

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 24

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2019

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto, Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mariana Pinto, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Gerson Branco (UFRGS), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Maíra Fajardo Linhares Pereira (UFJF), Marcelo Féres (UFMG), Sergio Negri (UFJF), Vinicius Figueiredo Chaves (UFRJ) e Unie Caminha (UNIFOR).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 24 (janeiro/junho 2019)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

O CONTRATO DE CONTRAGARANTIA: O DESCOMPASSO ENTRE SUA CONCEITUAÇÃO TEÓRICA E APLICAÇÃO PRÁTICA NAS OPERAÇÕES DE SEGURO GARANTIA¹

COLLATERAL AGREEMENT: MAIN DIFFERENCES BETWEEN THEORETICAL CONCEPT AND PRACTICAL APPLICATION IN SURETY BONDS

Mariana Cavalcanti Jardim

Resumo: O escasso tratamento do contrato de contragarantia pela doutrina nacional e sua larga utilização nas contratações de seguro garantia no país, aliados à falta de conhecimento técnico do ecossistema securitário em geral pelos aplicadores do direito, geraram um descompasso entre a finalidade das partes na escolha de tal instrumento e a sua adequação prática ao alcance de tais fins. Fruto de pesquisa legislativa, bibliográfica e documental, o trabalho objetiva lançar luz sobre o contrato de contragarantia, contextualizando o ambiente operacional e legal/regulatório em que está inserido, suas principais características e cláusulas, aprofundando-se em sua natureza jurídica e nas discussões envolvendo sua exequibilidade, para, então, alcançar conclusão sobre a problemática colocada.

Palavras-chave: Contrato de contragarantia. Seguro. Seguro garantia.

Abstract: The scarce treatment of the collateral agreement by national doctrine and its widespread use in surety bonds in the country, coupled with the lack of technical knowledge of the insurance ecosystem by law enforcers, created a mismatch between the parties' purpose in choosing such instrument and its practical suitability for

¹ Artigo recebido em 29.01.2021 e aceito em 28.06.2021.

achieving such purposes. As a result of legislative, bibliographic, and documentary research, the article aims to shed light on the collateral agreement by contextualizing the operational and legal/regulatory environment, reviewing its main characteristics and clauses, dissecting its legal nature and the discussions involving its feasibility, to then conclude the problem raised.

Keywords: Collateral agreement. Insurance. Surety bonds.

Sumário: Introdução. 1. Breves apontamentos sobre o seguro garantia. 2. O contrato de contragarantia. 2.1. Características. 2.1.1. Atipicidade. 2.1.2. Não obrigatoriedade. 2.1.3 Não acessoriedade. 2.2. Principais Cláusulas. 2.2.1. Sub-rogação. 2.2.2. Prestação de garantia por fiadores. 2.2.3. Colateralização. 2.2.4. Vigência. 2.3. Natureza jurídica. 2.4. Adequação prática. Conclusão.

Introdução.

O instituto do seguro é parte da civilização há muito mais tempo do que talvez se tenha consciência. Pode-se arriscar a afirmar a existência de sua semente desde que o mundo é mundo, ou pelo menos, desde que as pessoas passaram a viver em comunidade e perceberam que, face aos perigos que se apresentam no dia a dia, poderia haver benefícios em sair do seu isolamento (“nenhum homem é uma ilha”)² e buscar uma alternativa de ajuda mútua para evitar se expor sobremaneira aos reveses da existência. Não obstante, o mundo dos seguros ainda causa estranhamento à grande parte dos aplicadores do direito.

Conhecer a cultura securitária, nacional e internacional, e a legislação e regulamentação em que o instituto está embebido não se

2 A conhecida frase é acreditada ao filósofo Thomas Morus.

mostra ocupação frívola. De fato, compreender a influência das condições externas no mercado de seguros é tarefa árdua, face à complexidade na interação entre história, regulação e forças de mercado. É, porém, exercício imprescindível a quem se infiltra na seara do direito securitário, sob pena de a falta de apuro técnico desvirtuar e enfraquecer o instituto, reduzindo-lhe utilidade prática.

O presente estudo busca lançar luz sobre figura pouco estudada na doutrina nacional, mas de grande aplicação nas operações envolvendo o seguro garantia, o contrato de contragarantia, de modo a suscitar discussão sobre o descompasso gerado entre a finalidade da eleição de tal instrumento contratual e a sua adequação prática ao alcance de tais fins. Almeja-se possibilitar o entendimento do contrato de contragarantia à luz das operações securitárias e interferir na realidade estudada, na certeza de este configurar processo permanentemente inacabado que reclama constante expansão e aprimoramento por novas contribuições acadêmicas.³

Para tanto, parte-se da contextualização do ambiente operacional e legal/regulatório em que o contrato de contragarantia está inserido, quais suas principais características e cláusulas para, então, cogitar sua possível natureza jurídica e abordar a repercussão prática das discussões envolvendo sua exequibilidade.

1. Breves apontamentos sobre o seguro garantia.

O primeiro registro escrito do oferecimento de garantia de que se tem conhecimento remete à tabuinha da biblioteca de Sargão I, rei de Acad e Suméria, na Mesopotâmia.⁴ Contudo, foi na Roma

3 FONSECA, João José Saraiva da. Metodologia da pesquisa científica. Ceará: Universidade Estadual do Ceará, 2002. Disponível em: <http://www.ia.ufrj.br/ppgea/conteudo/conteudo-2012-1/1SF/Sandra/apostilaMetodologia.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

4 Tal registro data de aproximadamente 2750 a.C. e consistia em um acordo entre dois fazendeiros: um convocado para o exército do rei e o outro que se comprometia a cultivar devida-

antiga que se lançaram as bases do seguro-garantia,⁵ calcadas no instituto da fiança, para, apenas no século XIX, em meio à Revolução Industrial, o seguro garantia despontar no exterior de forma independente e dissociada da fiança.

No Brasil, o seguro garantia somente ganhou espaço⁶ durante o “milagre econômico”,⁷ face ao crescimento do volume de obras públicas, que demandava das empresas capital de giro e crédito, recursos estes que não eram tão comprometidos quando eleita essa modalidade de seguro.⁸

O seguro garantia⁹ “tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurador”.¹⁰ Isso significa que a seguradora compromete-se a garantir o se-

mente as terras daquele e lhe devolver o valor referente à metade do cultivo; cuja obrigação era garantida por um comerciante da cidade de Acad (GALLAGHER, Edward Graham. *The law of suretyship*. 2. ed. Chicago: American Bar Association, 2000. p. 4).

5 A lei romana (aprox. 150 a.C.) possuía um sistema de garantias complexo e bem desenvolvido e muitos de seus institutos sobrevivem ainda hoje, com algumas contemporizações, nos códigos modernos.

6 O posicionamento do seguro garantia como ferramenta de importância pode ser traduzido em números: em 1977 havia 966 apólices emitidas, o que levou o IRB a criar uma carteira específica para o “seguro de garantia de obrigações contratuais”. PLASTINA JUNIOR, Antonio Valentim. O seguro garantia. In: TEIXEIRA, Antonio Carlos (Coord.). *Responsabilidade civil, garantia*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2001. (Em Debate, 1).

7 Em 1972 foi emitida a primeira apólice de seguro garantia da qual se tem notícia no país para cobertura do contrato de fornecimento do sistema de controle do metrô de São Paulo, cujo respectivo resseguro foi colocado no exterior.

8 A primeira menção legislativa a tal seguro pode ser encontrada, contudo, em momento anterior, no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que previa, para licitações para compras, obras, serviços e alienações da Administração Pública, a possibilidade de solicitação aos licitantes de apresentação de seguro garantia.

9 O seguro garantia é regido pelas normas legais aplicáveis aos seguros em geral, em especial, pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, pelo Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967, e pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (“Código Civil”), e pela regulamentação setorial, sendo relevantes para o presente a Circular Susep nº 477, de 30 de setembro de 2013, e a Circular Susep nº 601, de 13 de abril de 2020. No que toca especificamente o ambiente de obras públicas, o seguro garantia também é regido pela lei de licitações.

gurado contra perdas financeiras decorrentes do inadimplemento pelo tomador da apólice de obrigações por este assumidas no bojo de um outro contrato celebrado com o segurado (o contrato principal ou contrato garantido), nos termos da respectiva apólice.

Na prática, o credor de determinada obrigação exige, geralmente quando da celebração do contrato, a apresentação pelo devedor de garantia de cumprimento desta, consubstanciada na apólice de seguro garantia. A apólice, pois, é contratada pelo devedor (tomador) em favor do credor (segurado) e, por meio desta, a seguradora assume uma nova obrigação – original e própria – perante o segurado.

A seguradora tem a obrigação primária de garantir (i.e., assegurar proteção ao segurado contra os riscos definidos na apólice) e, se e quando da ocorrência do evento danoso previsto no contrato de seguro, a obrigação secundária de indenizar, seja mediante pagamento em dinheiro, seja realizando, por terceiros, sob sua responsabilidade, o objeto do contrato principal. A garantia é, assim, a própria prestação e, por si só, já encerra toda a obrigação da seguradora, caso o sinistro não venha a se concretizar.¹¹

Uma das principais particularidades consubstanciadas no seguro garantia recai no fato de que a relação estabelecida é tripartite, ao invés de bipartite, como se dá na maioria dos contratos de seguro. Com a celebração do contrato de seguro, a segurança do cumprimento das obrigações conforme assumidas sai da esfera exclusiva do devedor, deixando de estar circunscritas unicamente a ele, e passa a

10 Art. 2º, Circular SUSEP nº 477/2013.

11 Aqui, a lição de Tzirulnik encaixa-se perfeitamente: “Frequentemente o termo *garantia* tem seu significado dependente de uma prestação principal, por exemplo, a fiança em relação ao aluguel. No contrato de seguro, a garantia é a própria prestação principal. O seguro – e não negócios outros que porventura venham indevidamente debaixo desse título – não é negócio jurídico acessório, é vínculo autônomo” (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o código civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Roncarati, 2016. p. 45).

pertencer também ao objeto da garantia prestada pela seguradora ao credor. Assim é que a obrigação nascida para a seguradora a compromete em face do credor do contrato garantido, que não coincide com a pessoa (física ou jurídica) que contratou o seguro.¹²

São três os instrumentos jurídicos que inicialmente materializam essa relação, gerando entre as partes direitos e deveres recíprocos: o contrato principal celebrado entre o credor e devedor, o contrato de seguro garantia celebrado entre a seguradora e o credor do contrato principal e o contrato de contragarantia celebrado entre a seguradora e o devedor do contrato principal.

A existência do contragarantia não é, contudo, novidade. De fato, tal contrato se remete à Roma antiga,¹³ quando era utilizado no contexto da fiança. Como mecanismo para aceitar a posição de fiador e, ao mesmo tempo, resguardar seu patrimônio nos casos em que instado a cumprir a obrigação perante o credor, o fiador passou a solicitar do devedor original uma “garantia da garantia”. Por meio desta, o fiador se tornaria credor do devedor principal na eventualidade do pagamento da dívida em nome deste. Tal mecanismo ainda se mantém na atualidade na sua substância.

Tendo por base esses apontamentos preliminares, demonstraremos nas próximas linhas porque o contrato de contragarantia, ins-

12 Nessa relação, o tomador é o proponente do seguro e é com ele que é negociada a emissão da apólice. Por tal razão, alguns autores o classificam como uma estipulação em favor de terceiro.

13 Valiosa para o tema a pesquisa de Gladimir Poletto: “Também no direito romano, existia o contrato de contragarantia, onde fiador agia como se fosse credor do devedor principal, a fim de evitar um prejuízo para si, ao cumprir a obrigação pela qual estava obrigado perante o credor; pois exigia do devedor principal, para que o mesmo exercesse a função de seu fiador, uma espécie de fiança da fiança, a qual garantisse qualquer reclamação do credor ou, mesmo, qualquer prejuízo que o fiador viesse a sofrer ao indenizar o garantido. Por outro lado, visando proteger os credores, os juristas clássicos encontraram, ainda, uma outra via que permitia ao fiador recuperar o que desembolsara por conta do devedor principal, ou seja, o fiador podia exigir do credor principal, a quem pagara, a cessão das ações que lhe competiam contra o devedor principal *beneficium cedendarum actionum*” (POLETTI, Gladimir Adriani. *O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2003. p. 10).

trumento quase que indissociável do contrato de seguro garantia, é merecedor de estudo mais detido.

2. O contrato de contragarantia.

2.1. Características.

Uma das faces da relação tripartite inaugurada pelo seguro garantia é a possibilidade de surgimento de um negócio jurídico direto e autônomo entre a seguradora (terceiro responsável pelo adimplemento da obrigação constante do contrato principal em virtude de acordo posterior) e o tomador (devedor original da obrigação descrita no contrato principal).

A esparsa doutrina que menciona o contrato de contragarantia enfrenta, *a priori*, a dificuldade de tentar defini-lo sem adentrar em sua função; esforço este que não será encontrado nessas páginas. Ao definir o contrato de contragarantia pela sua específica função – e não pelo seu fim, já que este é eminentemente subjetivo,¹⁴ – delimita-se a sua utilidade e, a partir desse ponto, é possível identificar algumas de suas mais marcantes características.

O contexto de utilização desse instrumento pelo mercado de seguros está circunscrito ao seguro garantia. Quando da celebração do contrato principal, as partes acordam o oferecimento pelo contratado de apólice de seguro garantia de modo a assegurar ao contratante o ressarcimento de eventuais danos sofridos decorrentes da inabi-

14 Para Joaquim Ribeiro, “o fim é eminentemente subjetivo porque as partes contratam com um fim e a função é objetiva, pois se situa no próprio contrato porquanto o contrato é funcionalmente apto para uma utilidade. Assim, o fim e a função do contrato estão ligados na medida em que as partes quando contratam visam um fim e, para obter esse fim recorrem ao contrato [...]” (RIBEIRO, Joaquim José Coelho de Sousa. *O problema do contrato*: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999).

lidade de o contratado honrar com suas obrigações. Como condição à emissão dessa apólice, é demandado do tomador a celebração do contrato de contragarantia.

É este contrato que regula a relação entre a seguradora e o tomador (e seus fiadores) e instrumentaliza o ressarcimento da seguradora em caso de materialização do risco coberto na apólice e do conseqüente adimplemento do dever de indenizar o segurado dali surgido. Por meio deste, disciplina-se a emissão da apólice de seguro, incluindo, por exemplo, informações que deverão ser compartilhadas com a seguradora durante a vigência da apólice, que respeitam tanto a execução do contrato principal, como a condição financeira do tomador; a obrigação de pagamento do prêmio de seguro;¹⁵ o exercício do direito de sub-rogação, para lhe permitir reaver toda e qualquer despesa ou pagamento que venha a efetuar; bem como as garantias a serem apresentadas, mantidas e reforçadas pelo tomador durante a vigência da apólice.¹⁶

Como o seguro garantia tem a peculiaridade de a avaliação do risco não estar baseada em cálculos atuariais, mas sim na análise econômico-financeira, técnica e de exposição moral do devedor da obrigação principal, as disposições do contragarantia objetivam dar conforto à seguradora de que tais condições serão mantidas durante a vigência da apólice e que, caso não sejam, ela tomará ciência de tal

15 “Art. 11, Circular Susep nº 477/13. O tomador é responsável pelo pagamento do prêmio à seguradora por todo o prazo de vigência da apólice. §1º O seguro continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pagado o prêmio nas datas convencionadas. §2º Não paga pelo tomador, na data fixada, qualquer parcela do prêmio devido, poderá a seguradora recorrer à execução do contrato de contragarantia; [...]”

16 Nas palavras de Poletto, “o contrato designado de ‘condições contratuais gerais’ caracteriza-se por dois objetos distintos: o primeiro é a regulação dos direitos e das obrigações do tomador e da seguradora, quanto à emissão de uma apólice ou várias apólices para uma terceira parte que não tem qualquer ingerência sobre este contrato; e o segundo é a constituição de garantias para preservar a seguradora num eventual inadimplemento” (POLETTI, op. cit., p. 58).

fato e poderá requerer, se necessário, ou o reforço das garantias apresentadas pelo tomador ou a sua execução.¹⁷⁻¹⁸

Há que se lembrar que o contexto da emissão de uma apólice de seguro garantia difere daquele ao qual a generalidade das pessoas está habituada. Se, muitas das vezes, há uma coincidência entre tomador e beneficiário da apólice, esta não é encontrada no seguro sob análise, o que justifica a existência de uma estrutura para a recuperação de valores pela seguradora. No garantia, a seguradora garante o cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado no âmbito do contrato principal; sabendo, portanto, de antemão o potencial causador do dano (ao menos direto) ao seu segurado. Decorrencia lógica é a prática de a seguradora demandar, na maioria avassaladora dos casos, a celebração de um contragarantia.

Frise-se que o seguro de dano existe para proteger interesse legítimo do segurado (tanto dos danos que ele possa causar a terceiros quanto dos que esses terceiros possam causar lhe), resguardando o seu patrimônio de eventuais prejuízos advindos da ocorrência de eventos danosos, e não para a proteção de terceiros (como o devedor-tomador da apólice de seguro garantia) dos danos que estes possam vir a causar ao segurado. O risco inerente à atividade empresarial

17 “O mesmo instrumento estabelece que, para a emissão de apólice de Seguro Garantia, o tomador deverá apresentar garantias e mantê-las íntegras e suficientes, permitindo à seguradora subscrever o risco da operação, ou seja, a contragarantir economicamente as obrigações que serão asseguradas pela seguradora, ao segurado. As garantias que deverão ser apresentadas à seguradora variam conforme a qualificação da empresa tomadora, quando da análise de risco; contudo, geralmente são exigidas do tomador: notas promissórias com vencimento à vista; garantia fidejussória; garantia real e ou outras garantias possíveis. Observa-se, ainda, que o referido instrumento atribui valor mínimo às garantias que devem corresponder a, no mínimo, 130% (cento e trinta por cento) da obrigação garantida” (Ibidem, p. 58).

18 “Mesmo assim, haverá casos sempre muito onerosos, em que a falta de cumprimento da obrigação se realizará, em esperada mínima freqüência. Para sanar tais ocorrências, que serão certamente de alto grau de severidade, é que se negociam contragarantias mais do que suficientes para suportar o pagamento da dívida do devedor inadimplente” (PEÓN DE SÁ, José Américo. Seguro-garantia: o PAC e o new deal. *Caderno de Seguros*, ano 29, n.152, jan. 2009. p. 85).

é e segue sendo do tomador, que não está resguardado por meio do seguro garantia dos reverses de sua própria atuação.¹⁹

2.1.1. Atipicidade.

O contrato de contragarantia não encontra disciplina no Código Civil ou legislação especial. No âmbito infralegal, a situação não é muito diferente: a regulamentação é pontual e estabelece apenas que seus termos podem ser livremente pactuados e a desnecessidade de sua submissão à autarquia²⁰ (apesar de ser necessário o registro de algumas de suas informações em sistema de registro homologado pela Susep).²¹ Para se ter uma base de comparação, a regulamentação setorial que dispõe sobre o seguro garantia estabelece diretrizes gerais bem delineadas do produto e apresenta, como orientação, o clausulado padrão do referido seguro e de suas modalidades, mas não o faz com o contragarantia, ficando silente quanto a sua forma e seus termos.

É, portanto, contrato atípico, cuja celebração é expressamente permitida pelo artigo 425 do Código Civil: “(é) lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Por contrato atípico entende-se aquele que não está especifica-

19 Mais além, o direito de a seguradora recobrar do tomador causador do dano o valor por ela indenizado ao segurado prejudicado respeita o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

20 Art. 21, Circular Susep nº 477/2013. “O contrato de contragarantia, que rege as relações entre a sociedade seguradora e o tomador, será livremente pactuado, não podendo interferir no direito do segurado. Parágrafo único - O contrato de contragarantia de que trata o caput não será submetido à análise da SUSEP.”

21 A Circular Susep nº 601, de 13 de abril de 2020, detalha em seu anexo as seguintes informações mínimas referentes ao contrato de contragarantia que deverão estar registradas nas operações de seguro garantia: (i) identificação do contrato de contragarantia (CCG) com o tomador, (ii) datas de início e fim de vigência do CCG, (iii) identificação de colaterais e fiadores do CCG (valores, tipo e local de registro dos recebíveis devem ser informados) e (iv) limite aprovado para o tomador no CCG.

mente regulamentado pelo ordenamento jurídico, independentemente de ter recebido ou não dele um nome.²² Carece, assim, de disciplina particular, apesar de lhe serem aplicáveis as normas gerais do direito contratual (e.g., normas de ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito) porquanto parte do sistema jurídico vigente²³. Repise-se que a atipicidade do contrato de contragarantia em nada é alterada pelo fato de, no âmbito infralegal, ele possuir um ‘*nomen juris*’.²⁴

Como Humberto Theodoro Junior lembra, “o contrato é, antes de tudo, um fenômeno econômico” e não uma criação do Direito.²⁵

22 “Os contratos típicos recebem do ordenamento jurídico uma regulamentação particular, e apresentam-se com um nome, ao passo que os atípicos, embora possam ter um nome, carecem de disciplina particular, não podendo a regulamentação dos interesses dos contratantes contrariar a lei, a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. Não paginado).

23 “É de se enfatizar, todavia, que os contratos atípicos não representam um universo isolado de regras criadas pelas próprias partes. Todo contrato, típico ou atípico, insere-se dentro do sistema jurídico, devendo observar as normas gerais do direito contratual, como o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, entre outros” *(SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Não paginado).

24 “[...] a atipicidade de um contrato não se traduz pelo fato de ter ele, ou não, um ‘nomen juris’, mas sim pelo fato de não estar devidamente regulamentado em lei. Reconhece-se com frequência cada vez mais acentuada que contratos há que têm nome e nem por isso são nominados-típicos já que, para que assim fossem considerados, estariam a exigir a presença de um regramento legislativo específico. [...] Assim, é contrato típico aquele que a lei regulamenta, estabelecendo regras específicas de tratamento e lhe concedendo um nomen juris. [...] A seu turno, portanto, contrato atípico é aquele não disciplinado pelo ordenamento jurídico, embora lícito, pelo fato de restar sujeito às normas gerais do contrato e pelo fato de não contrariar a lei, nem os bons costumes, nem os princípios gerais de Direito. Pouco importa se tem ou não um nome, porque este não é a característica da sua essência conceitual; seu traço característico próprio é o fato de não estar sujeito a uma disciplina própria” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 97, p. 127-138, 2002. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

25 “Il contratto è uno strumento della vita economica che nasce dalla realtà economica. Gli schemi di accordo e di rapporto contrattuale sono inventati dalla realtà, non dal legislatore [...]” (IUDICA, 2002, p. 276-277 apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Não paginado).

primeiro, surge a necessidade prática do mercado de instrumentalizar a circulação de capital e minimizar as possíveis contingências relacionadas a negócios jurídicos mais complexos e, depois, são desenvolvidos novos instrumentos contratuais que atendem a essa nova estrutura. E, dessa forma, o contrato que é formalmente atípico, transforma-se em socialmente típico,²⁶ como o que ocorreu com o contrato de contragarantia.²⁷

2.1.2. Não obrigatoriedade.

Não obstante a celebração de contrato de contragarantia ser desdobramento lógico da sistemática do seguro garantia, com base na legislação e regulação em vigor e nos princípios da legalidade e autonomia da vontade das partes delas decorrentes, é possível inferir ser facultado à seguradora exigir ou não do tomador a celebração de tal contrato.

Para elucidar tal entendimento, cabe aqui uma pequena digressão. O princípio constitucional da legalidade, insculpido nos artigos 5º e 37 da Carta Maior, apresenta-se para os particulares e entes públicos como duas facetas de uma mesma moeda: se, por um lado, ao particular é permitido fazer tudo que a lei não limita, por outro, à Administração Pública somente é permitido fazer o que a lei permite, não havendo liberdade ou vontade pessoal. “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o

26 GALGANO, 1993, p. 68 *apud* POLETTI, op. cit. p.39.

27 “Sobre tipicidade, manifesta-se Pontes de Miranda “a tipicidade tem causas históricas, por muito fundada no direito romano, porém não só a vida jurídica nos tempos posteriores e nos dias de hoje, atuou e atua, como também o trato dos negócios, em caracterizações inevitáveis. O tráfico jurídico não só tipiciza ou corrige o tipo. Por vezes, suscita tipos novos (e.g., no direito brasileiro, a duplicata mercantil), ou negócios jurídicos atípicos. A vida muda. Embora os princípios permaneçam, mudam-se estruturas e conteúdos de negócios jurídicos” (MIRANDA, 1962. v. 38. p. 366 *apud* AZEVEDO, op. cit. Não paginado).

particular signi?ca “pode fazer assim”; para o administrador público signi?ca “deve fazer assim”, como já vociferava Hely Lopes Meirelles.²⁸ Por lei há de se entender seu sentido *lato*, englobando não só a lei stricto sensu como também as normas e regulamentações emanadas em virtude da lei por órgão e entidades competentes parte da Administração Pública. Assim é que, tanto Administração Pública quanto administrados estão sujeitos às normas emanadas pelo CNSP e pela Susep em matéria securitária.²⁹⁻³⁰

Pois bem. Então se a regulamentação setorial trata pontualmente do contrato de contragarantia e não estabelece sua forma e termos, deixando a cargo das partes sua pactuação, resta claro que o intuito do regulador foi de conferir às partes autonomia para negociar livremente e o fez face ao caráter de disponibilidade desse direito. E,

28 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 82.

29 Judith Martins-Costa, quando se refere às normas do CNSP e da SUSEP, assevera que "as regras que edita, sendo emanadas por órgão vinculado ao Poder Executivo, têm caráter de atos administrativos, constituem, efetivamente, atos administrativos, devendo ser entendidos, e obrigar, no limite da competência regulatória daqueles órgãos" (MARTINS-COSTA, Judith. O co-seguro no direito brasileiro: entre a fragilidade da prática e a necessidade de reconstrução positiva do instituto. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 161-178, mar. 2002).

30 Corroborar com esse posicionamento a lição do Ministro Eros Grau: "No enunciado do preceito — ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei — há visível distinção entre as seguintes situações: [i] vinculação às definições da lei e [ii] vinculação às definições decorrentes — isto é, fixadas em virtude dela — de lei. No primeiro caso estamos diante da reserva da lei; no segundo, em face da reserva da norma [norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar ou regimental]. Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa — mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei — o princípio estará sendo devidamente acatado. [...] Se há matérias que não podem ser reguladas senão pela lei — v.g.: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de órgão público para o exercício de atividade econômica sem lei, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça — das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispondo, o Poder Executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas-corpus nº 85.060. Relator: Min. Eros Grau. Data de Julgamento: 23 set. 2008. Data da Publicação: 13 fev. 2009. DJe-030).

enquanto disponível, tem a seguradora a faculdade de, inclusive, abdicar do direito de solicitar tal garantia do tomador (apesar de, na maior parte dos casos, não o fazer).

De fato, não poderia ser alcançada conclusão diferente. É preciso ter a liberdade de conceber os negócios securitários, dentro do que não é proibido pela legislação ou regulamentação aplicáveis, de acordo com a conveniência da própria seguradora, sob pena de essa ingerência excessiva acabar por minar a própria capacidade de angariação de negócios e a estabilidade necessária para a realização do seu objeto social.

Pelo acima, entende-se que a lacuna da regulamentação é proposital e permite que o contragarantia seja concedido por qualquer meio juridicamente aceito para possibilitar o ressarcimento da seguradora em face do tomador e/ou de seus fiadores e o reforço das garantias oferecidas quando cabível, podendo, inclusive, essa garantia ser compartilhada com outros credores ou apenas não solicitada do tomador.

2.1.3. Não acessoriedade.

As peculiaridades que habitam uma relação tripartite podem ser, de maneira equivocada, confundidas com o surgimento de dependência entre elas. Mas o fato é que, assim como o contrato de contragarantia não tem o condão de interferir na relação contratual original estabelecida entre credor e devedor, ele também não tem o condão de interferir na relação securitária estabelecida com o segurado. De fato, a própria regulamentação reforça esse entendimento e veda que tal instrumento interfira no direito do segurado, conforme dispõe o artigo 21 da Circular SUSEP nº 477/2013.

Configura-se, de tal modo, negócio jurídico independente que mantém conexão com a obrigação assumida pelo devedor no contrato garantido e com a relação materializada na apólice, mas que delas

se aparta e adquire autonomia. Não é, portanto, contrato acessório. Cada uma dessas relações tem sua causa própria de ser.³¹ Ainda que orientadas a finalidades econômicas que encontram ponto de interseção, são negócios distintos que guardam similitudes entre si.

Não é necessário buscar em outras relações jurídicas as bases para o exercício pleno do direito consubstanciado no contrato de contragarantia. Apesar de seu surgimento estar relacionado ao contrato principal e à contratação de um seguro garantia, ele configura obrigação independente. É obrigação própria e original do tomador face à seguradora que não guarda relação direta, mas tão somente indireta, com a obrigação pela seguradora assumida com o contratante no contrato garantido. É, assim, obrigação autônoma.

2.2. Principais Cláusulas.

Como abordado anteriormente, o contragarantia é contrato atípico e, como tal, é contrato não solene, com forma livre, não cabendo ao intérprete impor forma específica se a legislação não o fez. Mesmo sem ter conteúdo mínimo mandatário, o mercado tem por hábito incluir na redação desse instrumento algumas cláusulas, que são reproduzidas por cada seguradora com uma ou outra alterações. Merecem destaque nesse estudo, as cláusulas de sub-rogação, de prestação de garantia por fiadores, de colateralização (também conhecida por *place in funds*) e de vigência.

2.2.1. Sub-rogação.

A inclusão da cláusula de sub-rogação no contrato de contra-

31 “Frequentemente o termo *garantia* tem seu significado dependente de uma prestação principal, por exemplo, a fiança em relação ao aluguel. No contrato de seguro, a garantia é a própria prestação principal. O seguro [...] não é negócio jurídico acessório, é vínculo autônomo” (TZIRULNIK, op. cit., p. 45).

garantia não inova na relação entre tomador e seguradora. Isso porque a própria legislação em vigor estabelece que, uma vez paga a indenização, a seguradora sub-roga-se nos direitos e ações que competiriam ao segurado contra o autor do dano, limitado ao valor pago.³² Serve, assim, como um reforço da obrigação legal.³³

O direito de a seguradora poder recuperar do tomador da apólice de seguro (devedor no contrato principal) as despesas ou indenizações que venha a pagar no âmbito da respectiva apólice,³⁴ torna-se exigível com o efetivo pagamento da indenização securitária ao segurado.

A via, contudo, para a efetivação desse direito é controversa, já que há relutância dos tribunais em reconhecer o contrato de contragarantia e a cláusula de sub-rogação como títulos executivos extrajudiciais, como revisitaremos na sequência.³⁵

32 Art. 786, Código Civil. “Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. § 1º Salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consangüíneos ou afins. § 2º É ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo”.

33 O entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça reforça o conteúdo dessa cláusula. Confira-se: “Ao efetuar o pagamento da indenização ao segurado em decorrência de danos causados por terceiro, a seguradora sub-roga-se nos direitos daquele, podendo, dentro do prazo prescricional aplicável à relação jurídica originária, buscar o ressarcimento do que dispendeu, nos mesmos termos e limites que assistiam ao segurado” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.121.435/SP. Relator: Min. Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 13 mar. 2012. Data de Publicação: 29 mar. 2012.)

34 A redação praticada pelo mercado securitário há tempos assemelha-se à transcrita a seguir: “A SEGURADORA ficará automaticamente sub-rogada nos direitos dos SEGURADOS para haver, do TOMADOR, toda e qualquer despesas ou pagamento que venha a efetuar em decorrência das apólices e dos endossos emitidos”. Cláusula contratual retirada do seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.123.542-SP. Relator: Min. Moura Ribeiro. Data de Publicação: 08 ago. 2017.

35 Vale destacar trecho de decisão em que se discutia, dentre outros, a adequação da via procedimental eleita pela seguradora para efetivar seu direito de sub-rogação e recuperar valores dispendidos em sede de seguro garantia: “Os apelantes sustentam que a ação monitória é via inadequada, e que era o caso de indeferimento da peça inicial. [...] De acordo com a

2.2.2. Prestação de garantia por fiadores.

Repise-se que a principal função do contrato de contragarantia é assegurar à seguradora a exequibilidade de seu direito de reaver qualquer valor por ela incorrido referente à emissão e ao pagamento de indenização em relação com a apólice, o que inclui, por exemplo, gastos com a regulação e liquidação do sinistro. Para alcançar esse objetivo, o contrato pode ser firmado também por fiadores; posição, muitas das vezes, ocupada pelos próprios administradores das sociedades tomadoras do seguro garantia, atuando em nome próprio.³⁶⁻³⁷

Pode acontecer de, no curso do contrato principal, o fiador ter sua credibilidade ou condição econômico-financeira alterada de forma que a sua capacidade de satisfazer as obrigações assumidas como

cláusula 1ª do referido contrato: “A SEGURADORA garantirá as obrigações contratualmente assumidas pelo TOMADOR perante o SEGURADO, mediante emissão de APÓLICE na qual serão estabelecidas finalidades, valores, prazos e demais condições da cobertura de seguro, de acordo com o contrato garantido” (fls.69). Ou seja, não consta do instrumento contratual qualquer quantia certa e determinada à qual a seguradora tenha se obrigado a pagar, de modo que o contrato de contragarantias é desprovido de liquidez, característica imprescindível aos títulos executivos, conforme inteligência do artigo 586 do Código de Processo Civil [...]. Assim, a seguradora não poderia se valer do processo de execução para obter a tutela pretendida [...]” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 1.101.887-4. Relator: Des. Jurandyr Reis Junior. Data de Julgamento: 20 fev. 2014).

36 Deve-se avaliar a existência de cônjuges e a necessidade de sua inclusão também no contrato por força do artigo 1.647 do Código Civil que estabelece, como forma de proteger o patrimônio do casal de atos unilaterais, a necessidade de outorga uxória em determinadas situações, como a prestação de fiança. A ausência de tal anuência pode tornar a garantia nula.

37 Ilustra o praticado no mercado a seguinte cláusula: “CLÁUSULA 11ª - Intervém neste ato e assinam este CONTRATO, como FIADORES, as pessoas assim designadas e qualificadas ao final deste instrumento, as quais se declaram principais pagadores, responsabilizando-se, solidariamente, com o TOMADOR, pelo cumprimento de todas as obrigações por ele assumidas neste CONTRATO, bem como nas APÓLICES e ENDOSSOS referidos na Cláusula 1ª, sejam principais ou acessórias, compreendendo juros, correção monetária, penas convencionais, comissões, tributos, honorários advocatícios e quaisquer outras despesas ou encargos de responsabilidade do TOMADOR, nos termos do art. 821 e 822 da Lei 10.406/2002, com a expressa renúncia aos benefícios de ordem e à faculdade contida nos Artigos 835 a 838 da referida Lei”. Cláusula contratual retirada do seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.123.542-SP. Relator: Min. Moura Ribeiro. Data de Publicação: 08 ago. 2017.

tal seja prejudicada. Para essa situação, a lei possibilita à seguradora solicitar a substituição do respectivo fiador, por outro capaz ou solvente, conforme o caso,³⁸ desde que reste demonstrada a sua incapacidade ou insolvência.³⁹ Isso porque, funcionando a fiança como garantia do pagamento da obrigação principal, o fiador há de ter capacidade e idoneidade financeira para adimplir a dívida caso o devedor principal não o faça.

Para fins de substituição, a insolvência relevante é aquela caracterizada quando a fiança tenha perdido a aptidão de ser garantia efetiva do débito.⁴⁰ Em outras palavras, pode-se afirmar que a “insolvência, que autoriza a substituição do fiador, deve ser tomada em sentido amplo, como a situação de superação das dívidas do fiador, se confrontadas com seu ativo [...]. Não importa a causa da insolvência, desde que seja posterior à contratação da fiança”,⁴¹ como assevera Claudio Luiz Bueno de Godoy.⁴²

38 TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA; Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 643.

39 Art. 826, Código Civil. “Se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído”.

40 O tema é muito discutido pela jurisprudência no âmbito da locação: “APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO RENOVATÓRIA. Preenchimento dos requisitos legais fiança é uma parte acessória e não substancial do contrato de locação, razão pela qual, se a fiadora tornar-se insolvente no cumprimento do contrato renovando, os locadores poderão exigir a sua substituição (CC/2002, art. 826) estimativa do valor locativo utilizando o método comparativo, que é admitido pela jurisprudência. RECURSO DOS CORRÉUS CONHECIDO E NÃO PROVIDO” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0002645-52.2013.8.26.0451. Relator: Des.Berenice Marcondes Cesar. Data de Julgamento: 10 maio 2016). Destaco outro trecho relevante da decisão: “A fiadora indicada aceitou a fiança (fls. 486), e o fato de a fiadora possuir sede em outro Estado e ter um título protestado não lhe retira a idoneidade financeira”.

41 PELUSO, CEZAR (Coord.). *Código civil comentado*. 4. ed. rev. atual. Barueri: Manole, 2009. p. 842-843.

42 O autor continua: “Pense-se no fiador que não cai em insolvência mas, mesmo assim, tem seu patrimônio sensivelmente reduzido. Nessa hipótese, poderá ser exigido pelo credor, de novo quando ao devedor incumba fazê-lo, o reforço da garantia, persistindo, todavia, o fiador originário” (Ibidem, p. 842-843).

2.2.3. Colaterização.

Adicionalmente, o contragarantia introduz para o tomador (e seus fiadores) uma obrigação de prestar/garantir e de manter a garantia incólume, independentemente da ocorrência de sinistro. Essa garantia traz, juntamente com as outras disposições do contrato, conforto para a seguradora de que ela terá meios para reaver valores eventualmente gastos para o cumprimento de suas obrigações oriundas da apólice.

A cláusula *place in funds* é conhecida na legislação,⁴³ literatur⁴⁴ e tribunais⁴⁵ estrangeiros, mas ainda tem sua efetividade pouco

43 A Ley Federal de Instituciones de Fianzas mexicana trata da colaterização: “ARTÍCULO 97.- Las instituciones de fianzas tendrán acción contra el solicitante, fiado, contrafiador y obligado solidario, antes de haber ellas pagado, para exigir que garanticen por medio de prenda, hipoteca o fideicomiso, las cantidades por las que tenga o pueda tener responsabilidad la institución, con motivo de su fianzas en los siguientes casos: a).- Cuando se les haya requerido judicial o extrajudicialmente el pago de alguna cantidad en virtud de fianza otorgada; b).- Cuando la obligación garantizada se haya hecho exigible aunque no exista el requerimiento a que se refiere el inciso anterior; c).- Cuando cualquiera de los obligados sufra menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente; d).- Cuando alguno de los obligados haya proporcionado datos falsos respecto a su solvencia o a su domicilio; e).- Cuando la institución de fianzas compruebe que alguno de los obligados a que se refiere este artículo incumpla obligaciones de terceros de modo que la institución corra el riesgo de perder sus garantías de recuperación; y f).- En los demás casos previstos en la legislación mercantil” (Disponível em: «[http://www.cnsf.gob.mx/Normativa/Leyes%20y%20Reglamentos/LFIF%20\(Ver-si%C3%B3n%20Compilada%20al%2010-Ene-14\).pdf](http://www.cnsf.gob.mx/Normativa/Leyes%20y%20Reglamentos/LFIF%20(Ver-si%C3%B3n%20Compilada%20al%2010-Ene-14).pdf)». Acesso em: 11 jul. 2020).

44 “The remedy of specific performance is similar to exoneration and *quia timet* in that it has allowed sureties to enforce the right to require the principal and, under the Indemnity Agreement, third party indemnitors, to deposit collateral security well before the surety actually pays a claim or sustains a loss. In surety underwriting parlance, underwriters often refer to this provision as the “place in funds” provision. [...] by virtue of the language of the collateral security provision in the Indemnity Agreement, the surety chooses the triggering event or events for compelling a deposit of collateral. [...] One commentator noted that the Indemnity Agreement ‘ancillary to surety bonds for construction contracts are by no means standard’. In that regard, while some collateral security provisions use the creation of a reserve as a triggering event, others require that the principal and indemnitors shall make payment as soon as liability exists or claimants assert liability against the surety. Others simply require collateral security deposits upon any demand made against the surety and still others reassess its principal’s financial profile and then have a right to demand collateral” (KLINGER, Marilyn; BACHRACH,

reconhecida pelo nosso judiciário. Isso porque não só não há dispositivo legal assegurando diretamente esse direito à seguradora, como também a redação da cláusula é, em geral, aberta, não tratando com precisão das hipóteses em que a prestação de garantia adicional se tornará exigível, usualmente relacionadas à sinais de deterioração financeira, patrimonial ou técnica do devedor-tomador e condicionadas à notificação deste.

A ausência de assertividade e objetividade nas disposições contratuais pode levar a que tal cláusula passe a ser vista com maus olhos e perca legitimidade. Isso porque se pode levantar que ela deixaria o tomador (e seus fiadores) à mercê de condição puramente potestativa, o que esbarraria no quanto disposto no artigo 122 do Código Civil que prevê que "entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes". Assim, há que se ter muito cuidado na redação da cláusula de colateralização para que não se reduza a sua aceitação se questionada judicialmente.⁴⁶⁻⁴⁷ O assunto será retomado mais adiante quando discutida a efetividade do contragarantia.

George; HALEY, Tracey (Org.). *The surety's indemnity agreement: law and practice*. 2. ed. Chicago: Aba Book Publishing, 2008. p. 285-288).

45 Em decisão da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (Decisão nº 169158, de agosto de 2008), o dispositivo da legislação mexicana (artigo 97 da *Ley Federal de Instituciones de Fianzas*) foi testado: "*El ejercicio de la citada acción para constituir la garantía a cargo de los obligados tiene como presupuesto que se actualice alguna de las hipótesis citada y se trata de una medida precautoria que tende a asegurar a favor de la afianzadora el derecho de cobro que puede establecer contra el fiado, obligado solidário, contrafiador o solicitante, y la realización efetiva de um derecho en el futuro mientras no prescriba la acción de repetir correspondiente, sin que exija que exista la intención de pago por la afianzadora frente a um reclamo determinado sino la necesidad de resguardar su patrimonio para respaldar sus obligaciones presentes o futuras, que deriven de una póliza*" (ROCHA, Dinir Salvador Rios da; JUNQUEIRA NETO, Paulo Octaviano Diniz. O contrato de contra garantia como título executivo extrajudicial. *Revista Opinião.Seg.* n. 11, p. 24-30, out. 2015).

46 Tais cláusulas de colateralização podem adquirir as mais variadas formas. Abaixo, destacamos algumas delas: "Cláusula 4ª. O Tomador obriga-se a: [...] 2 – manter íntegras e suficientes as garantias oferecidas ao seguro; 3 – enviar à SEGURADORA, sempre que solicitado, informações de caráter econômico - financeira, cadastral, fiscal e trabalhista, que habilitem a correta e con-

2.2.4. Vigência.

No mais, o contragarantia deve vigor por prazo que acompanhe o cumprimento de todas as obrigações do tomador garantidas pela apólice de seguro garantia. É importante, assim, que o tomador obtenha do contratante do contrato principal a efetiva liberação de suas obrigações contratuais, quando finalizadas, de modo a que as contragarantias possam ser levantadas.

Cabe lembrar que as garantias oferecidas não podem ser indevidamente retidas. O STJ, inclusive, já decidiu⁴⁸ pela manutenção de lucros cessantes fixados por juiz de primeira instância à tomador de

tínua avaliação do risco; [...] Cláusula 8ª. A SEGURADORA poderá, independentemente de aviso, interpelação ou notificação, judicial ou extrajudicial, considerar antecipadamente vencido este CONTRATO para exigir do TOMADOR e/ou FIADORES, o pagamento imediato de valor equivalente às obrigações assumidas. Neste caso, a SEGURADORA liquidará, junto ao(s) SEGURADO(S), as obrigações do TOMADOR, liberando-se do seguro(s) prestado(s), nos seguintes casos: [...] (b) quando a SEGURADORA avaliar que a conduta ou solvência do TOMADOR evidencie incapacidade para cumprir as obrigações contraídas com o(s) SEGURADO(S); (c) quando o TOMADOR ou a empresa a ele coligada ou por ele controlada requerer a recuperação extrajudicial ou judicial, ou ainda tiver requerido sua falência; [...] Cláusula 10ª. Para assegurar o fiel e cabal cumprimento de todas as obrigações, bem como a cobertura de quaisquer importâncias decorrentes deste CONTRATO, a SEGURADORA poderá, a seu favor, exigir do TOMADOR e/ou de seus FIADORES: (a) nota promissória em caráter 'pró-solvendo' com vencimento à vista; (b) garantia fidejussória; (c) garantia real; e (d) outras garantias. Parágrafo único. As Garantias antes referidas deverão corresponder, no mínimo, a 130% (cento e trinta por cento) da obrigação garantida" (MODELO de contrato de contragarantia. Disponível em: «http://dumas.com.br/wp-content/uploads/2014/11/contrato_contra_garantia.pdf». Acesso em: 13 jul. 2020).

47 Outras obrigações que podem constar do contragarantia são (i) de o tomador entregar à SEGURADORA, em caso de aviso formal de sinistro, garantias adicionais líquidas ou antecipar o equivalente ao valor da indenização securitária diretamente ao segurado assim que solicitado, e (ii) que obriga tomador e fiador a apresentar garantias líquidas colaterais em prazo pré-determinado (muitas das vezes de até 72 horas) quando recebida comunicação da seguradora, independentemente de qualquer outra formalidade, judicial ou extrajudicial. A determinação de prazo pode ser relevante para o reconhecimento da exigibilidade da cláusula quando analisada sob o prisma da existência de características de título executivo.

48 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.411.409-ES. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Publicação: 06 out. 2017.

apólice que não teve a liberação de contragarantia, mesmo após a execução das obras para as quais foi contratado.⁴⁹

2.3. Natureza jurídica.

Esse estudo não seria completo se não fosse feito o exercício de definição da natureza jurídica⁵⁰ do contrato de contragarantia.

De todas as funções exercidas pelo Direito, uma das mais importantes é a de trazer fim a disputas que naturalmente surgem da vida em sociedade, tendo o poder de assegurar os valores mais caros à coletividade e aos cidadãos individualmente considerados, em uma busca incessante pela concretização da tão perseguida justiça. Nessa perspectiva, as normas oferecem os contornos para a atuação das partes e para a eventual regime de responsabilização em caso de litígio.

A importância de se definir a natureza jurídica de determinado instituto jurídico é que, dessa forma, se pode “estabelecer um tipo de relação entre o conjunto de normas em que este conceito consiste, e outro conceito (conjunto de normas) considerado ‘superior’ ou ‘genérico’”, como assevera Le Pera,⁵¹ e buscar auxílio para a atribuição de

49 À época vigorava outro sistema para a comercialização de seguro garantia, que tinha o IRB como centro e em que as empresas possuíam um limite junto ao Instituto que ficaria reduzido enquanto vigente um contrato de contragarantia. Em decorrência disso e face à não liberação da contragarantia, o tomador teria perdido uma oportunidade de negócio, razão pela qual se concluiu pela impossibilidade da adoção da exceção do contrato não cumprido e ele foi indenizado por lucros cessantes.

50 “Natureza das coisas não é mais do que o seu nascimento em determinados tempos e conforme certos modos de ser. Eis que quais se constituíram, tais hão de manter-se e não de outra forma” (VICO, Giambattista. *Princípios de uma ciência nova*: acerca da natureza comum das nações. Tradução de Antônio Lázaro de Almeida Prado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 35).

51 LE PERA, 1971 *apud* VIVAN FILHO, Gerson Tadeu Astolfi. Natureza jurídica: ela está no meio de nós? *Revista Res Severa Verum Gaundium*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, mar. 2017. p. 40.

consequência jurídica nas disputas que lhe dizem respeito.⁵² Em suma, por meio dela, se define o regime jurídico aplicável em concreto para o agir, o preenchimento de eventuais vazios normativos e a resolução de litígios que circundam certo fato de interesse ao Direito.

Pois bem. Para poder tentar definir a natureza jurídica do contragarantia, foi necessário primeiro buscar o contexto em que está inserido, sua função, suas principais características, sua redação usual para, apenas agora, mergulhar nas fontes do direito.

Ocorre que, como tratado anteriormente, a legislação e regulamentação aplicáveis são praticamente silentes quanto ao instituto e a doutrina extremamente escassa. Há de se recorrer, então, ao ramo maior, de direito civil geral, fonte na qual podemos buscar solução para a dúvida que se coloca.

Mais especificamente, cabe socorrer-se à classificação das obrigações segundo seu conteúdo proposto por Fabio Comparato que coloca a obrigação de garantia lado a lado com a de meio e resultado. O autor propõe que se divida as obrigações do seguinte modo: aquelas em que o credor tem o direito de exigir a produção de um resultado, sem o qual não há de se falar em adimplemento; aquelas em que o resultado, embora desejável e causa do contrato, não pode ser objeto, que consiste apenas na atividade diligente do devedor em

52 Aqui cabe parêntesis para reconhecer que há interessantes críticas em sua utilização com objetivo de se determinar a consequência jurídica em certa disputa com base em sua natureza, ainda mais em se considerando o Direito em uma sociedade democrática, como a feita por Gerson Tadeu Astolfi Filho. Citando-o: “Ora, é dever constitucional do poder judiciário fundamentar todas suas decisões (art. 93, IX, CF). [...] É certo que o dever do responsável pela decisão não é sempre fundamentá-la a cada vez; desse modo esvairia inclusive a função prática da natureza jurídica, e, levando ao extremo, resultaria num regresso ao infinito. [...] nos casos em que a natureza de um instituto tenha se feito definida por uma fonte vinculativa ou pela quase totalidade das opiniões dogmáticas, pode-se apenas remeter a essa pré-fundamentação construída, por assim dizer, tradicionalmente. Neste caso a remissão corresponde rigorosamente a uma fundamentação. Agora, nos casos controvertidos, em que são diversos os entendimentos possíveis, a mera enunciação de uma natureza é pura tautologia. É necessária a construção da solução por meio de analogia, que para justificar esta solução, precisa deixar o terreno da argumentação dogmática, e ingressar no plano da argumentação finalista” (Ibidem).

prol do credor; e aquelas, que seriam parte de um *tertium genus*, em que se busca a eliminação de um risco que pesa sobre o credor, sendo a mera assunção do risco pelo devedor considerado adimplemento de sua obrigação.⁵³ É esse terceiro gênero que interessa à presente temática.

Parêntesis para esclarecer que toda obrigação, seja ela de meio, de resultado ou de garantia, visa um resultado específico relacionado a sua utilidade econômico-social para o credor⁵⁴ – a diferença é que este não necessariamente será elemento essencial da relação obrigacional (seria causa no sentido teleológico apenas).⁵⁵

Na esteira de tal classificação, a obrigação consubstanciada no contrato de contragarantia seria de garantia, já que ela não se resume na atuação leal e diligente do tomador enquanto devedor, nem na consecução de um resultado específico, mas na obrigação primária de garantir, de eliminar de antemão as consequências da realização de um risco. O fato de tal risco não vir a se concretizar, não o exime da sua obrigação de garantir. A obrigação de efetivamente pagar ou colateralizar são secundárias e estão condicionadas à ocorrência do fato disposto contratualmente.⁵⁶

53 “A razão disto está em que a eliminação de um risco que pesa sobre o credor representa por si mesma um bem da vida, traduzível muita vez em preciso valor econômico, como os prêmios de seguro, objeto de cálculos atuariais, ou as garantias bancárias obtidas através do desconto antecipado de juros ou ágios” (COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. In: _____. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Forense: Rio de Janeiro, 1978. p. 538).

54 Contra a dicotomia obrigações de meio e de resultado, objetou-se que toda prestação comporta, de certa forma, um resultado mais ou menos determinado e que a chamada obrigação de meio pode ser mais ou menos precisa quanto ao seu conteúdo, dependendo da previsão contratual que a estipule [...]. Não se pode perder de vista que toda obrigação comporta, evidentemente, um resultado que corresponde à sua utilidade econômico-social para o credor” (CRUZ, Gisela Sampaio da. *Obrigações alternativas e com faculdade alternativa*. *Obrigações de meio e de resultado*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 170-174).

55 Fim ao qual determinado fato ou ato destina-se.

56 Ainda que a garantia oferecida jamais venha a ser utilizada, o que acontece em grande parte

Mas a classificação das obrigações consubstanciadas no contragarantia segundo seu conteúdo não é suficiente para determinar sua natureza jurídica. A exemplo do que passa com o seguro garantia,⁵⁷ um instituto pode consubstanciar obrigação de garantia e, ainda, assim, ter natureza jurídica diversa, como a securitária. Na verdade, como a natureza jurídica desse instituto não deriva naturalmente de uma fonte vinculativa ou da esmagadora maioria das opiniões dogmáticas, não cabe sua mera enunciação sem a construção da solução por meio de analogia.⁵⁸ E, com esse intuito, há que olhar não só para sua função de assegurar o patrimônio credor, mas também para a essência do instituto.

Como visto anteriormente, o instituto surgiu na Roma antiga, quando sua utilização estava atrelada à fiança. Mesmo após a alteração do contexto histórico e evolução das relações contratuais, o contrato de contragarantia preserva na atualidade a mesma essência daquele momento: a de servir como garantia da garantia. Quando estabelece para o tomador a obrigação de pagamento do prêmio de seguro, quando reforça o dever legal de sub-rogação, quando inaugura a obrigação de colateralização, nada mais faz do que reforçar o futuro exercício pela seguradora-credora do direito ao crédito relacionado à emissão da apólice de seguro.

É efetivo instrumento de segurança na aceção dada por Pontes de Miranda:

dos casos, a sua mera existência já cumpre papel de desestimular o inadimplemento pelo devedor (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito bancário*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 781).

57 Muito já se discutiu se o seguro garantia seria, de fato, um contrato de seguro, uma espécie de fiança ou um híbrido, mas, apesar de deter certas particularidades que se refletem em uma operacionalização um pouco diferente de outras modalidades de seguro, entende-se que não há alteração de sua natureza securitária. v. HADDAD, Marcelo Mansur. A arbitragem e os terceiros nas relações securitárias. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 41, abr./jun. 2014.

58 VIVAN FILHO, op.cit., p. 50-51.

segurança ou garantia é o reforçamento de algum direito, ordinariamente crédito. Alguém, por outro, ou o próprio sujeito passivo da relação jurídica, com a sua promessa ou com a dação da posse, ou o domínio, ou direito real limitado, torna mais facilmente executável a dívida ou mais facilmente exercível seu direito. [...] as seguranças ou são pessoais: fiança, entrega de título de crédito abstrato emitido por terceiro, aval (que pode ser prometido); ou reais: penhor, caução, hipoteca, anticrese, warrant, transmissão em garantia.⁵⁹

Se o contrato de contragarantia, na sua gênese, se ligou à fiança e, com o tempo, dela se afastou tanto a ponto de ser instituto apropriado pela práxis do direito securitário; na sua essência ele permanece sendo a garantia de uma garantia, um “esquema destinado à obtenção seja do cumprimento de uma obrigação, seja do equivalente, quanto possível, a esse mesmo cumprimento”.⁶⁰ Assim é que é possível defender sua natureza jurídica de garantia de maneira bem tranquila.

Arrisca-se, contudo, ir mais além e posicioná-la como uma garantia *sui generis*, cuja atipicidade decorre diretamente dos princípios da legalidade quando aplicada aos particulares, da autonomia da vontade das partes e do *pacta sunt servanda*. Nesse contexto, pode-se levantar, inclusive, se o contrato de contragarantia poderia ser entendido como uma garantia autônoma.

De pouco reconhecimento no país,⁶¹ mas de larga utilização⁶²

59 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito das obrigações: obrigações e suas espécies: fontes e espécies de obrigações*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958 (Tratado de Direito Privado, 22). p. 299-300.

60 CORDEIRO, op. cit., p. 780.

61 “Não há, no Brasil, legislação sobre tal modalidade nem a jurisprudência avançou tanto quanto nos países ocidentais, existindo poucas decisões judiciais sobre o tema. No entanto, já é possível encontrar, mesmo timidamente e sem o uso da nomenclatura garantia autônoma,

na prática comercial internacional,⁶³ a garantia autônoma, cujo objetivo seria oferecer maior segurança e agilidade a relações comerciais, estaria desvinculada do contrato principal de tal maneira que o garante, em geral uma instituição financeira,⁶⁴ ficaria obrigado a efetuar o pagamento de uma quantia ao credor sem que pudesse opor eventuais vícios da obrigação principal e sem a necessidade de prestação jurisdicional para tanto quando acompanhada de cláusula à primeira ordem, que confere automaticidade à garantia.

Na esteira do defendido por Menezes Cordeiro sobre a função da garantia autônoma, esta “não é, tanto, a de assegurar o cumprimento de um determinado contrato. Ela visa, antes, assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da própria garantia, uma determinada quantia em dinheiro”⁶⁵ e nisso encontramos bastante similitude com o contrato de contragarantia. O contragaran-

alguns julgados reconhecendo a autonomia dessa figura contratual e a sua distinção da fiança, que é a modalidade de garantia da qual mais se aproxima” (MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz(Coord.) et al. *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 107).

62 “O princípio segundo o qual uma garantia pode ser independente do contrato cujos riscos visa cobrir não foi admitido com a mesma facilidade pelo conjunto dos sistemas jurídicos [...]; essa questão só foi superada por meio do reforço da teoria da autonomia da vontade. O valor atribuído à vontade das partes na criação de um pagamento autônomo, destacado de qualquer operação que pudesse lhe dar causa foi construindo a ideia da validade e originalidade da garantia autônoma” (GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. Garantias bancárias autônomas e as regras uniformes para garantias autônomas da Câmara de Comércio Internacional. In: BASSO, Maristela; PRADO, Maurício Almeida; ZAITZ, Daniela (Coord.). *Direito do comércio internacional: pragmática, diversidade e inovação: estudos em homenagem ao professor Luiz Olavo Baptista*. Curitiba: Juruá, 2005).

63 “Muito embora a garantia autônoma não esteja prevista na legislação da maior parte dos países estrangeiros que a utilizam, há jurisprudência maciça, principalmente na Europa, reconhecendo a legalidade dessa figura contratual. A solução dos casos, quando necessário, dá-se por meio das regras elaboradas pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) e da ONU” (MENDES, op. cit., p. 107).

64 Não haveria óbice, contudo, a que uma garantia autônoma fosse prestada por outras pessoas físicas ou jurídicas.

65 CORDEIRO, op. cit., p. 835

tia também não garante o cumprimento da obrigação do contrato principal, como ocorre com o seguro garantia, reforça, por suas disposições, o direito de crédito da seguradora. Ele dá credibilidade ao tomador do seguro (devedor na seara do contrato principal) e conforto à seguradora para emissão da apólice de seguro garantia.

Outra aproximação entre as duas figuras relaciona-se à autonomia. Ela é elemento central nessa modalidade de garantia em que o garantidor oferece o patrimônio como salvaguarda de obrigação assumida por terceiro, com quem não mantém relação comercial. A desvinculação da garantia autônoma com relação ao contrato-base,⁶⁶ traduzida em contrato não-acessório,⁶⁷ impossibilita o garantidor de recusar o cumprimento de suas obrigações por circunstâncias externas à própria garantia, ainda que digam respeito ao contrato-base.⁶⁸ *Mutatis mutandi*, referida característica também é encontrada na figura do contragarantia. Como visto anteriormente, no contragarantia a relação estabelecida é triangular, de modo que a relação nele consubstanciada é entre seguradora e garantidor (devedor no contrato principal), e na obrigação que este garante (o seguro garantia) a relação comercial coloca-se entre seguradora e segurado (credor no con-

66 “[...] a obrigação do garante não se molda sobre a obrigação principal, quer quanto ao seu objeto, quer quanto aos pressupostos da sua exigibilidade, instituindo antes uma obrigação própria e autônoma, em tudo distinta da do devedor” (LEITÃO, p. 332 *apud* MENDES, op. cit., p.109).

67 Eduardo Mendes (MENDES, op. cit., p. 109-111) posiciona-se no sentido de que a garantia autônoma seria acessória ao contrato principal, já que sua constituição só ocorreria em razão da celebração de um contrato-base (e, ainda, assim reconhece que eventuais vícios da obrigação principal não geram efeito sobre a garantia autônoma). Com a devida vênia, discordamos desse posicionamento. O fato de haver relação de seu surgimento com outro contrato não significa que seja necessário buscar em outras relações jurídicas as bases para o exercício pleno do direito consubstanciado nessa garantia. Em outras palavras, nos alinhamos com a doutrina que entende ser a garantia autônoma não acessória ao contrato-base.

68 “Exigida a garantia – os textos das garantias invariavelmente requerem que o seja por escrito –, o garante só poderá opor ao beneficiário as exceções literais que constem do próprio texto da garantia: nunca as derivadas da relação principal. Tão-pouco se pode reagir a ela com pretensões de enriquecimento” (Ibidem. p. 843).

trato principal), situação esta não alterada pelo fato de o tomador ser responsável financeiro pelo pagamento do prêmio de seguro. Não há, portanto, unidade de obrigação com a original garantida e sim independência - a obrigação do garantidor é própria.

Por outro lado, além de a configuração das relações na garantia autônoma mais usual, qual seja, a garantia bancária autônoma, e o contrato de contragarantia ser diversa (bipartite vs. tripartite), parte da doutrina aponta que naquela haveria uma obrigação de o garantidor “pagar certa quantia em dinheiro”,⁶⁹ o que não encontra coincidência perfeita no contragarantia. Neste, são disciplinadas obrigações não só de pagar quantia (e.g., pagar o prêmio do seguro e de ressarcir a seguradora com despesas de regulação e pagamento de indenização), mas também de apresentar garantias adicionais (reais e/ou fidejussórias). Considerando que o tratamento conferido pela doutrina toma a garantia bancária autônoma como parâmetro para estudo, situação em que as instituições financeiras ocupam a posição de garantidor e sua obrigação traduz-se no pagamento de valores ao garantido, haveria espaço para questionar se o pagamento em dinheiro seria mesmo da substância de uma garantia autônoma ou apenas uma característica partilhada pelas garantias bancárias.

Face à atipicidade inerente ao contragarantia, partilhada também pela garantia autônoma, e pela ausência de redação predefinida, esse instrumento guardará maior ou menor relação com as garantias autônomas a depender da sua redação. Assim é que, de antemão, não parece possível posicionar o contrato de contragarantia indubitavelmente como uma garantia autônoma, mas as grandes similitudes guardadas entre as duas figuras também não é algo a se descartar.

69 Além de Menezes Cordeiro, conforme citado na nota de rodapé 65, acima, Inocêncio Galvão Telles também tem discurso nesse sentido: “a garantia pela qual o banco que a presta se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato (o contrato-base), sem poder invocar em seu benefício quaisquer meios de defesa relacionados com esse contrato” (TELLES, p. 283 *apud* MENDES, *op. cit.*, p. 111).

2.4. Adequação prática.

A subjetividade inerente aos fins pretendidos pelas partes presente na escolha de determinado instrumento contratual, não é desprezível. De nada vale existir determinado instituto jurídico se a comunidade não lhe reconhece aplicação prática. De fato, este só passa a ter utilidade e, conseqüentemente, importância para o Direito, a partir do momento em que nasce a urgência por ele e ele encontra adesão. Assim é que a questão que se coloca ao jurista é a real adequação do contrato de contragarantia ao alcance dos fins pretendidos pelas partes na sua eleição para as operações securitárias envolvendo o seguro garantia.

Se para o garantidor (tomador do seguro garantia e devedor do contrato principal) interessa a emissão da apólice de seguro garantia exigida pelo credor no contexto do contrato principal, sem o que a realização do seu objeto empresarial é, em muito, prejudicada (quando não é impossibilitada; para a seguradora o que importa é realizar sua atividade empresária, comercializando apólice de seguro garantia, e, ao mesmo tempo, assegurando futuro direito de crédito face ao tomador, que surgirá na eventualidade de inadimplemento do contrato principal por este e se cabível o acionamento da respectiva apólice de seguro.⁷⁰ Mais uma vez, a sua natureza jurídica de garantia resta clara.

Se analisado sob o viés da práxis, pode-se observar que os direitos da seguradora de sub-rogação e de recebimento do prêmio

70 Frise-se que, na eventualidade de materialização do risco previsto na apólice, qual seja, inadimplemento do contrato principal, a prestação secundária da seguradora não se torna exigível de plano. Como decorrência direta do princípio indenitário, que previne que o seguro se transforme em fonte de lucro ao segurado, é imprescindível a verificação de prejuízo decorrente do não-cumprimento de pactos assumidos pelo devedor junto ao credor para a indenização. A apuração do valor que sirva à recomposição patrimonial se dá em sede de procedimento de regulação, quando é confirmada ou não a existência de cobertura nos termos da apólice e liquidado o prejuízo indenizável (o valor ao qual o segurado fará jus corresponderá à perda efetiva, e não necessariamente ao limite máximo de garantia previsto na respectiva apólice).

de seguro, geralmente disciplinados na redação desse tipo de instrumento, já têm proteção na legislação e regulamentação aplicáveis, como visto no detalhe mais acima. Assim, a exequibilidade dessas cláusulas não suscita maiores discussões doutrinárias e judiciais capazes de retirar a eficácia do instrumento.

O mesmo podemos dizer quando o contragarantia é firmado por fiadores que assumem, ao lado do tomador, as obrigações ali consubstanciadas. Apesar de a necessidade de substituição de fiador no curso de um contrato por força de incapacidade ou insolvência não ser rara, o instituto da fiança é consolidado no Direito pátrio e a doutrina e jurisprudência correlatas já alcançaram certo grau de maturidade, como brevemente tratado nesse trabalho.

O cerne da questão circunda, na realidade, a exequibilidade da cláusula de colateralização, que inaugura para o garantidor obrigação de prestação de garantia adicional. Como adiantado, pela ausência de disposição legal e em virtude de redações amplas praticadas pelo mercado, esta cláusula tem sua efetividade pouco reconhecida pelo judiciário, a exemplo do quanto julgado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Naquela ocasião, quando da análise do Agravo de Instrumento nº 0058754-76.2013.8.19.0000, foi negado o pedido da seguradora de substituição de garantia prestada por força de alteração nos requisitos que respaldaram a emissão da apólice, quais sejam, as capacidades “financeira, técnica e moral” dos tomadores. Para os autores da ação, os impactos da crise já poderiam ser notados pelo atraso no cronograma de entrega da embarcação (o serviço contratado foi de construção de navio lançador de dutos). Ainda assim, o juízo entendeu pela inexistência dos requisitos para concessão da tutela antecipada, já que a crise econômica enfrentada pelo grupo não seria “suficiente para tornar inequívoco o direito alegado nem convencer de eventual perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”. No mais, pela repercussão da questão de caráter nacional, entendeu-se melhor

ter “cautela na adoção de medidas relacionadas à execução dos tantos contratos possivelmente comprometidos”.⁷¹

Não obstante, em observância ao princípio da autonomia da vontade das partes e ao princípio da legalidade e face ao risco de o não reconhecimento dessa cláusula pelo judiciário retirar-lhe efetividade e extrapolar a margem de atuação do Poder Público, afetando negativamente o interesse social⁷² ao inviabilizar o próprio instituto, esse entendimento não deveria prosperar nem ser replicado. O Poder Judiciário não deve apenas controlar os excessos contratuais que desfiguram os interesses normais dos contratantes, como assevera Álvaro Azevedo,⁷³ mas principalmente garantir efetividade àquelas disposições contratuais que traduzem a essência do instrumento celebrado, como é a situação em tela.

Adicionalmente, pode-se defender que, para fins de exequibilidade, a cláusula de colateralização⁷⁴ de um contrato de contragarantia

71 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0058754-76.2013.8.19.0000. Relator: Des. Paulo Mauricio Pereira. Data de Julgamento: 05 nov. 2013. Data de Publicação: 07 nov. 2013: “1) Agravo de instrumento contra decisão que nega a concessão de tutela antecipada, objetivando a substituição de garantia em contrato de seguro. - 2) Ausência de prova clara e suficiente dos requisitos do art. 273, do CPC. - 3) A tutela antecipada sem oitiva da parte contrária é providência excepcional, que não se justifica no caso dos autos, mormente diante da situação por que passa o grupo ao qual pertencem as empresas réis. - 4) Enfim, incide a Súmula 59, desta Corte. - 5) Recurso ao qual se nega liminar seguimento. Art. 557, CPC”.

72 Buranello discorre: “[...] a sociedade em que vivemos caracteriza-se pela diminuição do perigo e incremento do risco. A ciência, a tecnologia, a economia, contribuíram para a redução do perigo. Os riscos, agora, estão estreitamente relacionados ao desenvolvimento da própria sociedade. [...] Tornou-se inafastável a concepção do seguro como uma técnica a serviço do interesse geral. Não mais é possível entender a atividade securitária como de natureza estritamente privada, e sim vinculada ao interesse social” (BURANELLO, Renato Macedo. O seguro garantia de obrigações contratuais. Quartier Latin: São Paulo, 2006. p. 22).

73 AZEVEDO, op. cit. Não paginado.

74 Nesse ponto tratamos apenas da cláusula *place in funds* e não do contrato de contragarantia como um todo - que não é entendido pela jurisprudência majoritária como título executivo extrajudicial.

é capaz de preencher os requisitos de um título executivo extrajudicial,⁷⁵ quais sejam, consubstanciar obrigação certa, líquida e exigível.⁷⁶ A importância do assunto é que, como nenhuma execução pode ser admitida sem a prévia declaração de certeza a respeito do direito do credor, com o reconhecimento de força de título executivo, seria possível sua execução específica.⁷⁷ Em outras palavras, não seria necessário provar primeiro em juízo a existência do direito da seguradora para, apenas então, ingressar com ação para a efetivação deste.

Para tanto, a cláusula deve ser clara quanto à obrigatoriedade de serem apresentadas à seguradora garantias adicionais em determinadas situações em que reste evidente perda de capacidade financeira, patrimonial ou técnica do tomador (e/ou dos fiadores), o que atenderia ao requisito da certeza. Referido requisito é tido como prévio aos demais atributos – isto é, a obrigação deve existir (existência tal depreendida da simples leitura do título) antes que se possa passar à análise das demais condições. Para Cândido Dinamarco, a certeza da obrigação deve resultar do próprio título, “ou seja, dos escritos que seu documento contém, sem a necessidade de buscar aliunde elementos para a identificação do direito”.⁷⁸

75 Art. 784, Código de Processo Civil. “São títulos executivos extrajudiciais: [...] III – o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; [...]”.

76 Art. 786, Código de Processo Civil. “A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo. Parágrafo único. A necessidade de simples operações aritméticas para apurar o crédito exequendo não retira a liquidez da obrigação constante do título”.

77 É valiosa a lição de Humberto Theodoro Júnior: “Ao criar um documento a que a lei reconhece a força de título executivo, o devedor, além de reconhecer sua obrigação, aceita, no mesmo ato, o consectário lógico-jurídico de que poderá vir a sofrer a agressão patrimonial que corresponde à sanção de seu eventual inadimplemento” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 3. p. 176).

78 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4. p. 205.

Além de representar uma “obrigação perfeitamente identificada em seus elementos”,⁷⁹ deve a cláusula de colateralização delimitar o objeto da obrigação, estabelecendo a sua liquidez. Segundo Humberto Theodoro Junior, “(a) liquidez consiste no *plus* que se acrescenta à certeza da obrigação. Por ela demonstra-se não somente se sabe que ‘se deve’, mas também ‘quanto se deve’”.⁸⁰ Assim é que o valor das garantias a serem prestadas deve ser determinado ou determinável por simples operações aritméticas. Como muitos dos contratos utilizados pelo mercado estabelecem obrigação de tais garantias adicionais corresponderem a 130% da obrigação garantida, esse valor seria facilmente determinável.

Se o núcleo central de um título executivo é formado pela conjunção da certeza e da liquidez, seu elemento externo e final será a sua exigibilidade, i.e., a atualidade do dever de cumprir a obrigação nele consubstanciada. Portanto, o dever de apresentação de garantias adicionais torna-se exigível quando, notificado pela seguradora a prestá-la, o tomador (e/ou fiadores) permaneça inerte. Destarte, presentes os três requisitos ora citados, poderia a cláusula *place in funds* ser entendida como título executivo para fins de sua exequibilidade.

Isso, contudo, ainda parece longe de ocorrer, face (i) ao desconhecimento da operação e dos produtos securitários, em especial do contragarantia e sua lógica peculiar, colocando-o como acessório ao seguro garantia e desprovido de certeza, liquidez e exigibilidade; (ii) ao *mindset* de que sempre há hipossuficiência nas relações com seguradoras, do que decorre uma proteção excessiva dos segurados e tomadores; e (iii) à relutância do judiciário em reconhecer o próprio contrato de contragarantia como título executivo extrajudicial, ainda que mediante análise de cada situação particular e sua subsunção aos requerimentos legais.

79 Ibidem, p.208.

80 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 19. ed. São Paulo: LEUD, 1999. p. 174.

De fato, mesmo quando ausente cláusula de colaterização, a posição majoritária atual da jurisprudência nacional é no sentido de que o contragarantia seria contrato acessório ao seguro garantia - com o que, como explicado anteriormente, não se pode concordar - e, por isso, o exercício pleno dos direitos que encerra só seria possível por meio de recurso ao seguro garantia, faltando-lhe, assim, certeza, liquidez e exigibilidade. Esse posicionamento está sintetizado no seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO - "SEGURO GARANTIA" - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - EXEGESE DO ART. 618, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO - DECISÃO CONFIRMADA. RECURSO IMPROVIDO

A r. decisão do nobre Juízo monocrático não merece qualquer reforma, eis que a execução por título extrajudicial vem embasada em contrato para emissão de apólice de seguro garantia, em que não restou configurada obrigação de pagar importância certa e determinada, mesmo acompanhada de demonstrativo de cálculo às fls. 16/17, autos nº 861/97, os quais emitidos de forma unilateral pelo credor, não podem ser admitidos como válidos a ensejar a execução na forma de título extrajudicial. [...]

Infere-se do contrato objeto da execução, (fls. 18/20, autos nº 861/97), que este não traz qualquer valor, limitando-se a permitir à Seguradora, ora Apelante, a emissão de Apólices de Seguro.

O MM. Juiz singular, em sua fundamentação, caracterizou a iliquidez do título no seguinte trecho: "Ora, no caso em apreço, o valor pretendido pela embargada deriva de inadimplência contra-

tual entre a embargante perante terceira pessoa, determinando-se o montante do débito mediante informação desta e sem qualquer anuência do pretense devedor."

Assim, mesmo se tratando de documento particular assinado por duas testemunhas, nos precisos termos do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, não comprova, desde logo, o adimplemento da contraprestação, portanto não constitui, de plano, título executivo, porque ausente os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, necessitando, pois, de ação própria para o fim colimado. [...] ⁸¹

Conclusão.

Nas linhas que antecederam, restou claro que as nuances que povoam as operações securitárias no país, em especial aquelas referentes ao seguro garantia, demandam esforço do aplicador do direito para serem desvendadas.

O presente estudo tentou responder os anseios do mercado sobre figura pouco estudada na doutrina, mas que habita a maioria esmagadora dos contextos de contratação de seguro garantia no país, o contrato de contragarantia. Mais especificamente, tratou-se da indagação se estaria nosso ordenamento jurídico assegurando a plena

81 "APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO - 'SEGURO GARANTIA' - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - EXEGESE DO ART. 618, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO - DECISÃO CONFIRMADA. RECURSO IMPROVIDO. O contrato para emissão de apólice de Seguro Garantia, embora formalmente perfeito, não traz em seu bojo os requisitos essenciais para o reconhecimento de título executivo extrajudicial, carecendo a Execução de condições para prosseguir" (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Oitava Câmara Cível (extinto TAPR). Apelação Cível nº 137170-6. Relator: Des. Manassés de Albuquerque. Data de Julgamento: 23 ago. 1999).

efetividade do fim pretendido pelas partes quando da celebração desse instrumento e respeitando sua função, em observância aos princípios que norteiam (ou deveriam nortear) nosso Direito. Após análise detida, pode-se concluir que não.

Enquanto parte de uma relação tripartite, — da qual também é parte um contrato principal celebrado entre o credor e devedor e um contrato de seguro garantia celebrado entre a seguradora e o credor do contrato principal — o contrato de contragarantia é celebrado entre a seguradora e o devedor do contrato principal e tem por função instrumentalizar o futuro exercício pela seguradora do direito ao crédito relacionado ao contrato de seguro.

É contrato que não encontra disciplina na legislação e regulamentação vigentes (apenas breve menção), a que se denomina formalmente de atípico, mas que, em decorrência de sua larga utilização nas operações de seguro garantia, é socialmente típico. Seus termos podem ser livremente pactuados, tanto em decorrência dos princípios da legalidade para os particulares, da autonomia da vontade e liberdade contratual, quanto de dispositivo específico da regulamentação securitária. Aliás, nessas mesmas bases, conclui-se pela sua não obrigatoriedade, sendo facultado à seguradora exigir ou não do tomador a sua celebração.

Talvez uma de suas características mais controversas seja seu caráter não acessório. As peculiaridades que circundam as relações jurídicas havidas no contexto do seguro garantia podem ser, erroneamente, confundidas com a existência de dependência entre elas. Mas o fato é que o contragarantia encerra obrigação própria e original do tomador face à seguradora, que não tem o condão de interferir nas relações estabelecidas no âmbito do contrato principal ou do contrato de seguro. É, assim, obrigação autônoma.

Ainda que não haja previsão de conteúdo mínimo mandatório, o mercado usualmente reproduz, com uma ou outra alteração, cláusulas que disciplinam a emissão da apólice de seguro, o exercício do direito de sub-rogação, a inclusão de fiadores e a prestação de garantias adicionais (cláusula de colateralização ou *place in funds*).

Esse estudo lançou luz também sobre a natureza jurídica desse instrumento, importante para se estabelecer o regime jurídico a guiar o instituto e a oferecer os contornos para a atuação e eventual responsabilização das partes. Como esta não decorre diretamente de uma fonte vinculativa ou da doutrina majoritária, foi necessário recorrer à analogia e se voltar não só à função, como também à essência do instituto, mantida praticamente intacta desde a Roma antiga.

Feitas as devidas reflexões, concluiu-se que o contragarantia é instrumento de segurança que objetiva resguardar o patrimônio da seguradora quando do cumprimento de uma das facetas da obrigação por ela assumida quando da comercialização do seguro.⁸² Serve, efetivamente, como garantia de uma garantia.

Cogitou-se posicioná-la como uma garantia *sui generis* e, inclusive, de ser ela, presentes certas características, uma garantia autônoma. As similitudes são grandes: ambas não asseguram o cumprimento de outro contrato, mas sim que o beneficiário terá seus direitos resguardados nos termos da própria garantia; ambas têm relação desvinculada do contrato-base/contrato principal (independência); e ambas não permitem a oposição de eventuais vícios da obrigação principal. Por outro lado, uma consiste em relação bipartite e a outra tripartite; e enquanto uma consubstancia, segundo doutrina desenvolvida no âmbito de garantias bancárias, obrigação de pagar, a outra consubstancia não só obrigação de pagar, mas também de prestar/garantir. De toda forma, apenas no caso em concreto é possível definir se o contragarantia assume forma de garantia autônoma ou não.

Por fim, avaliou-se a real adequação do contrato de contragarantia ao alcance dos fins pretendidos pelas partes na sua eleição para as operações securitárias envolvendo o seguro garantia, em particular no que toca a cláusula de colateralização e a possibilidade de ela e o contrato de contragarantia serem reconhecidos como títulos executivos extrajudiciais.

82 A obrigação assumida pela seguradora é, primeiro, de garantir e, depois, se e quando da concretização do risco e nos termos e limites da respectiva apólice, de indenizar.

Ocorre que, face à ausência de previsão legal sobre o tema, às redações pouco precisas praticadas pelo mercado e ao desconhecimento do ecossistema securitário, a cláusula tem sua plena aplicabilidade pouco reconhecida pelo judiciário. Na mesma esteira, de acordo com a jurisprudência atual, o próprio contrato de contragarantia não seria capaz de preencher os requisitos de um título executivo extrajudicial.

É cediço que, em observância aos princípios da autonomia da vontade das partes e da legalidade, as partes são livres para, dentro dos limites da lei, celebrar o contrato que lhes aprouver, fixando-lhe o conteúdo e as consequências de seu eventual inadimplemento de acordo com seus interesses, como o faz o contrato de contragarantia. O não reconhecimento desse direito judicialmente ameaça a efetividade da cláusula e do contragarantia como um todo e pode afetar sobremaneira a viabilidade do próprio seguro garantia.

A sobrevivência e desenvolvimento do ecossistema securitário dependem da disseminação de conhecimento técnico em matéria de seguros tanto na esfera judicial e legislativa, como na executiva. A garantia de efetividade à pactuação entre particulares, em especial àquelas que traduzem a essência de determinado instituto, ainda que “apenas” socialmente típico, é tão relevante quanto a imposição de limites a excessos contratuais capazes de desfigurar a vontade das partes contratantes. É esse, e não outro, o objetivo do judiciário quando da análise de litígios entre particulares: assegurar a justiça.

