófica que se preferir. Todas são caminhos que convergem para um ponto de equilíbrio onde se encontra a realização do justo.

(i) Aristóteles falava da justiça em dois sentidos: “uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos” (Ética a Nicômaco, V, 2). Esses dois sentidos tornaram-se conhecidos como justiça distributiva e justiça corretiva, sendo que este último também como justiça comutativa, especialmente nos povos latinos (Noronha, 1994: 214). Sumariamente, a justiça distributiva transformou-se em critério de política pública, enquanto que a justiça comutativa aplicou-se ao direito (215; Lopes, 2004: 199), especialmente às relações contratuais e à responsabilidade civil (Lopes, 2002: 142; Noronha, *op. loc. cit.*).

(ii) Santo Tomás de Aquino compreendia no conceito de *justum* o justo natural e o justo positivo. Por justo natural entendia o que resultava da natureza das coisas, e que está presente nas trocas: dá-se cem quando se recebe cem. Como justo positivo definia o resultante de uma ação consertada *inter volentes*: dá-se cem porque quem recebe está satisfeito com cem (*apud* Azevedo, 1986-t: 82).

(iii) Nesses mesmos pilares é construído o princípio da justiça contratual, que dentre outros modos ou princípios, se expressa pela equivalência entre prestação e contraprestação e pela distribuição eqüitativa de ônus e riscos. A equivalência, conforme entende Fernando Noronha, está subjacente às regras legais que presidem os vícios redibitórios e a evicção (Noronha, 1994: 223).

Quanto ao regime jurídico aplicável aos vícios, não é único, como bem apontam Jorge Cesa Ferreira da Silva e Pedro Romano Martinez. Há situações que se apresentam como impossibilidade (o defeito grave, que torna inútil o objeto da prestação, ensejando redibição), outras como mora (a substituição de peça defeituosa), além da obrigação de indenizar os danos conseqüentes. Haja vista a diversidade de regimes jurídicos e bem assim a variada fundamentação teórica passível de invocação para explicar os vícios (erro, pressuposição, boa-fé, pontualidade de cumprimento etc.), tudo depondo no sentido de uma grande imprecisão conceitual, afigura-se-nos como capaz de formular um conceito unitário dos vícios a idéia de garantia causal.

Os vícios são espécie do gênero cumprimento defeituoso, pois se referem a uma prestação cumprida do ponto de vista subjetivo (ato do devedor) e recebida pelo credor – portanto, em princípio, satisfatória, ou seja, também cumprida do ponto de vista econômico ou objetivo. No entanto, ela vem a revelar-se posteriormente insatisfatória. A partir desse segundo momento – a constatação do vício – abre-se a discussão sobre a qualificação jurídica do *défice*.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Conforme Paulo Lôbo (1996: 70), a garantia contra vícios do produto “aproxima-se muito mais da responsabilidade de feição objetiva, sem perder, contudo, os enlaces com o contrato, de onde promanam este e os demais efeitos jurídicos conexos”, posto que “a relação contratual está na gênese, mas não condiciona a natureza das conseqüências que o direito adota”. A imposição de um regime legal de garantias em lugar do convencional, ainda mais quando fica proibida a cláusula de não-indenizar (art. 25, CDC), induz a uma idéia de “responsabilidade objetiva”, expressão muitas vezes ambígua. Ser a responsabilidade civil objetiva ou subjetiva depende do fator de imputação, não da fonte. A culpa faz subjetiva a responsabilidade, não importa se delitual ou negocial (Noronha, 484). As obrigações contratuais em geral são obrigações de resultado, pois o devedor só se exonera se provar caso fortuito ou força maior. Quando a essa obrigação se acrescentam garantias, o regime de responsabilidade torna-se mais intenso, pois o caso fortuito e a força maior não servem mais de escusas para o inadimplemento (Noronha, 1993:40). No regime dos vícios verificou-se essa agravação da responsabilidade, que, todavia, não perdeu o seu matiz contratual, não obstante as significativas mudanças verificadas no tráfico de massa, que o estenderam além do contrato. Assim: (a) mudaram as práticas sociais de formação do consenso: não mais a negociação, mas a adesão ou comportamentos

A hipótese de responsabilidade civil olha para as conseqüências dos vícios quando originam danos *extram rem*, mas ignora que existem também danos *circa rem*, que dão ensejo a pretensões satisfativas como a substituição do produto ou mesmo a redução da contraprestação, sem que caiba indenização propriamente dita, a menos que tenha havido perdas e danos e o alienante conhecia o vício (Código Civil) ou se tratasse de relação de consumo.

A hipótese de inadimplemento não é unitária. Para os que adotam o conceito alargado de mora, prevalecente na doutrina brasileira, os vícios, como cumprimento imperfeito, encaixam-se nas exigências da *forma* de prestar (art. 394, CC). Mas quando o vício é de tal ordem que torna a prestação definitivamente imprestável, ensejando ao credor o direito à redibição, já não se trata de mora, mas de inadimplemento absoluto. Todavia, os vícios como inadimplemento tem uma interface com os vícios como garantia, como se verá a seguir.

A hipótese dos vícios como garantia é a única satisfatória, por manter a unidade do instituto e explicar a sua gênese.

---

concludentes; (b) mudou o modo de fornecimento dos bens e serviços: a comunicação direta entre produtor e consumidor pela publicidade e outras ferramentas do *marketing*; (c) o produto industrializado é intangível para o vendedor intermediário, que o revende no estado que o recebe, o que contribuiu para a legitimação passiva do produtor e do fabricante frente ao comprador. A garantia legal contra vícios (garantia legal de adequação dos produtos à sua finalidade) foi um modo de adaptação do direito contratual à configuração do mercado. Mas note-se que a garantia incide sobre o objeto da prestação (prestação em sentido econômico ou objetivo), não sobre a conduta do devedor (prestação em sentido jurídico ou subjetivo).

A unidade do instituto advém do fato de que a garantia responde por todas as conseqüências que repõem o interesse do credor, seja mantendo o proveito da prestação, seja substitutiva ou complementarmente propiciando a indenização dos prejuízos conseqüentes.

Neste aspecto, Pedro Romano Martinez traça o regime jurídico do cumprimento imperfeito, aplicável por relação aos vícios: o credor pode exigir que o negócio seja retificado (eliminação do defeito, reexecução do serviço, substituição das partes viciadas); que a prestação seja substituída (substituição do produto); a redução da contraprestação (abatimento proporcional do preço); a resolução do contrato (redibição, com restituição integral do que foi pago); argüir intercorrentemente a exceção de contrato não cumprido; obter a indenização dos danos sofridos em decorrência do vício (Martinez, 2001: 145-146).

As múltiplas possibilidades reparatórias dos vícios explicam-se pela função que elas exercem: destina-se a servir de garantia para o alienatário, consumidor ou não, de modo a assegurar a utilidade e o valor da prestação.

A garantia recai sobre a prestação (a prestação objetivamente considerada, conforme o interesse do credor, portanto, prestação em sentido econômico), não sobre o dever de executar (prestação em sentido subjetivo, como comportamento do devedor). O que o credor quer é o objeto da prestação *tal como se previu* ou com as qualidades que foram asseguradas pelo devedor. As responsabilidades frente a esses dois aspectos da prestação são distintas. O dever de conduta segue um regime normal de responsabilidade objetiva, porque a entrega é dever de resultado, que pode ser elidida por caso fortuito ou

força maior. O conteúdo da prestação, em que incide a garantia, é avaliado com maior rigor, em regime de responsabilidade objetiva agravada (conforme Noronha, 1993: 40), não comportando aquelas excludentes. O objeto da prestação *tal como se previu* compreende a segurança jurídica do negócio e a utilidade do objeto da prestação. A garantia que visa assegurá-las é motivada (causada) pelo perfeito cumprimento da obrigação. Está implícita na garantia uma justa causa que justificará toda e qualquer pretensão posterior no sentido de ser logrado o escopo econômico-social do negócio, ou seja, a prestação como resultado útil ao credor.

Assim, por exemplo, a substituição do produto, sem compensação pelo uso antes da manifestação do defeito, não configurará enriquecimento sem causa do adquirente.

Dessa sorte, a garantia contra evicção e vícios tem fundamento na justa causa das pretensões (motivo objetivo) tendentes a assegurar contra terceiros a posse e os direitos da coisa alienada, bem como a plena fruição da sua utilidade ou qualidade exigível do serviço.

## Capítulo V

### GARANTIAS INDEPENDENTES DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA DE BASE (GARANTIAS PURAS)

Neste último capítulo, vamos tratar das garantias que independem de uma relação jurídica de base. O modelo é o contrato de seguro. Desde logo, faz-se a ressalva – repetindo-a, aliás – que em algumas relações jurídicas, especialmente contratos, o seguro pode desempenhar um papel nitidamente acessório. Assim no seguro de crédito em geral: seguros habitacionais, seguro-fiança etc. Essas realidades não invalidam que o seguro possa constituir – como provavelmente ocorre na maioria das vezes – uma relação jurídica *ex novo*, como garantia de interesses que não são objetos de relações jurídicas. Basta pensar nos seguros de vida, nos seguros de saúde, nos diversos ramos dos seguros de danos: automóveis, residências etc. Em todas essas situações o segurado é titular de um interesse próprio, que não constitui objeto de relação jurídica. Há, sim, uma *situação jurídica uniposicional* que caracteriza a independência da garantia.

Semelhantemente ao seguro há contratos de garantia que são independentes de outras relações jurídicas. Podemos citar especialmente os contratos de previdência privada

e a constituição de renda. Entretanto, são figuras amoldadas ao contrato de seguro, com peculiaridades pertinentes ao objeto, mas que não se afastam da característica geral definidora do gênero, ou seja, são garantias (ao menos potencialmente) independentes de uma relação jurídica de base.

Todavia, colocamos em destaque o mutualismo. Embora também não se afaste do modelo do seguro – aliás, poderia dizer-se que é matriz do contrato de seguro atualmente praticado -, é digno de nota por se manter como negócio jurídico paralelo e – conforme sustentamos – relativamente independente da regulamentação do Código Civil para o seguro.

## 1. O contrato de seguro

Segundo A. Manes, em toda a antigüidade encontram-se vestígios de instituições semelhantes ao seguro, desde Hamurabi, ao redor de 2.250 a.C., até a Grécia, passando pela Índia, pelo Egito e pelo povo judeu. Geralmente essas instituições estavam ligadas ao espírito de ajuda mútua, do que foram bem representativos os grêmios entre os povos germânicos da Idade Média (Manes, 193: 33 ss).

Embora não se possa traçar com segurança o histórico do seguro, uma de suas vertentes foi o interesse em cobrir os riscos da navegação (Lisboa, 1963 [e.h.]: 5). Os longos percursos ultramarinos expunham os navegadores aos perigos do mar. A incerteza da volta ameaçava afundar os vultosos investimentos necessários ao custeio do empreendimento. Grandes comerciantes passaram a financiar as viagens com a condição de participar dos proveitos na venda das mercadorias trazidas de outras terras. O investidor comprava o risco da viagem. Esses comerciantes, contudo, não estavam organizados como seguradores. Não havia classificação dos riscos e nem a constituição prévia de um fundo para cobrir as indenizações. O negócio mais parecia uma aposta. Tanta era a incerteza que se dizia que quem fazia um seguro devia recomendar-se a Deus Todo-poderoso, uma vez que seu ganho dependia do acaso. Tornou-se muito freqüente a falência dos comerciantes seguradores, fato que reforçou a idéia de se confiar os seguros à responsabilidade coletiva de sociedades anônimas, que não levassem de roldão em sua própria ruína o espírito de

iniciativa que alimentava o florescente comércio do século XVII entre os países europeus e suas colônias transoceânicas. Os seguradores formaram o hábito de se reunir em certos lugares, como nas bolsas e nos cafés. Nesses encontros, trocavam idéias sobre os riscos da navegação, sobre as qualidades dos capitães e dos navios, tomavam contato com marinheiros, com cartas de navegação, bem como combinavam o combate às fraudes (Vivante, 1912: 443-450).

Muitas empresas seguradoras foram constituídas por decretos reais: em Paris, em 1686; em Londres e em Copenhague, em 1726; em Gênova, em 1741; em Nápoles, em 1751. No início do século XIX, diversas seguradoras foram constituídas nos principais centros comerciais europeus por iniciativa privada e com atuação eminentemente local. Eram pequenas companhias por ações, cujo capital era dividido entre o empreendedor principal e um reduzido número de amigos e parentes. A maioria teve duração efêmera. Somente algumas poucas ultrapassaram a sua esfera inicial de atuação e se internacionalizaram. No século XX, consolidou-se a tendência à formação de grandes conglomerados financeiros seguradores. Nessa rota evolutiva, o negócio do seguro deixou de ser um comércio de ocasião, marcadamente aleatório, para se transformar numa empresa metódica e prudente, protagonista de um papel social de grande importância (Almeida, M, 1971: 5 ss).

A primeira regulamentação sobre seguros a vigorar no Brasil foi introduzida pelo alvará de 11 de agosto de 1791, que considerou o ofício de Corretor e Provedor de Seguros de utilidade pública. O alvará adotou as Regulações da Casa de Seguros de Lisboa, que permaneceram em vigor até a independência. Em 1831, foi instituída a Procuradoria de

Seguros das Províncias Imperiais. O Código Comercial, em 1850, legislou limitadamente sobre seguros marítimos. Em 1860, atendendo a que se desenvolvia livremente a exploração de outros ramos de seguros elementares e de seguro de vida, as empresas foram submetidas à exigência de licença prévia para operar e tornou-se obrigatória a apresentação de balanços e outros documentos. Em 1901, o Decreto 4.270 baixou o Regulamento Murinho, criando a Superintendência Geral de Seguros, subordinada ao Ministério da Fazenda. Em 1940, surgiu o Instituto de Resseguros do Brasil, que a par de sua destinação específica, assumiu um papel regulatório. Assim permaneceu até 1966, quando sobreveio o Decreto-lei nº 73, ainda em vigor. No que diz com a aplicação de suas reservas técnicas, as companhias seguradoras subordinam-se às normas do Conselho Monetário Nacional, por efeito da Lei 3.595, de 31/12/64, que regula o sistema financeiro as diversificadas formas de poupança e investimento (Costa, 2001, *passim*).

**A tríplice dimensão do seguro.** Sob três enfoques distintos podem ser discutidos importantes aspectos de seguro. Do ponto de vista jurídico, diversas teorias procuraram explicar a natureza do contrato. São essas visões que iremos sintetizar no primeiro ponto a seguir. Do ponto de vista econômico, o seguro é um instrumento de reforço das atividades produtivas, estimulador da poupança e da previdência. Para segurança do negócio, as seguradoras desenvolveram técnicas de administração da massa de seguros que influenciam a discussão sobre a natureza aleatória do contrato, sustentando-se que a ciência atuarial propiciou a eliminação do risco, tornando-se o contrato comutativo. No aspecto social, o contrato de segurador é estimulador da solidariedade. Também sob esse ângulo há novas análises que convergem para o mesmo entendimento de

que o contrato perdeu a sua característica aleatória, transformando-se numa mutualidade que envolve no mesmo interesse o conjunto dos segurados e a própria seguradora.

São essas questões que colocaremos em causa a seguir.

**1.1.1. Dimensão jurídica.** A natureza jurídica do contrato de seguro é discutida desde os primeiros tempos de sua prática, mesmo antes de ganhar sua configuração definitiva. O que ainda hoje persiste como debate importante (embora, para muitos, ultrapassado) é se se trata de um contrato de indenização e se há um conceito unitário que sirva a todo e qualquer ramo de seguro.

Uma primeira teoria indenitária acompanhou os primórdios do contrato de seguro, quando só se indenizavam danos materiais. A possibilidade de serem segurados interesses imateriais incompatíveis com estimativa econômica, como a vida, colocou em xeque a concepção original.

As principais teorias contestadoras foram: (a) teoria da necessidade: o seguro atenderia eventuais necessidades futuras do segurado, em face do infortúnio (Viterbo, 1932: 55-61); (b) teoria do interesse: o elemento mais importante do seguro não é o dano, que pode não ocorrer, mas o interesse material ou imaterial que o segurado quer preservar. Por essa teoria, a prestação do segurador é o aprestamento dos meios técnicos próprios de sua atividade, de modo a assegurar a garantia devida ao segurado, pagando-lhe a indenização se sobrevier o sinistro (Buttaro, 1954: *passim*); (c) teoria da transferência do risco: pelo contrato de seguro, o segurado transfere o risco que ameaça um interesse, creditando-se

uma prestação eventual do segurador (Alvim, 2001: 113 ss); (d) teoria da previdência: o contrato de seguro visa eliminar a álea e por isso é sempre um ato de previdência (Pontes de Miranda, 1972: 274-275); (e) teoria da empresa: a companhia seguradora assume profissionalmente riscos alheios, fazendo a sua repartição e tornando viável o negócio que, por essa técnica, deixa de ser aleatório para ela (Vivante, 1912: 450-451).

Um novo conceito de dano reabilitou o prestígio da corrente indenitária. Segundo Donati (1961: 138), dano é um conceito jurídico que corresponde a três graus: danos emergentes, lucros cessantes e proveitos esperados no futuro. Entre esses graus – conforme a importante contribuição de Ascarelli (1945: 234) a essa teoria - há uma relação temporal e causal. Os danos emergentes são atuais; os lucros cessantes e os proveitos (ou benefícios) esperados são futuros. O que distingue os dois últimos é que os lucros cessantes têm uma situação presente que permite estimá-los (nexo causal real), enquanto que os proveitos esperados têm por suporte uma situação ainda inexistente, mas que adviria com o marcha normal da vida (nexo causal presumido). Ascarelli trata-os como espécies do mesmo gênero: lucros cessantes *stricto sensu* e benefício esperado.

Um bom exemplo de proveito esperado é retratado na Súmula 541, do STF, que tornou indenizável a morte de criança que não exerce trabalho remunerado. Com o tempo, a criança viria a ser uma força de trabalho para a família. A sua morte prematura frustrou uma expectativa que naturalmente se concretizaria.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Os danos indenizáveis evoluíram assistematicamente na jurisprudência e na doutrina. A Súmula 541 trata do que mais tarde, em outras situações, especialmente erro médico, foi rotulado de perda de uma chance. O caminho da sistematização fora aberto por Ascarelli em 1945, mas permaneceu despercebido. Poderia pensar-se que a desatenção fosse devida a encontrar-se no contexto de um tema particular. No entanto, o único autor

O Código Civil de 1916 fizera clara adesão à teoria indenitária, ao definir: “Art. 1.432. Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”.

A redação do art. 757, no CC 2004, enseja a afirmação de alguns autores no sentido de que está superada a teoria indenitária. Esses argumentos, todavia, serão analisados mais adiante. Por ora, adiantamos nossa opinião de que a concepção de Ascarelli ainda nos parece insuperável e, por conseguinte, aceitamos a característica da indenizabilidade em todo e qualquer contrato de seguro.

**1.1.2. Dimensão econômica.** No aspecto econômico, tal como está regulado Código Civil em vigor (art. 757 e parágrafo único), o seguro é uma atividade empresarial em que o segurador – necessariamente, nos seguros comerciais, uma empresa especializada e legalmente autorizada – “se obriga, mediante o pagamento de um prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.

A empresa seguradora opera sobre uma base estatística, que praticamente faz desaparecer para ela o risco. A sua formulação obedece à *lei dos grandes números*, concebida pelo matemático suíço Jacob Bernouilli, em 1703, segundo a qual “a diferença entre o valor observado de uma amostragem e seu valor real diminuirá à medida que o

---

citado por Ascarelli é Fischer, que escreveu em .... a obra, traduzida no Brasil com o título *A reparação dos danos no direito civil* (São Paulo, 1938) – e nem o foco de uma monografia chamou suficiente atenção.

número de observações aumentar”. Ou seja: o valor de um dano se tornará cada vez menor à medida que for diluído numa quantidade cada vez maior de possibilidades de reprodução, uma vez que a sua ocorrência não seja certa. A ela foi adicionada em 1730 a *lei das médias*, concebida por Abraham de Moivre, que aperfeiçoou o cálculo das probabilidades com o *desvio padrão*, corrigindo as margens de erro (*apud* Pacheco Vaz, 2001: 104). Assim a empresa seguradora conta com o fator aleatório do dano a seu favor, ao contrário do segurado, que tem na eventualidade de sinistro o risco de prejuízo. Como o sinistro acontece apenas eventualmente, o cálculo estatístico de sua ocorrência permite que a seguradora conheça antecipadamente o valor dos desembolsos futuros com grande margem de segurança. Assim pode garantir as indenizações dos segurados arrecadando um prêmio pago individualmente pela assunção do risco de todos.

A segurança operacional da seguradora, advinda da ciência atuarial não modifica a sua natureza jurídica aleatória. Enfrentaremos essa discussão adiante, quando tratarmos dos elementos classificatórios do contrato.

**1.1.3. Dimensão social.** Socialmente, o seguro desempenha um papel importante, porque promove o espírito de cooperação com proveito transindividual. Os beneficiários imediatos são os segurados, mas a economia é indiretamente favorecida porque a segurança patrimonial favorece o crédito e a circulação da riqueza. Se considerarmos a sua expansão no setor público, em alguns casos tornando-se obrigatório, vamos vislumbrar uma nova dimensão da importância do seguro, *v.g.*, na segurança no trabalho, na previdência social, na indenização às vítimas de acidentes de trânsito, nos financiamentos agrícola e habitacional etc. Por outro lado, da técnica administrativa da empresa seguradora, baseada

no cálculo de probabilidades acima comentado, emerge a função social do seguro como instituição, qual seja, a repartição dos riscos (Ascarelli, 1945: 226).

A inegável importância social do contrato de seguro motivou levou alguns autores a sustentarem que se trata de uma relação jurídica comunitária (Silva, Ovídio A. B., 2001: 52); para Calmon de Passos (1999: 98), são negócios jurídicos coletivos, e para Tzirulnik (2001: 57), eles criam relações jurídicas transindividuais. Entre os segurados haveria uma comunidade de interesses, criando vínculos de cooperação com deveres recíprocos de fidelidade, formando-se uma vontade coletiva limitadora de direitos individuais. A comunidade de interesses é expressada pela mutualidade, que imprime ao contrato natureza comutativa. Os segurados não são titulares de direitos subjetivos frente ao fundo formado pela arrecadação dos prêmios, devendo ser indenizados sempre pelo valor do prejuízo no momento da sua ocorrência e nunca pelo valor da apólice, a qual funciona apenas como limitadora da indenização. Essa concepção segue o modelo de Larenz para o contrato de sociedade.

Todavia, entre os segurados não existe *affectio*, que é essencial entre os sócios. Os segurados não expressam vontade coletiva, uma vez que os contratos com a seguradora são individuais e inteiramente autônomos entre si. Cada segurado tem direito de crédito próprio contra a seguradora. De outra parte, se no modelo de Larenz o contrato de sociedade é comutativo, para Túlio Ascarelli é distributivo, tratando-se de negócio plurilateral, não bilateral (1945: 296). O aspecto comunitário que se pode vislumbrar no seguro enquanto instituto, não no contrato, diz respeito aos benefícios sociais que produz (v. abaixo a dimensão social do contrato de seguro).

Também não é sustentável, *data vênia*, a afirmação de que o contrato de seguro é transindividual, uma vez que não existe nexos entre os direitos subjetivos dos segurados. Os interesses ou direitos transindividuais são os que transcendem a esfera de um único sujeito. A sua classificação foi feita corretamente no Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único.<sup>2</sup> Eles se dividem em duas categorias: os direitos ou interesses difusos e os coletivos em sentido estrito. Essas categorias compõem os interesses ou direitos coletivos em sentido amplo. A sua característica negativa é que não são apropriáveis por ninguém de modo exclusivo. Escapam à conceituação de direitos subjetivos, porquanto não são individuais. São direitos ou interesses da coletividade. A sua nota dominante é a indivisibilidade. Por isso, não podem ser atribuídos a pessoas individualmente consideradas. Esses interesses ou direitos existem de modo mais ou menos disperso na sociedade. Os difusos têm um grau maior de dispersão, pois os sujeitos que os compartilham nada têm particularmente em comum entre si. O nexos que os relaciona é pura e simplesmente uma circunstância de fato. Os consumidores de modo geral têm interesse em informações precisas e claras na oferta de produtos e serviços. Do mesmo modo, todos temos interesse na preservação do meio ambiente. Esses interesses são difusos e só podem ser mensurados quando a sua violação atinge uma comunidade. Se uma empresa faz publicidade enganosa ou abusiva de um produto numa determinada cidade, todos os consumidores atingidos pela mensagem comercial infratora tiveram violado um direito, mas esse fato, por si só, não os torna titulares de um direito individual. O direito continua sendo coletivo (em sentido amplo) e o que o define é a circunstância exclusivamente fática

---

<sup>2</sup> Onde não há propriamente novidade. Já Pontes de Miranda falava dessas categorias no Tratado das Ações (§ 4º, 4).

da audiência, composta por todos os efetivos receptores da mensagem publicitária. Se um rio é poluído por dejetos industriais, todos os que ali se balneiam ou pescam ou de qualquer modo dele se utilizam são prejudicados. A circunstância fática é o mero desfrute das águas. Em qualquer uma dessas situações os atingidos são pessoas indeterminadas.

Do mesmo modo são indeterminados os participantes de grupos, categorias ou classes de pessoas que se circunscrevem em âmbito mais restrito, mas igualmente constituem uma coletividade. O interesse ou direito que lhes assiste é também transindividual e indivisível, mas diz respeito apenas a eles. O nexó de ligação entre os interessados já não é mera circunstância de fato, mas uma relação jurídica que os liga entre si ou a cada um deles a um terceiro que é parte comum a todos. A relação jurídica existente pode ser interna ou externa relativamente aos membros do grupo, categoria ou classe, assim como os associados de um clube ou os clientes de um mesmo banco, respectivamente. Tão-somente nesses dois casos se pode falar de direitos ou interesses coletivos. A nota essencial é a indivisibilidade do direito ou do interesse em causa. Esse conceito também não se aplica aos segurados de uma mesma seguradora. Todos eles são titulares de direito subjetivo a uma prestação eventual. É verdade que constituem um grupo de pessoas ligadas por relação jurídica a uma mesma contraparte. Nesse aspecto os segurados têm interesse comum na solidez da seguradora. Por conseguinte, em tese poderiam ser considerados, em grupo, parte legítima para uma ação que visasse assegurar as condições de permanência de solidez da seguradora. Mas nesta hipótese não se poria em causa nenhum dos contratos individuais e sim o interesse comum dos segurados em manter a sustentabilidade econômica do contratante comum, situação semelhante à de uma assembléia de credores. A pretensão

coletiva não prejudicaria de nenhum modo o eventual direito de crédito de cada segurado se sobreviesse o sinistro previsto no contrato, ou seja, não desnaturaria o direito individual.

Outra impropriedade da visão do contrato de seguro como coletivo ou comunitário é que a afirmação do interesse difuso ou transindividual é feita tendo em vista um pretensão direito dos segurados sobre a massa de recursos administrada pela seguradora. De que natureza seria esse direito? Real ou obrigacional? Não pode ser direito real, porque os recursos não pertencem aos segurados. Para que fosse direito obrigacional seria necessário que a administração dos recursos se tornasse objeto do contrato de seguro, o que não ocorre. Objeto do contrato é a indenização do dano eventual. Também não é sustentável a homogeneidade dos interesses segurados como elemento coletivo do contrato de seguro. Homogeneidade é diferente de transindividualidade. A homogeneidade pressupõe uma origem comum de direitos pertencentes a diferentes sujeitos. Se um fato lesivo qualquer causasse dano a pessoas em número indeterminado, ainda que os lesados fossem muitos, poderiam ser identificados pela prova da relação causal entre o fato lesivo e o prejuízo alegado, de modo que cada um receberia indenização na medida do prejuízo individual sofrido. Essa coincidência da fonte do direito à indenização confere homogeneidade ao direito de cada lesado, mas não significa transindividualidade, na medida em que os direitos ou interesses permanecem no plano individual. Esses direitos de origem comum são chamados de individuais homogêneos. Não são direitos ou interesses coletivos. Os direitos ou interesses coletivos são indivisíveis, como visto acima, enquanto que os individuais homogêneos, ao contrário, são divisíveis e, por isso mesmo, individuais ou ao menos individualizáveis (Zavascki, 1995) . No exemplo acima figurado, o direito à reparação dos prejuízos adviria, para todos os prejudicados, do mesmo fato lesivo. Um só evento seria a

causa do prejuízo de diversas pessoas. Portanto, não se estaria diante de um direito coletivo, mas sim de vários direitos individuais ligados a uma origem comum. A possibilidade de defesa coletiva de direitos ou interesses individuais homogêneos contribuiu para confundirlos com a defesa de direitos coletivos. A defesa de direitos ou interesses de uma espécie e de outra é feita em ações apropriadas, umas individuais, outras coletivas. Assim, a defesa dos direitos coletivos de trabalhadores pertencentes a uma mesma categoria profissional, referente às condições de segurança do trabalho, pode ser feita pela ação individual do sindicato da categoria, enquanto que os direitos individuais desses mesmos trabalhadores relativos à indenização acidentária pode ser proposta por uma ação coletiva do mesmo sindicato, que peça a condenação do réu a pagar o que é devido a cada um, proporcionalmente ao prejuízo sofrido. No primeiro caso, haverá um direito coletivo; no segundo, direitos individuais de origem comum. A defesa de ambos atende a critérios de economia processual, mas o direito material é substancialmente diverso. Somente existe transindividualidade nos direitos coletivos.

Do exposto conclui-se que nos contratos de seguro de uma mesma seguradora não há direitos coletivos, por falta de transindividualidade, nem homogeneidade, por ausência de origem comum dos direitos dos segurados.

**1.2. Papéis do risco e da garantia.** A definição dos papéis do risco e da garantia é questão central na compreensão das características essenciais do contrato de seguro. É inegável que um fator está em razão do outro. Não pode haver contrato de seguro sem risco e é por causa dele que se busca a garantia propiciada pelo negócio jurídico.

A repercussão jurídica dessa lógica é o que examinaremos a seguir.

**1.2.1. O risco como pressuposto.** Segundo o art. 757, CC, o contrato de seguro visa garantir interesse legítimo do segurado contra “riscos predeterminados”. Sem risco não pode existir seguro. O risco é elemento essencial a esse contrato.

No conteúdo de um negócio jurídico existem elementos que lhe essenciais, naturais ou acidentais. Essa tricotomia, segundo Pontes de Miranda, corresponde à necessidade, implicitude e eventualidade de alguns elementos do conteúdo do negócio. Os elementos essenciais ou *essentialia negotii* (critério de necessidade) são os que “fazem os suportes fáticos serem negócios jurídicos”; elementos naturais ou *naturalia negotii* (critério de implicitude) são os que exsurtem do próprio negócio e já se encontram previstos em lei; elementos acidentais ou *accidentalia negotii* (critério de eventualidade) são os que “poderiam não estar no suporte fático, sem que esse deixasse de entrar no mundo jurídico” (Pontes de Miranda, TDP, 3: § 324, 2).

Junqueira de Azevedo (1986: 41 ss) classifica os elementos do negócio jurídico em: a) elementos gerais, comuns a todos os negócios e imprescindíveis à sua existência (os intrínsecos: forma, objeto e circunstâncias negociais; e os extrínsecos: agente, lugar e tempo); b) elementos categoriais, resultantes da lei e compreendendo os essenciais ou inderrogáveis e os naturais ou derogáveis pela vontade das partes; c) elementos particulares, livremente dispostos pelas partes, tais como a condição, o termo e o encargo. São elementos ao tipo contratual: a guarda do bem, no depósito; a coisa, na compra e venda; o uso, na locação; a álea, no jogo; o risco, no seguro etc.

O risco, na classificação dos elementos feita por Pontes de Miranda, é elemento essencial ao contrato de seguro; na lição de Junqueira de Azevedo, é elemento categorial inderrogável.

O Código Civil sanciona a ausência de risco ou a sua suscitação (embora se possa questionar se a sanção está corretamente aplicada aos planos de inexistência, invalidade ou ineficácia, matéria da qual não é o caso de nos ocuparmos agora):

- art. 762: é nulo o contrato para garantia proveniente de ato doloso do segurado ou do beneficiário. O ato doloso elimina o elemento de incerteza que caracteriza o risco;

- art. 768: o segurado que agrava intencionalmente o risco perderá o direito à garantia. A hipótese é semelhante à anterior: ao invés de provocar diretamente o sinistro, o segurado cria condições favoráveis à sua ocorrência;

- art. 770: a redução considerável do risco poderá ensejar a resolução do contrato;

art. 773: o segurador que expedir a apólice ciente de estar passado o risco, pagará em dobro o prêmio estipulado.

Há figura de linguagem quando se diz que, pelo contrato, o segurado transfere o risco para o segurador (“...*il contratto svolge la funzione di trasferire il rischio*” [Donati, 1961: 139]). Não se trata, propriamente, de transferência de risco, mais propriamente de aquisição de garantia. O risco continua a pairar sobre o bem, mas o segurado fica resguardado contra perdas.

O risco, cujos efeitos o segurado transfere ao segurador, vai justificar a natureza aleatória do contrato. Inicialmente, segurado e segurador encontram-se em situação de equivalência. Existe álea para os dois contratantes, pois ambos têm uma alternativa de ganho ou perda (Gomes, 1990: 463). O segurado paga o prêmio e talvez nada receba em quantitativo monetário como contraprestação. O segurador, por sua vez, poderá ter que desembolsar muito mais do que recebeu se o evento vier a ocorrer. Resulta que na extinção do contrato as prestações efetivamente cumpridas poderão exibir flagrante desproporção econômica, por força da aleatoriedade.

**1.2.2. A garantia como causa final.** A finalidade do segurado, ao contratar, é precaver-se do risco. Eis aí a causa do seguro: a garantia.

Quando uma garantia é causa do contrato, o que move o titular do interesse posto em garantia é a sua preservação frente aos riscos que o ameaçam. O objeto do contrato não é a eliminação do risco, seria objeto impossível, afetando a validade. Ninguém pode impedir o advento de fenômenos naturais ou humanos futuros e incertos. O contrato de garantia visa atribuir ao titular do interesse sob risco o direito subjetivo de obter a compensação da perda que vier a sofrer com a eventual concretização do risco.

A causa, como já foi visto, não faz parte do negócio. É fator externo, a razão pela qual as partes contratam.

(...) “a ‘causa’, ou seja, a razão do negócio, liga-se, logicamente, àquilo que é o conteúdo do negócio, sem, no entanto, se identificar com ele” (Betti, 2003, I: 248).

Com vistas a determinada finalidade prática, conforme a peculiaridade dos seus interesses, as partes realizam o negócio jurídico cujos elementos típicos sejam instrumentais para alcançar o desiderato comum.

A causa é um fato externo ao negócio, enquanto que o elemento categorial inderrogável objetivo é justamente a referência, que se faz a esse fato, no próprio conteúdo do negócio. Por outras palavras, o elemento inderrogável objetivo faz parte, isto é, é integrante da estrutura do negócio, e a causa, não (Azevedo, 1986: 170); grifos do original.

A causa não é elemento constitutivo do negócio. Causa é função, finalidade. A função de um ser não pode ser simultaneamente parte da sua estrutura (Azevedo, ob. cit., p. 174).

Há um vínculo de correspondência e afinidade entre a causa e o elemento categorial inderrogável objetivo. A causa (garantia), elemento externo, conecta-se ao elemento categorial que tipifica o contrato (risco) e o torna propício para alcançar a finalidade<sup>3</sup> almejada.

---

<sup>3</sup> Finalidade é causa final, aquilo que levou os contratantes a colocarem o negócio jurídico em existência objetiva. Não se trata do motivo (*finis operantis*). Motivo é o móvel psicológico do agente, o propósito individual que o levou a agir, e é irrelevante para a formação ou para os efeitos do negócio jurídico. Causa é o escopo imediato que informa o negócio, garantindo-lhe individualidade conceitual (*finis operis*) (Torquato de Castro, 1966: 6).

A natureza do contrato de seguro é uma só para todas as espécies. Seja privado seja público (social, estatal) o seguro, a finalidade é a mesma: dar a alguém a tutela contra o sinistro (...) (Pontes de Miranda, 1972: 283).

A causa é atributiva do sinalagma. Segurado e segurador compartilham uma álea. O segurado paga um prêmio ao segurador para que ele o indenize eventualmente, se ocorrer o sinistro. O fator aleatório (concretização ou não do risco) fará pender a vantagem econômica do contrato para um ou para outro. Se não ocorrer o sinistro, a integralidade do prêmio será contabilizada como lucro do segurador. Caso contrário, este terá que pagar como indenização valor muito superior ao prêmio. A prestação do segurador é eventual, *pendente eventu*. A aleatoriedade não decorre da causa (garantia), mas do risco (elemento categorial inderrogável). Segundo Junqueira de Azevedo (1986: 170) “é o elemento categorial inderrogável, e não a causa, que fixa o regime jurídico a que o negócio pertence”. Se a causa fosse a álea, não haveria seguro, mas aposta ou jogo (Pontes de Miranda, 1972: 285).

Se causa é finalidade (aquilo que as partes querem alcançar = garantia) ela se projeta como eficácia dentro do contrato, justificando-lhe a existência de modo objetivo. Por isso que o desaparecimento da causa acarreta a ineficácia do negócio jurídico (nos negócios com causa final; diferentemente nos negócios com causa pressuposta, cuja ausência é determinante de nulidade). A eficácia que se comunica ao contrato pela causa deve perdurar por toda a sua vigência, desde a formação até a extinção. Assim é com a garantia. Está presente no contrato de seguro independentemente de prestação do

segurador, porque preexiste (como finalidade) ao próprio contrato e justifica toda a sua duração.

O risco - ou seja, a álea – exerce o papel de fator modificativo dos efeitos do contrato. Se ocorrer o sinistro (fato determinado, mas futuro e incerto – portanto, aleatório - previsto como risco) haverá a obrigação do segurador indenizar o dano do segurado. Se não ocorrer, o segurador libera-se do contrato na sua extinção sem necessidade de prestar a indenização.

Persistindo por todo o contrato e sendo atributiva do sinalagma, a causa, na formação do contrato é sinalagma genético e durante a execução (independentemente de sinistro e conseqüente prestação indenizatória) desenvolve-se como sinalagma funcional. O papel da causa na eficácia do contrato, sustentando a permanência do sinalagma, é demonstrado com clareza por Luis Renato Ferreira da Silva:

No caso dos contratos sinalagmáticos, no direito brasileiro (ausente uma regra como a do artigo 1.108 do Código Francês), a noção de causa, mesmo em sentido subjetivo (o fim visado pelos agentes quando da manifestação de vontade e que, em certos contratos é sempre o mesmo, pois tem uma objetividade diversa dos motivos) funciona como fator de manutenção da eficácia. Se nesses contratos “*l’obligation de chaque partie a pour cause l’obligation de l’autre*”, a manutenção desta reciprocidade que surge com o próprio contrato (dito sinalagma genético) durante a fase de execução é um fator para que os efeitos queridos sejam mantidos e alcançados (sinalagma funcional) (Silva, LRF: 2001).

Sendo eficácia e não prestação, a garantia incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado como direito expectativo. E, por outro lado, é responsabilidade sem atualidade debitória ou prestação imediata do segurador. Ela é eficácia enquanto utilidade e razão prática da existência do contrato.

**1.3. Elementos classificatórios.** Os elementos classificatórios de um contrato servem para definir suas principais características, especialmente quanto ao modo de formação e aos efeitos atributivos. É com base nesses elementos que a ciência do direito vai reconhecendo novos contratos, conforme suas características se ajustem aos modelos já existentes. Contratos com características coincidentes devem reger-se pelas mesmas regras básicas, não importa se são típicos ou atípicos.

Vamos apreciar os mais expressivos elementos classificatórios do contrato de seguro.

**1.3.1. Consensualidade.** O contrato de seguro, na lei brasileira, tem três modos de formação, todos de pura consensualidade: oralmente, por escrito ou por comportamento concludente. O ponto de partida pode ser: *a)* a proposta formulada pelo segurado ou por corretor habilitado, à qual deve seguir-se a aceitação da seguradora (art. 9º., do DL 73/66), comunicada, como é habitual, por manifestação escrita (poderia sê-lo oralmente, haja vista a pura consensualidade), em que a aceitação é tácita, mediante emissão da apólice ou de nota de cobertura provisória; *b)* a aquisição de bilhete de seguro, que tem como ponto de partida a solicitação verbal do segurado (art. 10, do DL 73/66) ou, *c)* uma oferta pública da

seguradora, ensejando, por comportamento concludente do segurado (*e.g.*, aquisição do bilhete por meio mecânico ou eletrônico, com emissão automática em máquinas ou a distância, via internet), a conclusão e eficácia plena do negócio jurídico, mesmo naquelas situações em que a manifestação de vontade padeceria de invalidade (*e.g.*, menoridade do passageiro na aquisição do bilhete de transporte com emissão simultânea de seguro).

**1.3.2. Forma.** Consensualmente formado, o contrato de seguro será provado pela apólice (hipótese *a*, acima) ou pelo bilhete (hipóteses *b* e *c*). Em falta da apólice e do bilhete, poderá servir um documento comprobatório do pagamento do prêmio (art. 758). A prova do contrato de seguro é necessariamente documental, nada obstante o modo de formação seja simplesmente consensual. Por conseguinte, a apólice ou o bilhete não é *ad substantiam* do negócio, mas é necessário *ad probationem*. A falta de um desses documentos não implica inexistência do contrato, mas induz nulidade se mediante outro escrito, tal como um comprovante de pagamento do prêmio ou anotações e registros da seguradora, o contrato não resulta provado.<sup>4</sup>

**1.3.3. Especialidade do segurador.** O CC 2002 explicitou exigência que, a par de já ser observada no mercado, estava subjacente no DL 73/66: somente pode ser segurador uma entidade para tal fim legalmente autorizada. Assim foi aparentemente assumida pelo legislador brasileiro a teoria da empresa, de Cesare Vivante, o que levou Tzirulnik-

---

<sup>4</sup> A inexistência seria deduzida da falta de um pressuposto de existência. Os pressupostos de existência do contrato de seguro estão presentes no art. 757 (v. comentário adiante): (*a*) um interesse legítimo do segurado, (*b*) exposto a riscos predeterminados, (*c*) uma entidade legalmente autorizada a operar como seguradora, (*d*) o pagamento do prêmio. Este último pressuposto não retira ao contrato o seu caráter consensual, porque o pagamento pode ser diferido por acordo entre as partes, afastando a idéia de contrato real.

Cavalcanti-Pimentel (2003: 39) a consignar ao seguro a marca da *empresarialidade*. Todavia, a lei não exige que o segurador seja uma empresa, e sim entidade “legalmente autorizada”. Não resta dúvida de que, nos seguros comerciais, a entidade seguradora será necessariamente uma empresa, em razão natureza econômica da sua atividade (art. 981, caput, CC). Mas parece-nos possível, conforme sustentaremos adiante (capítulo 2), a formação de associações (entidades, portanto, com fins não econômicos – art. 53, CC) ou de grupos no seio das já existentes, que instituem benefícios securitários (não necessariamente previdenciários) em favor dos seus membros, administrados na modalidade de autogestão.

A exigência de especialização, particularmente nos seguros comerciais, decorre da necessária contabilização dos riscos como forma de provimento da garantia dos segurados, o que se torna viável mediante as modernas técnicas atuárias que peculiarizam a administração das sociedades seguradoras, que são normatizadas e fiscalizadas pelo Estado, conforme dispõe o DL 73/66.

Note-se, todavia, que a exigência contida no art. 757, § único, CCB, não é de que seja segurador uma companhia seguradora, e sim “entidade para tal fim legalmente autorizada”, o que não exclui a possibilidade dos seguros mútuos, em que os próprios segurados constituem pessoa jurídica para a formação de um grupo solidário.<sup>5</sup>

**1.3.4. Adesividade.** Alguns autores incluíam entre as características do contrato de seguro a adesão, justificando-a pela uniformização das condições contratuais,

---

<sup>5</sup> V. Mutualismo, adiante.

predeterminação do conteúdo do contrato pela seguradora e regulamentação estatal (Gomes, 1990: 464). Os contratos de adesão em geral reúnem essas características. O art. 54, do CDC, prevê as duas formas gerais de adesão: a intervenção regulamentadora do Estado ou a unilateralidade das cláusulas predispostas pelo fornecedor. Fosse só por isso não se deveria incluir a adesão como peculiaridade do contrato de seguro. O que a torna característica indispensável no seguro é que sem massa contratual de riscos homogêneos o negócio do seguro não é viável. Só excepcionalmente um seguro é realizado fora dos moldes pré-formatados pela empresa seguradora, como, por exemplo, no seguro de transporte de uma obra de arte muito valiosa ou no seguro de acidentes de um atleta em situação específica. Fora dessas situações especiais, o seguro é oferecido ao público em padrões semelhantes. Dentro de cada ramo especializado, há necessidade de reunir um número significativo de riscos homogêneos, ou seja, pessoas com interesses de mesma natureza, para que a seguradora possa arrecadar os prêmios necessários à cobertura das garantias que vai assumir. A adesividade é necessária para a pluralidade e homogeneidade dos riscos.

**1.3.5. Onerosidade.** No contrato de seguro, assim o segurado como o segurador persegue vantagens patrimoniais, obrigando-se ambos a desembolsos, certos ou eventuais, e credenciando-se a receber proveitos. O segurado paga o prêmio e transfere o risco, tendo direito, eventualmente, à indenização dos prejuízos (seguros de danos) ou à soma contratada (seguros de pessoas). O segurador embolsa os prêmios, o que é certo, sendo aleatório qualquer desembolso futuro. O contrato é oneroso, não o descaracterizando como tal a eventualidade da prestação do segurador.

**1.3.6. Bilateralidade.** No contrato de seguro, a bilateralidade (sinalagma) está na troca entre prêmio e garantia. O prêmio é prestação representativa do risco assumido pelo segurador. Não se trata propriamente de risco de sinistro, porque o sinistro é fato estranho à vontade dos contratantes. É risco de indenizar em casos predeterminados (“riscos predeterminados” na verba legal do art. 757). Esse risco é objeto de cálculo atuarial. Em troca do pagamento do prêmio o segurado obtém uma garantia (cobertura, em linguagem securitária), igualmente predeterminada. Tanto o prêmio como a garantia são índices de risco, daí serem conceitos técnicos (Groutel, 2003: 255), não correspondendo a valores absolutos. A troca entre prêmio e garantia (ou cobertura) é o sinalagma, não é comutatividade.<sup>6</sup> A comutatividade requereria certeza e conhecimento prévio das prestações de ambas as partes, o que não ocorre no seguro, porque a prestação do segurador – a indenização – é incerta, na medida em que depende da ocorrência do sinistro, e indeterminada, porque, mesmo havendo o sinistro, o valor dependerá da extensão dos danos.

**1.3.7. Aleatoriedade.** É em torno da álea que se estabelece a divergência fundamental sobre a natureza jurídica do contrato de seguro. Nada obstante seja tradicional a doutrina (como citado acima) identificar o seguro como contrato aleatório, sempre houve discrepâncias fundamentadas, com o argumento de que a técnica da aplicação da lei dos grandes números eliminaria o risco da seguradora, não se justificando mais a aquela afirmação. O contrato de seguro então seria comutativo, permutando-se o prêmio e a

---

<sup>6</sup> Isso nem sempre resta claro: “A equivalência entre o prêmio pago pelo segurado e o risco garantido pelo segurador é o elemento básico da boa relação securitária” (Tzirulnik, 2001: 46, nota 44); “É importante frisar que o ser de *garantia* a obrigação do segurador implica a *natureza comutativa* do contrato de seguro” (Tzirulnik, 2001: 56; grifos do original). O autor sustenta que a relação entre prêmio e garantia dá base à comutatividade, quando, *data venia*, é pressuposto apenas do *prius*, que é a bilateralidade.

garantia, sendo estas as prestações das partes. A nosso ver, a garantia não é prestação e o contrato de seguro é aleatório por sua própria natureza. Assim pensamos já haver demonstrado na análise do risco e da garantia, respectivamente como elemento categorial inderrogável (essencial) do contrato e causa. O risco comunica álea ao contrato. Dessa sorte, entendemos dispensável aduzir outras considerações nesse sentido.

Todavia, a natureza aleatória do contrato de seguro é contestada por quem entende que, havendo troca entre prêmio e garantia, existe comutatividade.<sup>7</sup> Para esses autores, a garantia é a prestação do segurador.

---

<sup>7</sup> Ao fim e ao cabo, é de se perguntar qual é a importância da discussão sobre a natureza aleatória ou comutativa do contrato de seguro, indagação que não seria inédita. Para Vivante, a discussão é puramente acadêmica, uma vez que os contratos aleatórios não possuem regras que diferenciem a sua disciplina jurídica (1912: 475). Planiol e Ripert têm o mesmo ponto de vista, ressaltando que a única distinção útil entre contratos comutativos e aleatórios é quanto à ação rescisória por lesão, que é interponível para os comutativos (1946: 56). Mesmo assim, consignam que a possibilidade de rescisão por lesão dos contratos de alienação de imóveis com causa de renda vitalícia, se a renda for inferior ao valor do imóvel ou aos rendimentos auferidos com o capital respectivo. O art. 157, CCB, não especifica que espécie de contrato é passível de anulação por lesão (v. considerações abaixo), sendo um bom exemplo o mencionado pelos autores franceses citados. Ainda no campo da objeção à aplicação de regras excepcionais aos contratos, registre-se a opinião de Hauriou (1926), de que a teoria da imprevisão implicava “a aplicação de um princípio de justiça distributiva a um contrato comutativo”, o que implicitamente excluía a sua aplicação aos contratos aleatórios. A discussão ganhou corpo, especialmente na Itália, frente ao art. 1.469, CCI (de 1942), que negou a resolução dos contratos aleatórios por onerosidade excessiva. No direito brasileiro não há regra semelhante, descabendo o debate. O art. 478, CC, permite a resolução por onerosidade excessiva dos contratos de execução continuada ou diferida, sem discriminar os aleatórios. E com efeito, não haveria razão. A onerosidade excessiva é causada por um fato imprevisível superveniente ao contrato, que acarreta o seu desequilíbrio. Equilíbrio deve haver também nos contratos aleatórios, não somente nos comutativos. Nos contratos comutativos, o equilíbrio consiste na prévia determinação e certeza das prestações a serem cumpridas pelas partes. Nos contratos aleatórios, as prestações dependem de fatos futuros e incertos que podem não ocorrer ou não se sabe quando ocorrerão. A diferença entre ambos é que nos contratos comutativos espera-se que tudo ocorra *conforme* o previsto, enquanto que nos aleatórios as expectativas ficam subordinadas a um grau de incerteza que integra as previsões das partes. Portanto, cada contrato tem a sua *normalidade*. Há uma incerteza (álea) nos contratos comutativos que se restringe à própria indeterminabilidade do futuro, mas os riscos são apenas os comuns, incapazes de autorizar a aplicação de regime de exceção ao contrato. É uma álea *normal*: o locatário pode não pagar o aluguel, o objeto emprestado pode ser danificado, etc. Nos contratos aleatórios, a álea é maior, mas é *peculiar* ao gênero contratual: a safra adquirida de antemão pode ser prejudicada pela intempérie, pode haver furto do automóvel segurado, etc. A álea normal dos contratos comutativos e a álea peculiar aos aleatórios são *previsíveis*. Já os fatos que sancionam a teoria da imprevisão têm caráter extraordinário e são, como não poderia de ser, *imprevisíveis* (Borges, 2000). Na jurisprudência do Rio Grande do Sul o tema da revisão dos contratos aleatórios não foi enfrentado diretamente, mas pelo viés da obrigação genérica. Várias decisões em casos de venda de safras futuras (**Julgados do TARGS**: 38: 344, 42: 157, 66: 278) seguiram paradigma do STF (REx 87.874 – RS, 1ª. Turma, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, 05/12/1977, unânime, in Julgados do

Vamos ao exame dos argumentos contestadores da aleatoriedade e também à sua réplica.

Os autores que negam a aleatoriedade do contrato de seguro sustentam que ele é comutativo, e o fazem com base em três argumentos, especialmente: (i) a eliminação do risco do segurador pelas técnicas atuariais (ii) a obrigação do segurador é fazer (*securum facere*) ; (iii) a existência de uma obrigação de garantia com identidade própria; (iv) a comunidade de interesses formada pelos segurados.

(i) A discussão sobre a natureza comutativa ou aleatória do contrato de seguro é cíclica. Vivante (1912: 474) mudou de opinião duas vezes. Inicialmente considerava o contrato de seguro aleatório, depois o afirmou comutativo, e refluíu para a posição primitiva, porque as prestações dos contratantes, embora comecem equivalentes, podem tornar-se fortemente desiguais na execução do contrato, cabendo à sorte decidir qual dos

---

**TARGS**, 30: 369), que admitiu a execução de documento assinado pelas partes e por duas testemunhas – com a qualidade de título executivo extrajudicial, portanto – constando a obrigação de entregar coisa fungível. Assim caracterizava-se a obrigação genérica, não cabendo alegar o risco de que o grão vendido não viesse a existir, ainda que houvesse frustração da safra, pois o gênero não perece. Em outra decisão semelhante (ACv 586053548, 6ª. CCv do TJ-RS, Rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício, 24/03/1987, unânime, in **RJTJRG**S, 130: 321), o acórdão parte do pressuposto da inaplicabilidade teórica da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios (apesar de rubricar, em outra passagem, que o *quantum* da inflação era fator imprevisível, embora a inflação como mal econômico crônico estivesse incorporada ao comércio), e para manter a vigência da regra, descaracteriza a compra de safra futura como aleatória, uma vez que havia garantia legal de preço mínimo para o produto. Raciocínio análogo parece ter sido aplicado em caso de compra de laranjas com preço a ser definido futuramente, em que o STJ deixou implícito que não seria aplicável a teoria da imprevisão se estivesse em jogo a quantidade das laranjas: “Nos que se refere à natureza do contrato, no caso, o art. 1.119 do Código Civil [de 1916], o Acórdão recorrido limitou-se a afirmar que *‘as partes concordam com um preço futuro mas determinável’* , deixando de lado, em seguida, a teoria da imprevisão. Com isso, a meu sentir, não desafiou o risco do adquirente no que se refere à quantidade ou à culpa do alienante” (REsp 184.539, 3ª. Turma do STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 14/10/99, unânime). A nosso ver, no caso do contrato de seguro, a discussão da natureza aleatória ou comutativa é menos importante quanto à possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva – o que nos parece possível pelos argumentos expostos - mas sim para definir qual é a causa e qual é o objeto do contrato.

dois terá prejuízo ou vantagem. O argumento mais usado para afirmar que o contrato de seguro não é mais aleatório deriva precisamente da teoria da empresa, formulada por Vivante. A especialização das seguradoras e o emprego de técnicas administrativas adequadas, como a atuária, resultaram na minimização do risco. Assim, v.g., Luis Benitez de Lugo y Reymundo, *apud* Tzirulnik, 2001: 51. Com efeito, “o segurador conta com os cálculos e por bem dizer assume os riscos sem riscos” (1972: 285).

A técnica securitária desenvolvida pelas companhias seguradoras é um aspecto relevante da operação de seguro, mas diz respeito à sua dimensão econômica, não afeta a natureza jurídica do contrato. A técnica securitária é, para a seguradora, um meio administrativo eficiente para a estimativa dos riscos e a consecução dos contratos. O segurado a ignora, posto que a ele só interessa a indenidade. A influência das idéias econômicas sobre o seguro começou com Gobbi, em 1878, e culminou com a teoria da empresa, de Vivante, publicada entre 1885 e 1887. Com efeito, a redução da álea faz parte da operação industrial do seguro, sem atingir as características jurídicas do contrato. O segurador só pode assumir o risco com o respaldo da massa de recursos proveniente da sua carteira de negócios. O risco individual que ele assume perante um segurado é dissolvido no conjunto de contratos de mesma espécie, celebrados com muitos outros segurados. Como o índice de sinistros em casos análogos obedece a uma certa variável estatística, o segurador pode manter-se dentro de margens seguras, praticamente afastando de si a álea, uma vez que se a considere em relação à massa de contratos e não relativamente a um só. Em termos práticos, a álea é afastada pela dispersão dos custos (os prêmios de todos os segurados vão formar o fundo das indenizações ou somas a serem pagas pelo segurador) e pela concentração dos benefícios (as indenizações ou somas só serão pagas em casos

limitados, aqueles em que houver sinistro). Não obstante, o negócio jurídico do seguro consiste essencialmente na assunção das conseqüências patrimoniais de um sinistro, fato incerto e futuro que marca a essência aleatória do contrato.

O argumento de que a empresa seguradora elimina a álea confunde a necessária organização empresarial com o risco assumido por ela nos contratos isoladamente considerados. A organização empresarial tem a álea presente em cada contrato como pressuposto. A seguradora protege-se da incerteza com uma série de contratos aleatórios, reduzindo no conjunto o grau de probabilidade de ocorrência do sinistro, justamente porque ele é fato aleatório. Mesmo nos seguros de vida há incerteza da prestação do segurador, porque a morte, apesar de ser certa, tem no tempo de sua ocorrência o elemento incerto. Nos contratos comutativos deve haver equivalência inicial, efetiva ou presumida, das prestações recíprocas. Para Halperin (1976: 10), se considerar a organização empresarial torna comutativo o contrato de seguro assim também devem ser classificados o jogo e a aposta quando explorados industrialmente como loteria, roleta, corridas de cavalo em hipódromos etc. Ao reverso, o contrato de seguro seria para o segurador uma verdadeira aposta não fosse firmado em série e, sim, apenas isoladamente. A exploração industrial do contrato de seguro explica-se pura e simplesmente pela aplicação do princípio da mutualidade aos contratos individualmente considerados (*id.*, *ib.*: 15), não havendo aí nenhuma coletivização, dadas as peculiaridades de cada apólice.

(ii) Ainda outro argumento é brandido em favor da natureza comutativa do seguro, também originário da atividade especializada das companhias seguradoras. É que a seguradora é devedora de garantia e nesse mister realiza continuamente uma obrigação

de fazer, que se convencionou denominar de *securum facere* ou “aprestamento dos meios técnicos”. Sua preocupação fundamental era obviar o argumento de que o pagamento do prêmio ficaria sem causa se o sinistro não se verificasse. A evolução dessa doutrina ocorreu na Itália e na Alemanha.

No direito alemão, duas teorias propuseram-se a sustentar o direito do segurador ao prêmio, mesmo que não tivesse que pagar qualquer indenização: a teoria de Haymann, para quem a prestação do segurador seria uma promessa de indenizar (prestação *in promittendo*) e a teoria de Bruck, que afirmava ser complexa a obrigação do segurador, integrada pela indenização eventual, condicionada<sup>8</sup> à verificação do sinistro, e antecedida pelo aprestamento dos meios técnicos necessários ao adimplemento eventual da indenização.

A doutrina italiana recebeu melhor a segunda teoria, conceituando a obrigação do segurador como condicionada quanto ao pagamento da indenização e como obrigação de fazer (*securum facere*) quanto ao aprestamento dos meios técnicos. O *securum facere*

---

<sup>8</sup> A incerteza objetiva da prestação do segurador suscitou uma tese de obrigação condicional. A obrigação do segurador ficaria condicionada à existência do sinistro, causador do dano. Assim Halperin (2001: 30) e Orlando Gomes (1990: 463). Não parece, contudo, seja uma idéia correta, porquanto a eventualidade do dano do segurado não decorre de disposição convencional, como acontece nos negócios jurídicos condicionados. A incerteza do sinistro é própria da natureza do seguro, não tem origem na vontade das partes (Donati, 1961: 141). O art. 121, do vigente Código Civil brasileiro tem redação esclarecedora: “Considera-se condição a cláusula que, derivando *exclusivamente da vontade das partes*, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto” (grifamos). O fato subordinante do efeito do negócio jurídico não participa da natureza do direito. Disse bem Viterbo (1932: 59): a eventualidade do dano e da indenização é um elemento essencial ao tipo contratual. O mesmo pensa Trabucchi (1992: 738), dizendo que a álea é elemento essencial do contrato de seguro. Em outras palavras: o risco é elemento categorial inderrogável do seguro. Contra a idéia de prestação de prestação condicional também se posicionou Buttaro (1954: 22), para quem a prestação do segurador consiste em assumir a tutela do interesse do segurado, compreendendo a realização de tudo que se fizer necessário a tal fim, inclusive a indenização em caso de destruição ou dano do próprio bem, como forma de sub-rogação real. Por se tratar de um contrato de execução continuada, segundo o autor citado, não se justifica a restituição do prêmio mesmo no caso de resolução antecipada, bem como o sinistro não define a existência da prestação, apenas influi sobre o seu conteúdo.

resultou da conclusão de que a prestação *in promittendo* do segurador representa uma atribuição patrimonial em abstrato, sem caracterizar uma prestação em sentido técnico. O aprestamento dos meios técnicos converte a promessa, considerada uma obrigação de garantia, em utilidade objetiva suscetível de avaliação econômica. Assim a obrigação do segurador deixa de ser unicamente uma obrigação de prestar e se transforma em obrigação de fazer, consistente em administração técnica e, eventualmente, prestar a indenização, o que é implícito no dever de aprestamento (Ippolito, 1983: 485 ss).

A idéia de *securum facere* foi reforçada pela teoria da empresa, de Vivante. A empresa, integrada à estrutura do contrato, afetaria a natureza aleatória do seguro. Se a empresa permanecesse como elemento externo à relação contratual, ela apenas transmitiria ao contrato uma disciplina normativa, sem atingir a sua natureza aleatória. Mas, tendo-se que ela participa da estrutura da relação jurídica, a empresa elimina a álea, e a prestação do segurador passa a consistir, substancialmente, na adoção das medidas técnicas adequadas ao pagamento final e condicionado da indenização. A álea deixa de ser um elemento conatural e intrínseco do seguro, transformando-se em variável extrínseca e contingente, haja vista a incerteza do sinistro. Algo naturalmente aleatório adquire uma função antialeatória. O contrato passa a ter um sinalagma simétrico na gênese e assimétrico na função, pois a eventual indenização do segurador não encontra correspondente direto no pagamento do prêmio (Ippolito, 1983: 488- 496). Na gênese do contrato, o prêmio, obrigação específica, se correlaciona com a promessa de indenização (garantia). A promessa é obrigação genérica (dar coisa incerta) uma vez que a liquidação do dano geralmente é feita em dinheiro, raramente em forma específica, como fornecer ao segurado outra casa em lugar da que se incendiou. Sendo o dinheiro bem fungível por definição, a

liquidação do dano por equivalência implica o trânsito do gênero para a espécie. O sinalagma, nesta fase, é assimétrico, porque a liquidação não tem co-respectivo direto, mantendo-se a correlação com o prêmio pago na fase genética (Ippolito, 1983: 499-503).

O *securum facere*, na exposição de Ippolito, implica uma consequência absolutamente inaceitável: a desoneração do segurador dos riscos do contrato. Afirma o autor que os segurados, fornecendo os capitais necessários para a cobertura dos riscos comuns, mediante o pagamento dos prêmios, tornam-se, de certa forma, seguradores de si mesmos, estabelecendo-se uma relação de estreita dependência entre os contratos individuais. Ressalta o autor citado, no entanto, o entendimento contrário em maciço da doutrina italiana, que aceita a interdependência apenas no seguro mutualístico, rejeitando-a no capitalista (Ippolito, 1983: 536-538).

O *securum facere* implica a concepção de que a toda atribuição patrimonial deve corresponder necessariamente uma prestação, e na prestação devem estar compreendidos elementos reais do mundo físico ou do mundo social. Daí que a atividade administrativa da seguradora se transforma em objeto de direito, como “serviço” de que é credor o segurado, sem o que simplesmente inexistiria prestação (atribuição) do segurador ao segurado. Como a contrato de seguro foi redefinido como comutativo por essa teoria, torna-se inconcebível não haver prestação bilateral.

A idéia de que sujeito e objeto de uma relação jurídica constituem o elemento físico do conflito de interesses foi exposta por Carnelutti<sup>9</sup> e criticada por Torquato Castro, ideólogo da situacionalidade das relações jurídicas. Para Castro, o que entra no mundo jurídico não são as realidades físicas e sociais em si, mas relações analógicas específicas que com elas se constroem. Essas realidades participam do escopo preciso da norma em cada situação, conforme os aspectos relacionais deles retirado e projetado para a vida pela norma. Dessa sorte, sujeito e objeto de direito são construções normativas (Castro, 1985: 68).

Ora, a garantia como bem jurídico-econômico é uma construção normativa e para ser atribuída a um sujeito de direito não necessita revestir-se de qualquer realidade física ou social, como a atividade administrativa do outorgante.

Para contestar o *securum facere* também se pode recordar a singela distinção entre as obrigações de dar e de fazer (compreendidas as prestações pecuniárias – inerentes ao conceito de indenização - na primeira espécie):

A distinção entre as obrigações de dar ou de fazer deve ser traçada em vista do interesse do credor, porquanto as prestações de coisas supõem certa atividade pessoal do devedor e muitas prestações de fatos exigem dação. Nas obrigações de dar, o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue, pouco lhe importando a atividade do devedor para realizar a entrega. Nas obrigações de fazer, ao contrário, o fim é o aproveitamento do

---

<sup>9</sup> Para Carnelutti, objeto dos direitos necessariamente tem que ser entes e não qualidades do ente. Assim, o nome, o título e a honra de uma pessoa são apenas suas qualidades. Objeto de uma relação jurídica deverá ser a própria pessoa e não as suas qualidades (Carnelutti, 1942: 236).

serviço contratado. Se assim não fosse, toda obrigação de dar seria de fazer, e vice-versa. (Gomes, 1998: 38).

A prestação do segurador não é como a do devedor de abstenção, que cumpre o seu dever de modo contínuo e permanente, posto que, nessas obrigações (de não fazer), a violação requer ato positivo.

O que a doutrina européia chamou de *securum facere* não é prestação, é dever legal frente ao Estado e dever secundário de boa-fé em relação ao segurado.

As atividades securitárias estão sujeitas a regulação estatal, até ao momento nucleadas no Decreto-lei 73, de 21 de novembro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados (v., adiante, comentários ao parágrafo único do art. 757). Conforme aquele diploma legal, as sociedades seguradoras só podem assumir responsabilidades dentro de limites técnicos fixados pelo Conselho Nacional dos Seguros Privados, devendo constituir reservas técnicas para garantia de suas obrigações (artigos 78 a 88), sendo passíveis de intervenção e liquidação em caso de insuficiência de cobertura e impossibilidade de recuperação (artigos 89 a 107).

Sendo assim, o chamado aprestamento dos meios técnicos não é outra coisa que a diligência administrativa que deve cercar a atividade securitária para bem servir à sua função social. Frente ao Estado, é um dever legal, cujo descumprimento se sujeita a sanções administrativas. Frente ao segurado, é dever secundário de conduta, derivado da boa-fé,

pois é curial que a seguradora descurada administrativamente não poderá cumprir de modo exato suas obrigações contratuais.

Os deveres secundários, via de regra, têm por objeto um fazer ou não fazer, não lhes correspondendo pretensão - com exceção de alguns deveres específicos, como o de prestar contas (Silva, C.C., 1976: 113). Ao segurado, contudo, não assiste legitimidade para pedir contas das seguradoras como meio de controle do dito *securum facere*. Esse controle cabe ao Estado, através da Superintendência dos Seguros Privados – SUSEP -, que exerce poder de polícia no interesse dos segurados e dos beneficiários dos contratos de seguro (art. 2º, do Decreto-lei 73/66).

(iii) Afirma-se que o seguro é uma obrigação de garantia, e “o ser de garantia a obrigação a cargo do segurador implica a natureza comutativa do contrato de seguro” (Tzirulnik, 2001: 53), posto que desde o início do contrato e continuamente o segurador presta garantia ao segurado. Parece-nos haver dois equívocos básicos nessa formulação. O primeiro é não destringar, nos efeitos do contrato, entre garantia (eficácia direta) e prestações (eficácia reflexa). Não há troca entre garantia e prêmio. O intercâmbio prestacional é entre prêmio e indenização, sendo esta eventual. Este ponto é tratado adiante, na segunda parte deste trabalho (dinâmica eficaz da garantia: atribuição performativa).

O segundo equívoco é confundir obrigação (relação jurídica obrigacional) com dever. Trata-se de impropriedade terminológica (conforme já analisado anteriormente), que de tão freqüente tornou-se lugar comum, a de chamar de obrigação o que em verdade é dever. Assim, fala-se de “obrigação de garantia” para aludir à classificação de Demogue,

quando se deveria dizer “dever de garantia”. Improriedades desse jaez fazem escola em razão do prestígio de quem as formula. Roubier (1963: 97) registra equívoco técnico de Planiol, que nas primeiras edições do *Traité élémentaire de droit civil* afirma que o fundamento da culpa, tanto na responsabilidade civil contratual quanto na delitual, é descumprir uma “obrigação”.

O seguro é, com efeito, uma obrigação de garantia, desde que se faça essa afirmação em vista da finalidade da relação jurídica obrigacional entre segurado e segurador, e não como modalização da espécie de prestação. Tomada neste último sentido, significaria que a prestação do segurador seria, em princípio, passível de exclusão, só não o sendo por reforço (legal ou voluntário) do vínculo, assim como por convenção podem ser acrescentados ou reduzidos os riscos contratuais. Sobre este ponto, veja-se também a primeira deste trabalho.

(iv) Por último, argumenta-se contra a aleatoriedade porque o seguro envolve interesses da comunidade de segurados. Sobre este ponto já nos debruçamos ao analisarmos a dimensão social do seguro.

**1.3.8. Boa-fé.** Afirma-se, por fim, que o contrato de seguro é um contrato de boa-fé. Sendo a base do seguro a assunção, pelo segurador, dos efeitos do risco do segurado, a boa-fé sempre esteve muito associada às declarações do segurado, que permitiriam ao segurador avaliar o risco a ser assumido. Como o CC 1916 não dispunha de uma cláusula geral de boa-fé, a previsão do art. 1.443 era de grande importância. O CC 2002, a par de torná-la uma exigência nos contratos em geral (art. 422), modificou a redação do anterior

art. 1.443, obrigando o segurado e o segurador a guardarem a mais estrita boa-fé e veracidade “na conclusão e na execução do contrato”, o que remete a interpretação para o âmbito mais largo da boa-fé objetiva e não apenas subjetiva. Nesse passo, seria mesmo dispensável uma menção especial à boa-fé na disciplina do contrato de seguro. Certamente tal menção é porque sempre se entendeu que a boa-fé no seguro tem papel mais relevante do que em outros contratos, o que motiva a expressão de que no seguro se exige *uberrimae fidei* (fé abundante).

A chamada fé abundante é característica dos contratos de cooperação em geral, cuja essência é o *animus cooperandi*, sua verdadeira alma, um estado anímico especial (*animus cooperandi*), insuscetível de execução específica e que só viceja em clima de liberdade (Vasconcelos: 1999: 158). Tratando-se de seguro, parece-nos que nas mutualidades é possível falar-se de *uberrimae fidei* como elemento de reforço, mas em seguro comercial a boa-fé tem o sentido técnico que a dogmática lhe vem atribuindo.

**1.4. Objeto.** Qual é o objeto do contrato de seguro: a *coisa*, o *interesse* do segurado sobre ela ou o *risco* que a ameaça? As respostas a esta questão variam com os autores. Para Serpa Lopes (1962: 365), objeto dos seguros podem ser coisas ou pessoas, para Orlando Gomes (1990: 471) é o risco, e para Pedro Alvim (2001: 104) é a prestação do segurador, que varia conforme a natureza do seguro: uma verba estipulada nos seguros de pessoas, a indenização ou a reparação *in natura* nos seguros de coisas. Waldemar Ferreira (1963: 495) distinguiu entre objeto – a coisa – e causa do contrato – o risco, citando como precedente o discripe de Luís Cunha Gonçalves, que definiu como “objeto jurídico e técnico do seguro o risco” e não “a entidade material” exposta ao sinistro. Donati (1961:

161) reparou a variabilidade da doutrina e afirmou que os três elementos referidos devem ser considerados em conjunto, uma vez que o que se segura não é a coisa em si mesma, mas a sua relação subjetiva com o segurado, em razão da existência de um risco, sendo que este só faz sentido em presença dos elementos precedentes.

Com efeito, coisa (melhor dizendo: bem), interesse e risco são elementos do objeto, porque fazem parte do conteúdo do contrato. Por objeto de um negócio jurídico deve ser entendido o seu conteúdo (Azevedo, 1986: 153) e nele estão presentes os elementos categoriais inderrogáveis (elementos típicos do contrato, que irão definir o seu regime jurídico), os elementos categoriais derogáveis (que constituem o conteúdo implícito do negócio, porque estão previstos no seu regulamento legal, mas podem ser afastados por disposição contratual, posto que são regras dispositivas) e os elementos particulares (as cláusulas pertinentes ao negócio concreto realizado pelas partes, com as especificações que tiverem feito).

No caso do seguro, são elementos categoriais inderrogáveis: o *risco* (“riscos predeterminados”, conforme está no art. 757, a hipótese de sinistro, a ameaça a que o bem está exposto: incêndio, furto, lesão corporal, morte etc); o *prêmio* (a importância a ser paga pelo segurado como recompensa do segurador ou “preço” do seguro); e o *interesse* (a relação entre o segurado e o bem). Ser o interesse legítimo significa a licitude do objeto do contrato, portanto, que o interesse seja *segurável*, e a sua pertinência com o proponente do seguro. São elementos categoriais derogáveis, porque assim estão previstos na lei: a obrigatoriedade de pagamento do prêmio, mesmo que o risco não se verifique, *salvo disposição especial* (art. 764); a irredutibilidade do prêmio, mesmo que haja diminuição do

risco no curso do contrato, *salvo disposição em contrário* (art. 770); a redução proporcional da indenização, no caso de sinistro parcial, se o seguro foi estipulado em valor menor do que o interesse, *salvo disposição em contrário* (art. 783); a possibilidade de transferência do contrato a terceiro por motivo da alienação ou cessão do interesse segurado, *salvo disposição em contrário* (art. 785, *caput*). São elementos particulares o bem segurado, o valor da apólice e do prêmio, a vigência do contrato etc.

Em um núcleo mais reduzido, pode distinguir-se entre um objeto *imediate* - o interesse segurável - e um objeto *mediate* - o que interessa ao segurado: o bem, material ou imaterial.<sup>10</sup>

Essa distinção ressalta do art. 757, segundo o qual o contrato de seguro visa garantir “*interesse legítimo [objeto imediate] do segurado, relativo a pessoa ou a coisa [objeto mediate]*”. Também outros dispositivos mostram o interesse do segurado como objeto *imediate* do contrato: o art. 759 (*interesse a ser garantido*); o art. 778 (*nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado*); o art. 781 (*a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado*); o art. 782 (*o segurado que, na vigência do contrato, pretende obter novo seguro sobre o mesmo interesse*); o art. 783 (*o seguro de um interesse por menos do que valha*); o art. 785, *caput* (*admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado*); o art. 789 (*nos seguros de pessoas, o segurado pode contratar mais de um*

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, Halperin (2001: 59), considerando objeto do contrato “o risco, se existe um interesse segurável”, distinguindo-o da “coisa segurada”, denominada objeto “por razão de brevidade, não em sentido técnico”.

*seguro sobre o mesmo interesse*); e o art. 790 (*no seguro sobre a vida de outros, o segurado é obrigado a declarar o seu interesse pela preservação da vida do segurado*). A própria coisa como objeto *mediato* aparece no art. 784 (*vício intrínseco da coisa segurada*). Especificamente nos seguros de pessoa, o capital segurado surge como o objeto nos artigos 789 (*nos seguros de pessoa, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente*), 792 (*a quem deverá ser pago o capital segurado*), 794 (*o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado*) 795 (*é nula qualquer transação para pagamento reduzido do capital segurado*) e 798 (*o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato*).

Em alguns dispositivos, aparece o risco como objeto do contrato. Assim no art. 761 (*quando o risco for assumido em co-seguro*), no art. 762 (*nulo será o contrato para a garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado*), no art. 764 (*o fato de não se ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro*), no art. 768 (*o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato*), no art. 769 (*o segurado é obrigado a comunicar a agravação do risco coberto*), no art. 770 (*diminuição do risco no curso do contrato*), e no art. 773 (*o segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir*). O risco é objeto do contrato por ser elemento categorial inderrogável, pois se não há risco preexistente não pode haver seguro.

Devem distinguir-se uns elementos dos outros. No seguro de incêndio de uma casa, o *risco* é o incêndio, o objeto *imediato* é o interesse do segurado sobre o imóvel (residência, renda, comércio etc) e o objeto *mediato* é a casa. No seguro de vida, o objeto

*mediato* é o *interesse* pela vida, *própria* (por razões óbvias) ou de *outrem* (por razões que o segurado terá que declarar [art. 790], afetivas ou econômicas), sendo objeto *mediato* o valor da apólice. No seguro de saúde, o objeto *mediato* será obviamente a saúde, o que parece ser irrefutável. Neste caso, pode afirmar-se com igual segurança que o *risco* é a doença. Se ocorrer o sinistro, o segurado terá que se submeter a tratamento. O objeto *mediato* do contrato de seguro-saúde – e prestação eventual da seguradora - será o tratamento médico, ministrado por prepostos da seguradora (obrigação de fazer) ou o pagamento do serviço de terceiros (obrigação pecuniária [dar]).

No art. 766 (*se o segurado fizer declarações inexatas perderá o direito à garantia*) e no art. 787 (*no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro*), bem como no art. 757 (*o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado*) parece ser a *garantia* objeto do contrato ou a prestação do segurador. Mas a garantia – como função econômico-social, aquilo que o segurado almeja para forrar-se ao risco e, simultaneamente, o “produto” da seguradora – é a *causa* do seguro. Aliás, é assim que aparece no art. 791 (*no seguros de pessoa, se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário*).

A prestação do segurador é o pagamento da indenização nos seguros de dano ou a verba estipulada nos seguros de pessoa. Assim no art. 771 (*sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador logo que o saiba*), no art. 772 (*a mora do segurador em pagar o sinistro obriga à atualização monetária da indenização devida*), no art. 776 (*o segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do*

*risco, salvo se convencionada a reposição da coisa), no art. 781 (a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado), no art. 786 (paga a indenização, o segurador sub-roga-se nos direitos do segurado), e no art. 788 (nos seguros de responsabilidade civil legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado).*

**1.5. Efeitos.** Vamos examinar os efeitos do contrato de seguro sob dois ângulos: a situação jurídica das partes na relação jurídica de garantia e o conteúdo das prestações.

**1.5.1. Situação jurídica das partes.** O segurado é titular de direito expectativo, ou seja, direito derivado (Pontes de Miranda, 5: § 516), direito que se contém em direito já existente. “O titular de direito expectativo é pré-titular do direito expectado”, cuja aquisição se sujeita a fato-termo, “só depende de elemento em que não entra a vontade do titular”; é (o direito expectativo) “direito a adquirir direito, sem que se precise, para isso, de ato humano” (Pontes de Miranda, 5: § 577). O direito do segurado à indenização é direito expectativo derivado do contrato de seguro, que só se materializará em crédito se o sinistro - elemento integrativo, fato-termo - o fizer nascer.

O sinistro é fato jurídico que causa a aquisição derivativa do direito à indenização. Antes do sinistro, há simples pretensão à aquisição do crédito, direito *in fieri*, direito à formação de direito, bem como direito subjetivo à formação de direito, ou seja, direito a vir a ter crédito – *se e quando* o sinistro ocorrer. A expectativa é *sombra* do direito subjetivo (Pontes de Miranda, V: 283). O segurado tem direito à garantia em abstrato. Poderia defender a sua posição jurídica de expectante se a seguradora quisesse, por exemplo, anular

o contrato. Estaria exercitando pretensão ao direito expectativo, ao direito subjetivo de garantia, expectativo do crédito.

No direito expectativo de garantia o suporte fático é o acordo de vontades formador do contrato. A eficácia imediata do contrato, para o segurado, é a garantia. No direito à indenização, além do acordo de vontades, há o fato jurídico *stricto sensu* do sinistro. A indenização é uma segunda eficácia, mera extensão da primeira. Para a segunda eficácia já não basta o acordo de vontades, há necessidade de suporte fático adicional: o sinistro. O suporte fático do direito à indenização é então dúplice: o acordo de vontades (negócio jurídico) e o sinistro (fato jurídico *stricto sensu*).

A garantia apresenta-se em estado latente enquanto o sinistro não ocorre. É de grande felicidade a expressão de Donati (1961: 138), de que o contrato substitui a eventualidade negativa do dano pela expectativa de uma prestação positiva. A prestação só virá depois do sinistro.

Garantia e prestação não se confundem, posto que responsabilidade (*obligatio lato sensu*) é diferente de *debitum* (obrigação *stricto sensu*). Ambas são eficácias contratuais, mas são compósitos do processo obrigacional incoincidentes no tempo e diferentes na essência. A garantia é responsabilidade sem débito atual, responsabilidade que pode extinguir-se assim, como obrigação em potência, sem nunca se transformar em *debitum*. No

seguro, a responsabilidade é *prius*, o *debitum* é *posterius* e é incerto, *pendente eventu*. Garantia é vinculatividade, não é já obrigatoriedade (portanto, não é prestação).<sup>11</sup>

Garantia e prestação têm em comum que ambas são eficácias do contrato. Eficácia “é irradiação do fato jurídico depois da incidência da regra jurídica no suporte fático” (Pontes de Miranda, 1970, 5: § 505). Essa irradiação se dá no espaço e no tempo; às vezes o fato jurídico é complexo, exigindo que todos os elementos fáticos necessários se realizem para a produção plena da eficácia. O surgimento sucessivo dos elementos do suporte fático complexo não demarca nova situação, não cria relação jurídica diversa da já existente, mas também não pode ser ignorado ou relegado a uma significação jurídica nula (Pontes de Miranda, 1970, 5: § 506). O sucessivo surgimento de novos elementos no suporte fático vai transformando a eficácia. Com o advento do sinistro, o que antes era mera garantia (direito expectativo do segurado, responsabilidade do segurador) transforma-se em crédito do segurado e prestação do segurador (a indenização).

Com razão Serpa Lopes (1962: 371): “A prestação do segurador consiste em pagar a indenização ajustada, ocorrendo o sinistro, caracterizador do risco”.

O sujeito passivo da relação jurídica que irradia o direito expectativo “tem o dever de sofrer o nascimento do crédito: ainda não é devedor da prestação mas essa dívida já não depende de sua vontade; pode nascer, contra ela” (Pontes de Miranda, V: § 577). Eis a situação jurídica do segurador. O sinistro faz nascer a dívida a quem antes era mero

---

<sup>11</sup> Pontes de Miranda (1970, V: 7-8) critica a confusão que é feita, inclusive na lei, entre vinculação e obrigatoriedade, apontando como exemplos os artigos 1.080 e 1.081, do Código Civil de 1916, onde “obriga” e “obrigatória”, respectivamente, referiam-se ao vínculo jurídico brotado da oferta, cuja eficácia implicava a impossibilidade de revogação, e não, desde logo, obrigação no sentido de cumprimento.

garantidor. À responsabilidade latente (garantia) pode seguir-se obrigação vinculada (dever coercivo de cumprir). O dualismo débito (*debitum*) - responsabilidade (*obligatio*) apresenta-se, no seguro, em ordem invertida. Existe antes – e autonomamente - para o segurador a *obligatio* (prestação secundária) e só eventualmente o *debitum* (prestação primária).<sup>12</sup>

A inversão *debitum* - *obligatio* repercute no segurado, que não tem pretensão imediata sobre o segurador, a menos que o sinistro ocorra.

Pontes de Miranda (22: § 2.690) assim retrata essa situação:

No contrato de seguro, o segurador assume o risco. O que era incerto para o segurado, que presta o prêmio, faz-se certo para ele e incerto para o segurador. O segurador é sujeito passivo de relação jurídica pessoal; não garante, assume; não é devedor condicional, é devedor, desde já, da certeza de não vir a ter danos. O segurador não é como o empenhante, nem como o hipotecante, nem, sequer, como o fiador; presta, desde já, a apólice, que é assunção de risco (grifamos)".

Uma vez que o direito - como é o caso no seguro pré-sinistro - pode ser desprovido de pretensão, “há o direito, com o seu conteúdo, prestar, sem que possa ser exigida a prestação, ou por faltar a pretensão, ou por estar encoberta a sua eficácia” (Pontes de Miranda, *id. ib.*). Note-se que o autor, unanimemente admirado pela sua precisão técnica, usa a expressão “relação jurídica pessoal”, acima grifada. Em outra passagem, ele põe os

---

<sup>12</sup> “A prestação, a que corresponde o débito, denomina-se, hoje, de prestação primária; e de secundária a que corresponde à responsabilidade” (Couto e Silva, 1976: 99).

conceitos de “relação jurídica pessoal” e “relação jurídica de obrigação” em rigor conceitual:

Na exposição científica do direito não podemos deixar que a terminologia perturbe o sistema jurídico, ou a visão dele. Ao (...) se concluir o contrato, não se pode dizer que a relação jurídica de obrigação se inicia. Inicia-se a relação jurídica pessoal, porque a prestação pode ainda não ser exigível (= não ter nascido a obrigação). Os créditos, pois, e as dívidas podem ir surgindo, à medida que se avança no tempo (Pontes de Miranda, 22: § 2.679).

O que se conclui, pois, é que a garantia não é prestação propriamente dita, porquanto compõem o quadro de uma relação jurídica pessoal, na qual ainda não nasceu obrigação e pretensão, embora já exista responsabilidade.

**1.5.2. Prestações.** Sendo bilateral e oneroso, o contrato de seguro implica prestações recíprocas das partes. A do segurado é o pagamento do prêmio, a do segurador, o pagamento da soma estipulada nos seguros de pessoa ou da indenização nos seguros de dano. Tanto o segurado como o segurador deve prestações positivas e reais, consistentes em prestar somas em dinheiro (Stiglitz, 2001: I, 186, citando no mesmo sentido Alterini, Ameal e López Cabana).

O prêmio é a importância a ser paga pelo segurado ao segurador, como contrapartida da garantia que receberá contra prejuízos eventuais nos seguros de dano, ou pelo recebimento da soma estipulada nos seguros de pessoa. É prestação pecuniária, certa na existência e determinada no valor. Em linguagem leiga, é freqüentemente confundido

com a indenização paga pelo segurador. Trata-se, no entanto, da “recompensa” do segurador por assumir a responsabilidade pelo dano eventual do segurado. Esse era o sentido da expressão (*praemium*, em latim) nas antigas navegações, recompensando o navio que chegasse ao destino. Outro significado histórico da palavra “prêmio” é de primeiro pagamento, aquele que deve ser feito por antecipação, para que se obtenha a cobertura dos riscos. Derivaria, neste caso, de *primum*. Atualmente, não é mais exigido o prêmio antecipado. É comum o fracionamento do pagamento para facilitação do comércio de seguros. Nada obstante, é considerado indivisível no atinente à sua correspondência com a constância do risco durante todo o período contratual.

A indivisibilidade do prêmio justifica-se porque o seu valor é calculado por um período inteiro de cobertura e a sua devolução alteraria as estimativas atuariais que permitem o enfrentamento do risco num conjunto de contratos. Por isso, o segurado é obrigado a pagar a integralidade do prêmio em caso de rescisão (art. 766). Mas a indivisibilidade não é acolhida de modo absoluto na lei brasileira, posto que na resolução por falta de pagamento, a seguradora não tem ação para cobrar o prêmio vencido (art. 796, parágrafo único).

O prêmio recebe diversas classificações técnicas no Dicionário de Seguros (FUNENSEG, 2000): *prêmio estatístico* é o custo real do risco assumido pela seguradora, obtido pela divisão do valor total a serem possivelmente pagas pela totalidade dos segurados, sem levar em conta despesas administrativas nem outros fatores de custo; *prêmio puro* é o prêmio estatístico acrescido de um carregamento de segurança destinado a cobrir flutuações aleatórias verificáveis na massa que serviu de base ao cálculo, de molde a

manter a estabilidade da seguradora. Pode incluir despesas de regulação e liquidação dos sinistros; *prêmio comercial* é o prêmio puro, mais as despesas de corretagem, de administração da seguradora e o seu lucro; *prêmio bruto* é o prêmio comercial acrescido de encargos e impostos. É o prêmio que efetivamente deverá ser pago pelos segurados.

Do prêmio o Código Civil trata em cinco dispositivos: nos artigos 757, 763, 766, 769, parágrafo 2º., e 796.

Pelo art. 757, o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado *mediante o pagamento do prêmio*. Se fizer declarações inexatas ou incompletas que possam influir na aceitação da proposta ou na taxação do prêmio ensejarão a perda do direito à garantia, obrigando o segurado, mesmo assim, a pagar o prêmio vencido; se o sinistro já tiver ocorrido, o segurador terá direito a cobrar a diferença, conforme o art. 766 e parágrafo único. O segurado em mora no pagamento do prêmio não terá direito à indenização, se o sinistro ocorrer antes da purgação, segundo o art. 763. O parágrafo 2º. do art. 769 manda restituir a diferença do prêmio em caso de resolução do contrato por agravação do risco sem culpa do segurado. E o art. 796, parágrafo único, cuidando de seguro de vida individual, denega ao segurador pretensão para a cobrança do prêmio vencido, sancionando a falta de pagamento com a extinção do contrato.

Do conjunto dessas disposições tiram-se duas conclusões: (a) a correspondência entre prêmio e garantia; (b) os efeitos da falta de pagamento do prêmio: a perda da garantia, com a possibilidade de extinção do contrato, e sem possibilidade do segurador cobrá-lo, no caso de seguro de vida individual.

A correlação entre prêmio e garantia é demonstrativa do sinalagma e reside no plano dos efeitos do contrato. São efeitos bilaterais, decorrentes da causa do negócio, que é escapar ao risco, para o segurado, e a “venda de proteção” (garantia) pelo segurador.

A prestação do segurador é o pagamento de uma soma estipulada nos contratos de pessoa e da indenização nos seguros de dano. Nos seguros de vida com reversão de renda em favor do segurado sobrevivente o pagamento da soma é certo e de valor determinado; nas demais modalidades de seguro de pessoa, a prestação é incerta (porque o segurado poderá não morrer ou sofrer danos indenizáveis no prazo contratual) e de valor indeterminado (proporcional ao dano nos casos de seguro de acidentes). Nos seguros de dano, a prestação do segurador dependerá da ocorrência do sinistro e sempre será o valor prejuízo sofrido pelo segurado que se amoldarem às previsões contratuais. De modo geral, a prestação do segurador é pecuniária. Excepcionalmente, é obrigação de dar coisa certa, consistente em repor em espécie o bem perdido, ou obrigação de fazer, quando a reposição do bem implica construí-lo ou reconstruí-lo às expensas do segurador.

Há que se diferenciar a prestação do segurador da garantia.<sup>13</sup> Ambas são eficácias do contrato, mas eficácias diversas. A garantia é eficácia que se irradia direta e imediatamente do contrato e independe de fato jurídico outro que não o negócio jurídico. A prestação é eficácia reflexa, porque depende de um fato jurídico – o sinistro – que ocorre

---

<sup>13</sup> Se a garantia, tal como está no art. 757, *caput*, é a prestação do segurador (assim Tzirulnick-Cavalcanti-Pimentel, 2003: 30), será também a prestação do fiador, uma vez que, pelo art. 818, ele “garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor”? É claro que o dever de prestar é do devedor afiançado e se este efetivamente cumprir a obrigação, nada deverá o fiador. Portanto, a garantia em que consiste a fiança – contrato meramente acessório – não é uma prestação do fiador, mas responsabilidade potencial.

fora da eficácia própria do contrato de seguro – a garantia - e que é estranho à vontade daquele em cuja esfera jurídica a eficácia opera – o segurado. “Quando a eficácia provém de fato estranho à vontade daquele em cuja esfera jurídica ela se opera, diz-se que é *reflexa*” (Pontes de Miranda, 1970: 4; grifo do original). “Entre o suporte fático (*a*) e a eficácia (*e*) está a regra jurídica (*b*), a incidência dessa regra (*c*) e nada menos que o fato jurídico (*d*), de que essa eficácia se irradia” (Pontes de Miranda, 1970: 10-11). A prestação é eficácia (*e*) que se irradia do suporte fático do negócio jurídico (*a*), da regra jurídica que tipifica o contrato (*b*), da sua incidência sobre o acordo de vontades (*c*) e do fato jurídico do sinistro (*d*). Pensar em dever de prestação antes do sinistro é ignorá-lo como fato jurídico indispensável à eficácia reflexa.

A garantia, como eficácia direta, não contém exigibilidade, porque emana *ipso facto* do contrato e não reúne os requisitos técnicos de uma prestação.

A confusão entre garantia e prestação deve-se ao indiscernimento entre as eficácias direta e reflexa do contrato, assim como entre interesse do segurado e indenização.<sup>14</sup>

O interesse do segurado é não sofrer prejuízos. Ocorrendo o sinistro, causa dos prejuízos, o interesse do segurado concentrar-se-á na indenização, objeto da prestação.

---

<sup>14</sup> Segundo o Dicionário de Seguros (FUNENSEG, 2000), prestação do segurador “é a obrigação que tem o segurador de pagar a indenização, no caso de ocorrência do sinistro”; garantia “é a designação genérica utilizada para indicar as responsabilidades pelos riscos assumidos por um segurador ou ressegurador. É também empregada como sinônimo de cobertura”; e cobertura, no mesmo dicionário, é a “proteção conferida por um contrato de seguro ou de resseguro”.

Note-se, porém, que muitas vezes o interesse do credor pode ser satisfeito independentemente da realização da prestação pelo devedor. Almeida Costa (1994: 85) dá como exemplos o pagamento por terceiro e a ocorrência de circunstâncias aleatórias, tal como a cura do doente antes da intervenção cirúrgica. No caso do seguro, o interesse do segurado em não sofrer prejuízos poderá ser satisfeito simplesmente pelo não advento do sinistro. O segurado ficará indene mesmo que a seguradora nada cumpra, em virtude da eficácia emanada diretamente da causa do contrato: a garantia.

A execução da prestação (indenizar) implica a realização do objeto mediato do contrato e apenas de modo reflexo satisfaz o interesse do credor, que é a finalidade da obrigação e se situa fora da estrutura da relação jurídica (Almeida Costa, 1994: 122).<sup>15</sup>

Não havendo prestação imediata a cargo do segurador e sequer desejando o segurado que ela ocorra, uma vez que o seu pressuposto é o sinistro, examinemos a situação jurídica das partes na relação de garantia.

## **2. Mutualismo**

A mutualidade é uma forma de cooperação recíproca para a persecução de objetivos comuns aos participantes de um grupo catalisados pelo mesmo interesse.

---

<sup>15</sup> A indenização (entrega de soma de valor, fato positivo a ser praticado pelo segurador na qualidade de devedor) é o objeto mediato do contrato, sendo seu objeto imediato a conduta devida de prestar - uma categoria das obrigações de dar.

As mutualidades podem estabelecer-se em função de interesses diversos: previdência, seguros, crédito, produção, consumo etc. Os grupos que as compõem podem ser abertos ou fechados, sendo neste último caso freqüentemente constituídos de corporações profissionais.

Juridicamente, as mutualidades perfazem a figura de uma associação: pessoas que se reúnem e organizam com finalidades não econômicas. Quando a finalidade econômica está presente no mutualismo, tem-se a figura da cooperativa.

No seguro, a mutualidade está presente como um princípio de organização econômica. “O seguro é mutualidade ou não é seguro” (Stein, *apud* Comas, 1960: 37). A mutualidade no seguro implica a diluição de riscos individuais entre uma coletividade de pessoas a quem o risco é comum e o ressarcimento dos prejuízos que cada uma venha a sofrer. A mutualidade pode ser organizada pelo próprio grupo ou por um terceiro. Quando a organização é promovida por um terceiro tem-se o seguro empresarial ou comercial. Quando existe auto-organização dos interessados tem-se o seguro mútuo. No seguro empresarial ou comercial, a mutualidade é operacionalmente abandonada, conservando-se em estado puro no seguro não-empresarial.

Ramella (1937: 12) registra a diferença entre as sociedades de socorro mútuo e as companhias de seguro, uma vez que aquelas não atuam com a mesma técnica destas, desenvolvendo uma função de ajuda recíproca, especialmente para os casos de doença e velhice dos seus associados, os quais, todavia, não contribuem proporcionalmente à entidade do risco garantido, como ocorre no seguro.

A seguradora mutualista caracteriza-se pela ausência do ânimo de lucro, pela igualdade de direitos e obrigações dos mutualistas e pela existência de um órgão que os congrega e representa (Comas, 1960: 42-51). A finalidade de lucro é substituída pelo espírito de poupança. Os mutualistas são segurados e seguradores de si próprios. Uma vez que administram seus próprios recursos, há entre eles uma “permanente situação de contingência quanto aos resultados econômicos” (Comas, 1960: 24). O valor das quotas pode variar, conforme os resultados. Se houver excedente em relação aos custos e aos pagamentos feitos, todos participam da sobra, mas se a soma dos encargos superar o montante dos recursos, eles terão que cobrir o déficit. Os mutualistas têm uma dúlice condição: são segurados e associados entre si. Para que alguém se torne segurado numa mútua, é necessário que se vincule à entidade que congrega os mutualistas.

Um aspecto importante e especialmente esclarecedor da natureza das mútuas é a prestação. A associação, que é a entidade administradora do sistema, tem como prestação principal o pagamento do valor da garantia a cada membro ou beneficiário quando ocorrer o evento previsto como sinistro. Acessoriamente, deverá representar o grupo e administrar os seus interesses. Os mutualistas poderão ter que pagar um prêmio, como ocorre com os segurados. Entretanto, em alguns grupos, não há propriamente um prêmio e sim uma quotização, que só é devida também por ocasião do sinistro. Se a mútua tem por finalidade o amparo da família do membro que morre, o benefício poderá ser a soma da arrecadação dos membros do grupo no mês em que ocorrer o óbito. Desse modo, tanto o benefício como as prestações do mutualistas serão eventuais.

A origem da mutualidade provavelmente não é única, pois decorre do próprio espírito gregário do homem. Uma de suas raízes são as guildas.

A guilda é uma instituição germânica, que remonta a 350, d. C. Significava uma contribuição obrigatória em favor de um grupo do qual o contribuinte fazia parte como membro e beneficiário. Mas a própria etimologia da palavra revela a ancestralidade do conceito. A palavra gótica *gild* corresponde à grega *phóros* (imposto). Em alemão, *Gilde* é grêmio, corporação, e *Geld* é dinheiro. A raiz etimológica mais profunda encontra-se no grego, em que representava uma paga por hospitalidade. Na Mesopotâmia haveria uma associação semelhante reunindo os membros de uma mesma profissão. Essas organizações evoluíram para fraternidades unidas por interesses comuns, que poderiam ser vingança, fidelidade ou ajuda mútua. Criaram-se *Gilden* de comerciantes, administradas com autonomia dentro das cidades germânicas. A *Hansa* é uma associação análoga à guilda. Era formada por comerciantes germanos, com a finalidade de partilha de riscos e vantagens das atividades dos seus membros (Nery, 2004: 216).

Pontes de Miranda (45: § 4.911) citando Schupfer (*Il diritto dell'obbligazione in Italia nell'età del risorgimento*), refere a existência, na Idade Média, de um pacto de comunhão de danos entre cidadãos, que os socorreria quando os causadores fossem desconhecidos.

**2.1. O modelo da associação.** Como já se disse, a associação é o modelo jurídico que melhor representa o espírito de mutualidade. No seguro mútuo, assim como em toda associação ou sociedade, celebra-se contrato plurilateral. Os contratos plurilaterais são

contratos de cooperação<sup>16</sup> ou associativos, e para acentuar esse caráter eles se diferenciam dos contratos sinalagmáticos.

Nos contratos plurilaterais há uma comunhão de fim. As prestações não se dirigem, como nos contratos bilaterais, a satisfazer o interesse da contraparte; convergem todas no mesmo sentido, para a realização do escopo comum, uma vez que cada membro participa do resultado final do esforço de todos. Daí não se aplicar aos contratos plurilaterais a exceção de contrato não cumprido, como se aplica aos bilaterais ou sinalagmáticos. Nos plurilaterais, o cumprimento das obrigações dos contratantes constitui a premissa para a realização do escopo. O contrato é apenas instrumento da finalidade comum (Ascarelli, 1945-2: 290-292). Pela mesma razão não se exige que as prestações sejam equivalentes, pois as quotas dos contratantes podem ser distintas. O escopo de cada contratante tem autonomia, diferentemente dos contratos bilaterais, em que a finalidade dos contratantes permanece no campo subjetivo dos motivos. O contrato é apenas instrumento da finalidade comum (Ascarelli, 1945-2: 290-292). De outra parte, os contratos plurilaterais são contratos abertos, admitindo, em princípio, a adesão de novos participantes, assim como eventuais desistências, o que é inconcebível nos demais contratos (Ascarelli, *op. cit.*, p. 302; Vasconcelos, 1999: 24). Também se caracterizam como contratos evolutivos, cujos vínculos se vão formando e fortalecendo paulatinamente. É comum que iniciem com acordos prévios de avaliação recíproca, prossigam sob a forma de *gentleman's agreements* e só em fase mais madura consolidem-se como contratos, marcado, ainda assim, por

---

<sup>16</sup> Há que se entender a expressão em contexto diferente daquele utilizado anteriormente, quando se tratou da estrutura da obrigação. As obrigações em geral e os contratos em particular são vínculos de cooperação. Aqui, o que se quer significar é que os contratos plurilaterais têm a cooperação como escopo específico, caracterizados pelo *animus cooperandi*, por serem *intuitu personae*, desenvolvendo-se entre os contratantes um espírito de *jus fraternitatis*, e impregnados por *uberrima fides* (Vasconcelos, 1999: 158 ss).

cláusulas de *hardship* e de *expertise* para superação de impasses. Nos plurilaterais, o cumprimento das obrigações dos contratantes constitui a premissa para a realização do escopo (Vasconcelos, 1999: 168-169).

Os segurados mútuos vinculam-se entre si no seio da associação por efeito de contrato plurilateral. No seguro empresarial, há contrato bilateral entre segurado e segurador (Pontes de Miranda, 45: § 4.913). O seguro empresarial é uma relação de troca, enquanto que o seguro mútuo promove uma partilha. A lógica das trocas é aritmética, a das partilhas é a proporção. O seguro empresarial correlaciona prêmio e cobertura, enquanto que no seguro mútuo não há prêmio, há quota. A medida do primeiro é a permuta de vantagens, no segundo é a distribuição de riscos e benefícios.<sup>17</sup>

Em vista do aspecto bifronte do seguro mútuo – sendo os mutualistas simultaneamente associados e segurados entre si - há divergência sobre a natureza jurídica do contrato: se prevalece o seguro ou se a associação. No direito italiano, Vivante posicionou-se no sentido de que não há contrato de seguro, mas sim contrato de sociedade, conforme o dispõe o CCI (artigos 2.546 a 2.548). Outros doutrinadores, como Vidari, Marghieri e Ehrenberg, sustentam que prevalece o contrato de seguro, em consequência da finalidade da sociedade. Uma terceira corrente, à qual adere Comas, entende que os dois aspectos são relevantes. Para Valeri, na associação há “uma relação social qualificada pela finalidade securitária” (*apud* Comas, 1960: 27-31).

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, Lopes (2004: 205), remetendo-se aos critérios aristotélicos de justiça retributiva e justiça distributiva. Em outro texto, o autor exemplifica a distributividade com o contrato de seguro mútuo, que era previsto no art. 1.466 ss, do CC 1916 (Lopes, 2002: 145).

No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 considerava o seguro mútuo uma modalidade do contrato de seguro, de cujo capítulo era a quarta seção. Segundo o art. 1.466, podia ajustar-se o seguro “pondo-se certo número de segurados em comum entre si o prejuízo, que a qualquer deles advenha, do risco por todos corrido”. A figura não foi reproduzida no CC 2002, que, como já se viu, exige que a impõe que a seguradora seja “entidade para tal fim legalmente autorizada” (art. 757, parágrafo único). Entretanto, a exigência de entidade legalmente autorizada não impõe a forma organizacional de sociedade empresarial. Por conseguinte, não ficou inibida a atividade securitária mutualista. De resto, o Dec.-lei 73/66 permite que as cooperativas operem em seguros privados, sendo-lhes franqueados os ramos de seguros agrícolas, de saúde e de acidentes do trabalho (art. 24, do DL 73/66; as seguradoras de saúde são necessariamente especializadas, não podendo operar em outro ramo, conforme a Lei 10.185, de 12/02/2001).

O Código Civil italiano adota a empresarialidade da seguradora (art. 1.883), mas ressalva o seguro mútuo, ao qual manda aplicar as disposições comuns do contrato de seguro apenas enquanto compatíveis com a especialidade (art. 1.884).

A III Jornada de Direito Civil, promovida em Brasília pelo Conselho da Justiça Federal em 2004, aprovou o seguinte enunciado, de nossa autoria, ao art. 757, do CC: “A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada, que impõem a contratação exclusivamente através de entidades legalmente autorizadas, não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão”.

## CONCLUSÃO

Segundo a antiga concepção de Ihering, são quatro as dimensões dos interesses humanos: física, econômica, jurídica e os interesses de afeição – que hoje melhor se diria, interesses morais. E acrescentou o mestre alemão: interesse é tudo o que pode ser protegido pelo direito. Os interesses são causas do agir humano e preexistem à proteção do direito.

Os comportamentos humanos, ditados por interesses, determinam escolhas orientadas para os fins desejados. Contudo, estão presentes possibilidades de que as escolhas não produzam os efeitos esperados, nisso se configurando o risco. Qualquer interesse – natural, social ou contratual – exposto a risco é suscetível de uma garantia jurídica. As garantias são alternativas de administração do risco, ou, como definiu-as Leonel Severo Rocha (1994), expectativas substitutivas para o caso de fracasso ou frustração de uma expectativa originária.

No direito das obrigações, as garantias visam à proteção de dois grupos de interesses, demarcados pela sua origem: interesses relativos a uma relação jurídica de base, que serve de causa à garantia, e interesses independentes, que são postos em garantia por

iniciativa do titular, mediante uma relação jurídica *ex novo*. No contexto particular do direito das obrigações, as garantias são promessas de indenização (Gorla, 1960: 171) e podem ser livremente criadas com base na autonomia privada (com exceção das garantias reais, em virtude da taxatividade dos direitos reais).

A garantia ilustra a distinção conceitual entre débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*), realizada pela teoria dualista da obrigação.

Na teoria dualista, o débito é pressuposto da responsabilidade – ou, repetindo Larenz, a responsabilidade é *sombra* da dívida.

O garante é titular de uma situação jurídica objetiva de responsabilidade. Ele não tem dívida atual, mas poderá tê-la no futuro, dependendo da ocorrência do fato previsto no negócio jurídico de garantia. O garante, como afirma Pontes de Miranda (5: § 577) está na posição passiva de ter de “sofrer o nascimento do crédito”.

O garantido tem direito eventual a uma indenização, caso ocorra o fato previsto no negócio de garantia. É titular, desde logo, de um direito expectativo.

A garantia é eficácia do negócio jurídico, mas se concretiza de modo peculiar, pois não depende de nenhum ato de adimplemento. A garantia é um enunciado jurídico performativo, o que significa que há uma correspondência imediata e direta entre o significado e o efeito de uma declaração. A eficácia da garantia é transmitida *ipso verbo* pelo enunciado performativo, produzindo atribuição patrimonial imediata.

São diversos os sentidos de atribuição, variando, inclusive, conforme os ramos do direito. Pode falar-se de atribuição como competência (direito administrativo), como encargo (direito do trabalho), como crédito (direito das obrigações). A garantia não é crédito, mas é direito subjetivo. E as atribuições, como diz Ascarelli: (1943: 94) podem ser abstratas.

A expectativa jurídica do titular da garantia não corresponde a um dever de prestação imediata do garante. O objeto da expectativa é um evento não executável pelo detentor da responsabilidade. Não se constitui entre as partes uma relação imediata de débito e crédito, mas uma relação jurídica de responsabilidade pura, na qual a expectativa creditória (que só existe no plano mediato) funciona como razão (*Wofür*) da responsabilidade (Betti, 1953: 54). O enunciado do contrato de seguro no Código Civil é ilustrativo do modo automático de eficácia da garantia:

Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga (...) a garantir interesse legítimo do segurado (...).

O contrato de seguro é típica relação jurídica de garantia.

Deve-se encarar o contrato de seguro sob três enfoques distintos e complementares: o econômico, o social e o jurídico. Do ponto de vista econômico, o seguro é um instrumento de reforço das atividades produtivas, estimulador da poupança e da previdência. Para segurança do negócio, as seguradoras desenvolveram técnicas de

administração da massa de seguros, que permitem a administração racional da álea. No aspecto social, o contrato de segurador é estimulador da solidariedade. Juridicamente, o seguro é contrato aleatório, que consiste na outorga de uma garantia pelo segurador ao segurado, cobrindo os riscos sobre determinado interesse, mediante o pagamento de um prêmio.

O risco é elemento essencial ao contrato de seguro, ou, como prefere Antônio de Junqueira de Azevedo, elemento categorial inderrogável. Elemento essencial (ou elemento inderrogável de sua categoria negocial) é o risco. Os elementos categoriais inderrogáveis dos negócios causais são definidores do tipo e determinantes do regime jurídico a que estão sujeitos (Azevedo, 1996: 165). No seguro, elemento categorial inderrogável é o risco. Não pode haver seguro sem risco. A causa é a garantia, pois a finalidade do segurado, ao contratar, é precaver-se do risco.

A causa é atributiva do sinalagma. Segurado e segurador compartilham uma álea. O segurado paga um prêmio ao segurador para que ele o indenize eventualmente, se ocorrer o sinistro. O fator aleatório (concretização ou não do risco) fará pender a vantagem econômica do contrato para um ou para outro.

Sendo eficácia e não prestação, a garantia incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado como direito expectativo. E, por outro lado, é responsabilidade sem atualidade debitória ou prestação imediata do segurador. Ela é eficácia enquanto utilidade e razão prática da existência do contrato.

O seguro é um modelo de garantia, cuja matriz histórica (ou pelo menos uma de suas matrizes) é a ajuda mútua.

A mutualidade é uma forma de cooperação recíproca para a persecução de objetivos comuns aos participantes de um grupo catalisados pelo mesmo interesse.

Juridicamente, as mutualidades perfazem a figura de uma associação: pessoas que se reúnem e organizam com finalidades não econômicas. Quando a finalidade econômica está presente no mutualismo, tem-se a figura da cooperativa.

Há diferença entre as sociedades de socorro mútuo e as companhias de seguro, uma vez que aquelas não atuam com a mesma técnica destas, desenvolvendo uma função de ajuda recíproca, especialmente para os casos de doença e velhice dos seus associados, os quais, todavia, não contribuem proporcionalmente à entidade do risco garantido, como ocorre no seguro.

A seguradora mutualista caracteriza-se pela ausência do ânimo de lucro, pela igualdade de direitos e obrigações dos mutualistas e pela existência de um órgão que os congrega e representa (Comas, 1960: 42-51). A finalidade de lucro é substituída pelo espírito de poupança. Os mutualistas são segurados e seguradores de si próprios.

O seguro mútuo é um contrato plurilateral, contrato em que há uma comunhão de fim. As prestações não se dirigem, como nos contratos bilaterais, a satisfazer o interesse da

contraparte; convergem todas no mesmo sentido, para a realização do escopo comum, uma vez que cada membro participa do resultado final do esforço de todos.

Os segurados mútuos vinculam-se entre si no seio da associação por efeito de contrato plurilateral. No seguro empresarial, há contrato bilateral entre segurado e segurador (Pontes de Miranda, 45: § 4.913). O seguro empresarial é uma relação de troca, enquanto que o seguro mútuo promove uma partilha.

A exigência de entidade legalmente autorizada como seguradora, atualmente constante no Código Civil, não impõe a forma organizacional de sociedade empresarial. Por conseguinte, não ficou inibida a atividade securitária mutualista.

Com essas considerações, cremos alcançado o objetivo proposto, de demonstrarmos um conceito unitário de garantia no direito das obrigações, a partir da idéia de cobertura de um interesse em risco, a partir da qual se levou a efeito uma sistematização das garantias em diversas modalidades.

**BIBLIOGRAFIA**

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Teoria e prática dos títulos de crédito**. 23<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.
- \_\_\_\_\_. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992.
- ALMEIDA, Moitinho de. **O contrato de seguro no direito português e comparado**. Lisboa: Sá da Costa, 1971.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 5<sup>a</sup>. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1195.
- ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- AMARAL, Francisco. *Caução*. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, vol. 13 (verbete). Coord. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1978.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Vol I. Coimbra: Almedina, 1983.
- ASCARELLI, Túlio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. Tradução de Nicolau Nazo. São Paulo: Acadêmica-Saraiva, 1943.
- \_\_\_\_\_. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945.
- \_\_\_\_\_. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. **Negócio jurídico e declaração negocial**. Tese no concurso para a cátedra de direito civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, USP, 1986.

BAUDOIN, Jean-Louis. **Les obligations**. 4a. ed. Québec: Yvon Blais, 1993.

BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

\_\_\_\_\_. **Liberdade ou capitalismo**. Trad. de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003.

BECKER, Anelise. *As garantias implícitas no direito brasileiro e em perspectiva comparativista*. **Revista Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 9, p. 69-91, jan.-mar. 1994.

BENJAMIN, Antonio H. V. *et alii*. OLIVEIRA, Juarez de (coord.). **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BESSONE, Mario. **Adempimento e rischio contrattuale**. Milano: Giuffrè, [1998?]

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

\_\_\_\_\_. **Cours de droit civil comparé des obligations**. Milano: Giuffrè, 1958.

- BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. 2ª. ed. rev. e atualizada por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.
- \_\_\_\_\_. **Direito das obrigações**. Edição histórica. Campinas: Red Livros, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Direito das obrigações**. Edição histórica. Campinas: Red Livros, 2000.
- BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 782, dez. 2000, p. 78-89.
- BROGGINI, Gerardo. *Causa e contratto*. “In” VACCA, Letizi (a cura di). **Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica**. Torino: G. Giappichelli, 1995.
- BULGARELLI, Waldirio. **Títulos de crédito**. 17º. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- BUTTARO, Luca. **L’interesse nella’assicuazione**. Milano: Giuffrè, 1954.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. **O problema da causa no código civil brasileiro**. São Paulo : M. Limonad, [1948?].
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *O novo Direito das Obrigações na Alemanha*. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 108-124, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. de A. Rodrigues Queiro e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Acadêmica-Saraiva, 1942.
- CASTRO, Torquato de. **Da causa no contrato**. Recife: Imprensa Universitária, 1966.
- COLIN-CAPITANT. **Curso elemental de derecho civil**. Tradução para o espanhol de Demofilo de Buen. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1943.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Essai d’analyse dualiste de l’obligation em droit privé**. Paris: Dalloz, 1964.
- \_\_\_\_\_. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

- \_\_\_\_\_. **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** 2 vol. Coimbra: Almedina, 1984.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações.** 6ª. ed. Coimbra, Almedina: 1994.
- COSTA, Ricardo César Rocha da. *A atividade de seguros nas primeiras décadas da República.* In Alberti, Verena (coord.). **Entre a solidariedade e o risco: história do seguro privado no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.
- COSTET, Louis. *O contrato comercial: a obrigação contratual a ser garantida.* In LESGUILLONS, Henry (org.). **As garantias bancárias nos contratos internacionais.** Tradução de Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.
- \_\_\_\_\_. **Das cartas de conforto no direito bancário.** Lisboa: Lex, 1993.
- CRÉPEAU, Paul-André. **L'intensité de l'obligation juridique.** Québec: Yvons Blais, 1989.
- DAUNER-LIEB, Barbara. *Vers um droit européen des obligations? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations.* **Revue International de Droit Comparé,** Paris, p. 559-654, 2004-3.
- DE GIORGI, Raffaele. *O risco na sociedade contemporânea.* Trad. de Cristiana Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Seqüência,** Florianópolis, no. 28, p. 45-54, junho 1994.

- DE LUCCA, Newton. **Comentários ao novo Código Civil: dos atos unilaterais; dos títulos de crédito.** Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Vol. XII. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DERAINS, Yves. **Jurisprudencia arbitral de la Camara de Comercio Internacional.** Trad. do original francês para o espanhol por Isabel Pan Montojo. Madrid, 1985 (?).
- DESMET, Paul. *O contrato de garantia: exame de alguns problemas técnicos específicos.* In LESGUILLONS, Henry (org.). **As garantias bancárias nos contratos internacionais.** Tradução de Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.
- DIAS, José Aguiar. **Cláusula de não-indenizar.** Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- DONATI, Antigono. **Manuale di diritto della assicurazioni private.** Milano: Giuffrè, 1961.
- DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito.** Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Inquérito, 1937.
- ENECERUS-KIPP-WOLFF. **Derecho de obligaciones.** Tomo II, 1º. vol. Trad. espanhola de Blaz Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de derecho civil.** Tomo 1, vol. 2. Trad. espanhola de Blaz Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **Garantia e extinção das obrigações.** Rio de Janeiro - São Paulo: Freitas Bastos, 1951.
- FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial.** 11º. vol. São Paulo: Saraiva, 1963.
- FLUME, Werner. **El negocio jurídico.** Trad. espanhola de José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

- FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Os contratos autônomos de garantia*. **AJURIS**. Porto Alegre, n. 53, p. 238-251, nov. 1991.
- GAUDEMET, Eugène. **Théorie générale des obligations**. Paris: Dalloz, 2004.
- GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. Trad.de Álvaro Hattner. SãoPaulo: UNESP, 1996.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- GOBBI, Ulisse. **Elementi di economia corporativa**. Milano: Ulrico Hoepli, 1935.
- GOMES, Orlando. **Teoria geral do direito civil**. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. 13ª. ed. Rio de Janeiro, Forense: 1998.
- \_\_\_\_\_. **Obrigações**. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. 12ª. ed. Rio de Janeiro, Forense: 1998.
- GORLA, Gino. **El contrato**. Trad. espanhola de Jose Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959.
- \_\_\_\_\_. **Teoria e prática da compra e venda**. Tradução de Alcino Pinto Falcão. Rio de Janeiro: José Konfino, 1960.
- GRINOVER, Ada Pallegriani. *Direitos difusos*. In LIMONGI FRANÇA, R. (coordenador). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Vol. 45. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 399-422.
- GROTHER, H. *La réforme du droit allemand des obligations*. **Revue de droit international et de droit comparé**, Bruxelles, p. 243-265, 2004, 3<sup>ème</sup> trimestre.

- GRUBER-MAGITOT, Stéphane. **L'action du consommateur contre le fabricant d'un objet affecté par un vice cache en droit anglais et en droit français**. Paris: Press Universitaire de France, 1978.
- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.
- HALPERIN, Isaac. **Lecciones de seguros**. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- HAURIOU, Maurice. *A teoria do "risco imprevisível" e os contratos influenciados por instituições sociais*. **Revista de Direito**, 1926, p. 3-20.
- HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Trad. de José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.
- IHERING, Rudolf Von. **Del interés en los contratos**, in **Estudios jurídicos**. Trad. espanhola de Adolfo González Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1974.
- \_\_\_\_\_. **A finalidade do direito**. Trad. de José Antonio Faria Correa. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DO SEGURO. **Seguros: uma questão atual**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- IPPOLITO, Rosario. *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*. **Rivista del diritto commerciale**. 1983, p. 533.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. **Medios compulsivos en derecho privado**. Buenos Aires, EDIAR, 1978.
- JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano nas diversas fases do seu desenvolvimento**. Tradução de Rafael Benaion. Vol. III. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

- JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil.** Lisboa, 1972.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.
- KLEINER, Beat. *A garantia no direito suíço.* In LESGUILLONS, Henry (org.). **As garantias bancárias nos contratos internacionais.** Tradução de Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.
- LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia.** Trad. Fátima Sá Correia *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones.** Trad. espanhola de Jaime Santos Briz. Vol. I. Madrid: ERDP, 1958.
- \_\_\_\_\_. **Metodologia da ciência do direito.** Trad. de José Souza e Brito e José Souza Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto.** São Paulo: Saraiva, 1987.
- LISBOA, José da Silva. **Princípios de direito mercantil e leis de marinha.** Edição histórica. Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, 1963.
- LESGUILLONS, Henry. *As garantias bancárias: tendências atuais.* In Lesguillons, H. (org.). **As garantias bancárias nos contratos internacionais.** Tradução de Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- LOPES, M. M. Serpa. **Curso de direito civil.** Vol. I. 6ª ed. rev.e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro - São Paulo: Freitas Bastos, 1988.

- \_\_\_\_\_. **Curso de direito civil.** Vol. II. 5ª ed. rev.e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro - São Paulo: Freitas Bastos, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito civil.** Vol. IV. 3ª ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Freitas Bastos, 1962.
- LOPES, José Reinaldo Lima. **As palavras e a lei.** São Paulo: Editora 34/Edesp, 2004.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito.** V. I e II. Traduzido do original alemão *Rechtsoziologie* por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 (I) e 1985(II).
- LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MANES. **Tratado de seguro: teoria general del seguro.** Trad. da 4ª ed. alemã por Fermín Soto. Madrid, 1930.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Expectativas legítimas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei.* **Revista Direito do Consumidor.** São Paulo, n. 20, p. 71, out.-dez. 1996.
- \_\_\_\_\_. *Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor: a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente.* **Revista Direito do Consumidor.** São Paulo, n. 33, p. 79-122, out.-dez. 2000.
- \_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.* **Revista Direito do Consumidor.** São Paulo, n. 51, p. 34-67, jul.set. 2004.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada**. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_; PONTE, Pedro Fuzeta da. **Garantias de cumprimento**. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

MARTINS, José Salgado. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé e o seguro no novo Código Civil brasileiro: virtualidades da boa-fé como regra e como cláusula geral*. **III Fórum de Direito do Seguro**. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguros: IBDS, 2003. p. 57-101.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Vol. V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Vol. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MATIAS, Armindo Saraiva. **Garantias bancárias ativas e passivas**. Lisboa: Scripto, 1999.

MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean; et CHABAS, François. **Leçons de Droit Civil: obligations: théorie général**. 8ª. ed. Paris: Montchrestien, 1991.

MAZZONI, Alberto. *As garantias bancárias em direito italiano*. In LESGUILLONS, Henry (org.). **As garantias bancárias nos contratos internacionais**. Tradução de Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

MENDONÇA, M. I. Carvalho de. **Contratos no direito civil brasileiro**. 3ª. ed., atualizada por José de Aguiar Dias. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

- \_\_\_\_\_. **Doutrina e prática das obrigações**, t.2.
- MONTEL, Alberto. *Garanzia. Novíssimo digesto italiano*. Vol. VII. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1957.
- MORENO, Antonio-Manuel Morales. *La conformidad de la cosa vendida según la Directiva*. In ACHIRICA, J. L. (edición a cargo de). **Garantias en la venta de bienes de consumo (Les garanties dans la vente de biens de consommation)**. Universidade de Santiago de Compostela, 2004.
- MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**. Trad. de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2000.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção)**. Tese de livre-docência. São Paulo: PUCSP, 2004.
- NORONHA, Fernando. *Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização*. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 64, p. 12-47, abr.-jun. 1993.
- \_\_\_\_\_. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo, Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Direito das Obrigações**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, Jorge Alcebíades Perrone de. **Títulos de crédito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul*. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Vol. 20. Porto Alegre: UFRGS, out. 2001, p. 7-36.

- PASTORI, Franco. Verbete *oportere*. **Novíssimo digesto italiano**. Torino: Torinese, 1957.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. II. 17<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão de contrato**. São Paulo: Saraiva, 1985.
- \_\_\_\_\_. **Teroia geral do direito civil**. 3<sup>a</sup>. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- PLANIOL et RIPERT. **Tratado practico de derecho civil frances**. Tomo IV. Tradução para o espanhol de Mario Diaz Cruz. Habana: Cultural, 1946.
- PLEYER, Klemens. *Como as garantias são apreendidas pelos diferentes sistemas jurídicos: países de direito germânico*. In LESGUILLONS, Henry (org.). **As garantias bancárias nos contratos internacionais**. Tradução de Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.
- PONTES DE MIRANDA.<sup>1</sup> **Tratado de direito privado**. T. 4, 5, 20, 22, 26, 32, 38, 45, 46. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1984.
- \_\_\_\_\_. **Tratado das ações**.<sup>2</sup> T. I. Campinas: Bookseller, 1998.
- POTHIER, Robert-Joseph. **Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contratos, convenções, etc**. 1<sup>o</sup>. vol. Rio de Janeiro: H. Garnier, [1910?].
- POULLET, Yves. *O contrato de garantia: exame de alguns problemas jurídicos específicos*. In LESGUILLONS, Henry (org.). **As garantias bancárias nos contratos internacionais**. Tradução de Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

---

<sup>1</sup> No texto, as referências ao Tratado de Direito Privado são identificadas pelas iniciais TDP e remetem aos parágrafos e da obra e suas subdivisões.

<sup>2</sup> No texto, as referências ao Tratado das Ações são identificadas pelas iniciais TA e remetem aos parágrafos e da obra e suas subdivisões.

- RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4ª. Ed., anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ROCHA, Leonel Severo. *Direito, complexidade e risco*. **Seqüência**. N. 28. Florianópolis, jun. 1994, p. 15-29.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROUBIER, Paul. **Droits subjectives et situations juridiques**. Paris: Dalloz, 1963.
- SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Direito ao cumprimento e direito a cumprir**. Coimbra: Almedina, 1997.
- SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- \_\_\_\_\_. *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 667, maio 1991, p. 7-16.
- \_\_\_\_\_. **Principes fondamentaux de la responsabilité civile em droit brésilien et comparé**. Curso ministrado na *Faculte de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII)*, inédito: 1988.
- SILVA, De Plácido e. **Dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP, inédita: 2001.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Relações jurídicas comunitárias e direitos subjetivos*. **I Fórum de Direito do Seguro**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 21-48.

- SPENCER, J. *La responsabilità del produttore nell'ordinamento inglese*. In ALPA, G.; BESSONE, M. **Danno da prodotti e responsabilità dell'empres**. Milano: Giuffrè, 1980.
- STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 7ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Garantia bancária autônoma**. Lisboa: Cosmos, 1991.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. Padova: Cedam, 1992.
- TZIRULNIK, Ernesto. *Princípio indenitário no contrato de seguro*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 759, 1999, p. 89-121.
- VASCONCELOS, Paulo Alves de Sousa de. **O contrato de consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- VELU, Sylviane. *As garantias à primeira solicitação em direito belga*. In LESGUILLONS, Henry (org.). **As garantias bancárias nos contratos internacionais**. Tradução de Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.
- VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- VILLELA, João Baptista. *Por uma nova teoria dos contratos*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 261, p. 27-35, jan.-mar. 1978.

- VITERBO, Camillo. *Il contratto d'assicurazione*. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**, Milano, v. XXX, parte prima, p. 40-64, 1932.
- VIVANTE, Cesare. **Instituições de direito comercial**. Lisboa: A. M. Teixeira, 1910.
- \_\_\_\_\_. **Instituições de direito comercial**. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Traité de droit commercial**. Tome IV. Trad. francesa de Jean Escarra. Paris: M. Girad & E. Brière, 1912.
- WALD, Arnold. *Alguns aspectos da garantia à primeira demanda no direito comparado*. **AJURIS**. Porto Alegre, n. 40, p. 65-76, jul. 1987.
- WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Trad. Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
- WESTERMANN, Harm Peter. **Código Civil Alemão: Direito das Obrigações: Parte Geral**. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1983.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 329, abr.-jun. 1995, p. 145-160.