

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 28

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 2021

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. 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), Ana Frazão (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (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 Monsérié-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 e Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, 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), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Gerson Luiz Carlos Branco (UFRGS), José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida (UERJ), Maíra Fajardo Linhares Pereira (UFJF), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Pedro Wehrs do Vale Fernandes (UERJ), Rafael Vieira de Andrade de Sá (FGV-SP), Raphaela Mag-nino Rosa Portilho (UERJ) e Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri (UFJF).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — n° 28 (janeiro/junho 2021)
. — 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)

BREVE PANORAMA DAS GARANTIAS ESPECIAIS IMPRÓPRIAS E O CONTROLE DE RISCO¹

BRIEF OVERVIEW OF SPECIAL IMPROPER GUARANTEES AND THE RISK CONTROL

*Pedro Guilhardi**

Resumo: O trabalho apresenta breve panorama das garantias especiais impróprias e a função exercida por essas figuras no controle dos riscos contratuais empresariais. Inicia com considerações sobre riscos que afetam a normal marcha contratual. Estabelece a localização das garantias especiais impróprias no direito das garantias, com distinção entre as garantias especiais próprias das impróprias. Também destaca algumas garantias especiais impróprias em espécie, conforme a divisão proposta pelo autor, dividindo-as em três gêneros distintos: meios de pagamento, cláusulas de segurança e garantia e figuras legais.

Palavras-chave: Garantias. Negócio jurídico. Garantias Especiais Impróprias. Efetividade do Direito Privado. Proteção ao Investimento Privado.

Abstract: The article presents a brief overview of the so called especial improper guarantees and the function performed by these kinds of guarantees in the control of commercial contract's risks. It commences with commentaries on risks that affect the natural contractual flow. It then locates the especial improper guarantees in the law of guarantees and distinguishes between especial proper guaran-

¹ Artigo recebido em 03.01.2022 e aceito em 02.03.2022.

* FCIArb. LL.M em *Comparative and International Dispute Resolution* pela *Queen Mary, University of London*. Doutorando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP. Mestre em Direito Comercial na mesma Instituição. Sócio de Nanni Advogados. E-mail: pguilhardi@nanni.adv.br.

tees and special improper guarantees. It further highlights certain types of special improper guarantees, in accordance with a structure proposed by the author, being it means of payment, security and guarantees clauses and statutory or legal types of special improper guarantees.

Keywords: Guarantees. Legal transaction. Special Improper Guarantees. Effectiveness of Private Law. Protection of Private Investment.

Sumário: Introdução. 1. Premissa: o risco contratual. 2. Contextualização das garantias impróprias. 2.1. No direito das garantias. 2.2. Garantias especiais próprias e garantias especiais impróprias. 3. Algumas garantias especiais impróprias em espécie. 3.1. Meios de pagamento e garantias especiais impróprias. 3.1.1. Cheque-caução. 3.1.2. Crédito documental. 3.2. Figuras tipicamente convencionais: cláusulas de garantia e segurança. 3.2.1. Cláusula cross-default. 3.2.2. Cláusula de inalienabilidade. 3.2.3. Cláusula pari passu. – Cláusula negative pledge. – 3.3. Garantias especiais impróprias derivadas da Lei. 3.3.1. Compensação legal. 3.3.2. Exceção de contrato não cumprido e exceção de insegurança. Conclusão.

Introdução.

Como remete o título, o objetivo do presente trabalho é apresentar um breve panorama das garantias especiais impróprias e a função exercida por essas figuras no controle dos riscos contratuais empresariais. Para tanto, o texto se inicia com breves considerações sobre riscos que afetam a normal marcha contratual.

Em seguida, em sua seção principal, o artigo subdivide-se em duas partes: a primeira delas é destinada a dar a exata localização das garantias especiais impróprias no âmbito do direito das garantias e traçar a distinção fundamental entre garantias especiais próprias e impróprias; na segunda, o autor apresentará algumas garantias especiais impróprias em espécie, dividindo-as em três gêneros distintos: meios de pagamento, cláusulas de segurança e garantia e figuras legais.

Inicialmente, serão comentados os meios de pagamento e as garantias especiais impróprias; ademais, será abordada a função de prevenção de risco dos cheques emitidos com função de garantia e das operações com pagamento realizado via crédito documentário.

Na sequência, serão indicados alguns exemplos de garantias especiais impróprias tipicamente convencionais, as denominadas cláusulas de garantia e segurança, entre as quais, a obrigação de inalienabilidade, a cláusula *pari passu*, *cross-default* e *negative pledge*, explicitando de que forma visam evitar riscos negociais.

Posteriormente, serão apresentadas garantias especiais impróprias decorrentes da lei, conforme a classificação proposta pelo autor, explicitando de que maneira institutos tal como a compensação, da exceção de contrato não cumprido e da exceção de insegurança, também se revelam controladoras ou mitigadoras de riscos contratuais.

Por fim, o autor retomará, em conclusão, os principais pontos apresentados no artigo.

1. Premissa: o risco contratual.

Em razão dos diferentes significados que o risco possa conceber na linguagem jurídica, é preciso determinar a que se refere o risco que as garantias – especiais próprias e impróprias – pretendem salvaguardar.

De fato, o risco pode estar associado à classificação dos negócios jurídicos para distingui-los no âmbito dos contratos onerosos entre comutativos e aleatórios, sendo estes regulados pelos artigos 458 e ss. do Código Civil brasileiro.

Nos contratos aleatórios, a álea de um dos contratantes é caracterizada por sua sujeição a evento futuro e incerto, pelo que somente é possível estimar a vantagem do contraente depois de formado o contrato. O benefício auferido pela parte que se sujeita à álea no momento da conclusão do negócio jurídico poderá não acontecer ou ser desproporcional ao sacrifício.² Daí porque se diz que há contrato aleatório sempre que o risco seja a sua causa constitutiva e que os negócios aleatórios sejam negócios de risco.³

Mas, na verdade, todos os negócios jurídicos envolvem maior ou menos grau de risco, que pode derivar do comportamento da contraparte, de circunstâncias que afetam o bem transacionado etc., ligando-se ao problema do inadimplemento, da onerosidade excessiva, da perda do objeto contratual, entre outros.

Evidentemente, ainda que a lei ou o contrato preveja determinadas consequências jurídicas a eventos que fogem ao inicialmente pretendido pelos contraentes, como é o caso da impossibilidade superveniente da prestação, que exonera o devedor da obrigação de cumprir a prestação, certo é que prejuízos poderão ocorrer na esfera jurídica tanto do devedor quanto do credor. Nesse sentido, a teoria dos riscos⁴ propõe-se a regular a quem incumbe suportar os riscos que exsurtem da impossibilidade da prestação e da extinção do vínculo obrigacional.

Nesse contexto, o vocábulo risco poderá ter duplo sentido. Poderá ser *periculum*, que é a potencialidade de um dano, ou poderá

2 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 262.

3 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III*. contratos de liberalidade, de cooperação e de risco. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 160.

4 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p. 217.

ser o dano efetivamente produzido, que consistiria no sentido estrito de risco.⁵ Para o que interessa ao presente estudo, é a potencialidade do dano que merece destaque. Nesse viés, “risco significa a possibilidade e a incerteza acerca de verificação, ou das circunstâncias de verificação, de um evento desfavorável, futuro e incerto”,⁶ daí porque o contrato de garantia pode ser caracterizado “como aquele pelo qual alguém assume uma obrigação ou uma sujeição para a cobertura de um risco de outrem não criado pelo próprio contrato”.⁷ Em tal caso, está se referindo ao risco exógeno e eventual, não pretendido pelos contratantes; por esse motivo, distingue-se dos contratos de jogo ou aposta, por exemplo.

Em contratações empresariais, o risco é definido em termos similares, como sendo a possibilidade de, por razões previsíveis ou imprevisíveis, restarem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio. O risco é inevitável, pois contratar é prever, de forma que o contrato é um empreendimento sobre o futuro.⁸

2. Contextualização das garantias especiais impróprias.

2.1. No direito das garantias.

Sabe-se que, nas relações obrigacionais, a primeira garantia do credor é o patrimônio do devedor, excepcionadas hipóteses pontuais, como é o caso de bens impenhoráveis. Em outras palavras, o patrimônio do devedor é a garantia dos credores para a satisfação do objeto da prestação, qualquer que seja a fonte da obrigação.⁹

5 *Ibidem*, p. 217.

6 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Op. Cit.*, p. 160-161.

7 *Ibidem*, p. 165.

8 FORGIONI, Paula. A. *Contratos empresariais. teoria geral e aplicação*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 148-149.

9 CASTRO FILHO; ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos; MESQUITA, Eduardo Melo de;

Nessa linha, estabelece o artigo 391 do Código Civil brasileiro que, “pelo inadimplemento das obrigações, respondem todos os bens do devedor”. O artigo 601 do Código Civil português encerra noção similar, referindo-se ao fato de que “pelo cumprimento da obrigação, respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora [...]”.

O credor dispõe, portanto, da pretensão de condenar o devedor na prestação ou forçar o devedor a cumprir a obrigação à custa da universalidade dos bens e direitos que se integram na esfera jurídica do devedor.¹⁰

Em vista do patrimônio do devedor e de sua função de garantia, a lei confere ao credor diversos meios de conservação do patrimônio do devedor, como a declaração de nulidade (por exemplo, em hipótese de fraude contra credores ou à execução), impugnação ou ação pauliana, arresto etc.¹¹

O patrimônio do devedor, acrescido dos meios legais de sua conservação, encerra uma noção ampla de garantia,¹² denominada geral, e que acompanha a obrigação desde o seu nascimento.¹³ A garantia geral pode ser, muitas vezes, insuficiente – sob o ponto de vista

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 4: do direito das obrigações*: (arts. 304 a 420). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 443.

10 MATIAS, Armindo Saraiva. *Garantias bancárias activas e passivas*. Lisboa: Scripto, 1999. p. 14.

11 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 61

12 “Como regra, todos os bens do devedor, isto é, todos os que constituem o seu patrimônio, respondem pelo cumprimento da obrigação. É esta uma *garantia geral*, a qual se torna efectiva por meio da *execução*” (LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*, v. 1 (artigos 1º a 761º). 4. ed. revista e atualizada. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 617.)

13 “O cumprimento da obrigação é assegurado pelos bens que integram o patrimônio do devedor. O patrimônio do devedor constitui, assim, a garantia geral das obrigações. Garantia geral porque a cobertura tutelar dos bens penhoráveis do devedor abrange a generalidade das obrigações do respectivo titular. [...] verdade é que a garantia geral acompanha a obrigação desde o nascimento desta” (*Ibidem*, p. 417-418).

do credor – para a viabilização de determinado negócio jurídico, exigindo-se, em tais casos, garantias complementares,¹⁴ também conhecidas como garantias em sentido estrito ou especiais.

As garantias especiais visam a assegurar de maneira particular a satisfação do crédito do titular da garantia, em caso de não cumprimento da obrigação, desde a data da constituição da garantia¹⁵ (e não da obrigação, como ocorre na garantia geral). Hodiernamente, cada vez mais, perde força a garantia dos credores pessoais fundada, exclusivamente, no patrimônio do devedor,¹⁶ pois as formas especiais de garantias melhor asseguram o risco a que se sujeita o credor.

Tais garantias podem envolver terceiros ou o devedor propriamente dito. Incidem sobre bens determinados, implicando o reforço da eficácia da normal execução sobre o patrimônio global do devedor e a preferência de um credor frente ao interesse de outros credores.¹⁷ Tradicionalmente, tais garantias são classificadas em fidejussória ou pessoal¹⁸ e real.¹⁹

14 “Ao lado da garantia geral representada pelos patrimônios das partes, as operações comerciais exigem, via de regra, a constituição de garantias complementares, com o escopo de resguardar o cumprimento adequado das obrigações nelas assumidas, tanto de natureza real como pessoal” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O seguro-garantia sob a modalidade de antecipação de pagamentos. *In*: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais de direito empresarial*, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 863-874.)

15 VARELA, Antunes. *Op. Cit.*, p. 418.

16 CASTRO FILHO; ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos; MESQUITA, Eduardo Melo de; SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 4: do direito das obrigações: (arts. 304 a 420). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 443.

17 MATIAS, Armindo Saraiva. *Op. Cit.*, p. 14-15.

18 “Entre as garantias fidejussórias, prestadas por um devedor diferente e implicando uma segunda relação obrigacional, tem-se os exemplos do aval, da fiança, do seguro garantia, carta de conforto etc. Derivado do prefixo latino “fides”, que significa crença, fé, sinceridade, confiança, crédito, tal modalidade de garantia tem em seu fundamento a fidelidade do garantidor em cumprir sua obrigação, caso o devedor não o faça, e a crença do credor de que o devedor e garantidor adimplirão a prestação garantida”. (FILHO, Fernando Pereira Sodero. *Garantias nas operações de crédito*. Cadernos IBCB 8. p. 32).

19 “A garantia real se revela na medida em que o garantidor destaca um bem específico que

Há, no entanto, classificação ampliativa,²⁰ segundo a qual as garantias podem ser, ao lado das reais e pessoais: (i) especiais sobre direitos, como seria o caso do penhor de créditos e a cessão de créditos em garantia; (ii) especiais sobre universalidades, as quais levam em conta a previsão legal que sujeita o bem do devedor a um regime próprio, como é o caso da meação nos bens comuns do casal; (iii) garantias especiais atípicas, também conhecidas como impróprias.

Será dado enfoque às garantias especiais impróprias, também passíveis de identificação pelos vocábulos “indiretas”, “aparentes” ou “atípicas”,²¹ embora essa última denominação se revele ambígua pela possibilidade de se referir a uma tipicidade legal, encontrando-se referência, igualmente, a garantias anômalas²² e eventuais.²³

2.2. Garantias especiais próprias e garantias especiais impróprias.

As garantias especiais próprias têm em sua estrutura uma obrigação – *apenas eventual* – que se torna exigível mediante a ocorrência de um fato futuro e incerto, tendo por finalidade suprir uma frustração. Esse é o caso, por exemplo, da fiança, cuja obrigação de garantia apenas se pode dizer exigível se a prestação acobertada pela garantia tiver sido descumprida pelo devedor principal.

garantirá o ressarcimento do credor na hipótese de inadimplemento do devedor. Tal destaque confere ao titular da garantia uma posição de vantagem em relação aos bens destacados”. (MATIAS, Armindo Saraiva. *Op. Cit.*, p. 16). Entre as garantias reais mais comuns, destacam-se o penhor, a alienação fiduciária e a hipoteca.

20 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Op. Cit.*, p. 16.

21 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Op. Cit.*, p. 227.

22 ALVES, Hugo Ramos. Compensação voluntária e função de garantia da compensação. In.: *Direito das garantias*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. p. 47.

23 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Op. Cit.*, 2018. Na página 309, o autor alude à utilização de tal nomenclatura, contudo, prefere referir-se a tais modalidades como garantias especiais atípicas.

Ao contrário, as denominadas garantias especiais impróprias servem ao propósito de aumentar as probabilidades de satisfação do crédito, sem que se vincule, necessariamente, à circunstância apenas eventual; previnem o incumprimento ou facilitam a cobrança de uma determinada dívida ou qualquer outra obrigação.²⁴ Assim, as garantias estendem seu campo de incidência a negócios jurídicos, cláusulas e institutos legais, que, propriamente, não são garantias.

O que aproxima os diferentes instrumentos é o fato de pretenderem prevenir um risco. Caracterizam-se, portanto, as duas figuras pela função comum de prevenção e alocação de riscos contratuais.

Como se explicou, as garantias impróprias não têm, em geral, função primária de garantia, como sucede com as garantias em sentido estrito ou próprias, sendo que o propósito assecuratório das garantias impróprias é secundário, isto é, embora não seja sua função principal, podem ser utilizadas como meio de reforço da posição do credor, possibilidade que lhes outorga a nomenclatura de garantia, mas indireta.²⁵

Aliás, como será fácil perceber adiante, algumas das garantias especiais impróprias são denominadas de aparentes, pois não passam de mera relação obrigacional entre credor e devedor, não produzindo o efeito de garantia em sentido estrito. Mas as garantias impróprias também correspondem a institutos que podem ser legalmente previstos²⁶. É o caso, por exemplo, da exceção de contrato não cumprido, exceção de insegurança e compensação, cujos vieses de garantia serão tratados, brevemente, adiante.

24 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Op. Cit.*, p. 227.

25 VASCONCELOS, Luis Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 671.

26 HENRIQUES, Sérgio Coimbra. Cláusula de garantia e segurança. entre a autonomia da vontade e o dever de cumprir. alguns aspectos. *Revista de Direito das Sociedades*, Lisboa, v. 6, n. 3/4, 2014. p. 653.

3. Algumas garantias especiais impróprias em espécie.²⁷

3.1. Meios de pagamento e garantias especiais impróprias.

3.1.1. Cheque-caução.

Embora atualmente com menos frequência, já se observou prática no âmbito nacional brasileiro de emissão de cheque “não como ordem de pagamento à vista, mas como uma promessa de pagamento de despesas ainda não realizadas”,²⁸ com propósito de garantia de dívida. Trata-se do comumente designado “cheque-caução”.

Cheques emitidos com a finalidade de caucionar o credor podem ser classificados como garantia especial imprópria, pois “deixam de ser ordem de pagamento à vista para se transformar em título de crédito substancialmente igual à nota promissória”.²⁹

É interessante que, ao mesmo tempo em que o cheque emitido com tal finalidade deixa de ter função precípua de forma de pagamento, também possibilita ao devedor a investigação da sua causa *debendi*, caso o título não tenha circulado, excepcionando-se, pois, a autonomia do título cambial. Como se demonstrará, a causa *debendi* não se confunde com a função exercida pela emissão de cheque com a finalidade de garantia.

27 Ao passo que o autor adotou o enquadramento de determinados institutos aqui mencionados como garantias especiais impróprias a partir de outros estudos, incluiu, em sua exemplificação, outras figuras que assim podem ser concebidas, como é o caso, por exemplo, do cheque emitido com função caucionadora, o “cheque-caução. A respeito do cheque, ver: GUILHARDI, Pedro. A investigação da *causa debendi* é admitida nas hipóteses em que o cheque é dado como garantia, bem como nos casos em que o negócio jurídico subjacente for constituído em flagrante desrespeito à ordem jurídica. In: JUNIOR, Walfrido Jorge Warde (Coord.). *Teses jurídicas dos tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 21, tomo 1, p. 949-964.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 796739/MT. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. *Diário de Jurisprudência*. Brasília, 07 maio 2007.

29 *Ibidem*.

A autonomia vem descrita no clássico conceito de Vivante, segundo o qual título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado. É autônomo porque o possuidor de boa-fé da cédula exerce direito próprio que não pode ser restringido pela relação entre os possuidores anteriores e o devedor.³⁰

No direito cambiário, “pelo princípio da autonomia das obrigações cambiais, os vícios que comprometem a validade de uma relação jurídica, documentada em título de crédito, não se estendem às demais relações abrangidas no mesmo documento”.³¹ Isso se dá porque o título não é simples prova do negócio jurídico fundamental, mas constitutivo de um novo direito, cartular, diferente da relação fundamental que determinou a criação do título e é autônomo em relação à causa que o gerou.³²

Assim, toda pessoa que integra a relação cambial exerce um direito próprio, sendo que cada obrigação que deriva do título é autônoma em relação às demais, e a validade de tais obrigações independe da validade das que as seguem ou precedem.³³ Nesse caso, o título de crédito colocado em circulação por endosso se desvincula da relação subjacente que deu ensejo à sua criação,³⁴ admitindo-se defesa entre partes imediatas da relação obrigacional, mas não se podendo suscitar discussão sobre o negócio originário em relação às

30 VIVANTE, Cesare. *Istituzioni di diritto commerciale per gli istituti superiori*. 60 ed. Milano: Ulrico Hoepli, 1937. p. 123.

31 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v. 1. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 382.

32 JUNIOR, Humberto Theodoro. O problema da exequibilidade do cheque emitido em promessa de pagamento e do cheque sem data. *In*: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: títulos de crédito*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 423.

33 FIGUEIREDO, Ivanildo. Princípios do direito cambiário. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). *Tratado de direito comercial: títulos de crédito*, v. 8. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

34 COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, p. 383.

partes mediatas, terceiros de boa-fé.³⁵ Surge, em paralelo, a atenção à causa do negócio jurídico, que separa causalistas de anticausalistas,³⁶ em especial no direito brasileiro, tema em que a lei civil é silente.³⁷

Apesar dos diferentes significados que a causa pode ter, predomina o seu sentido objetivo, assim compreendido como aquele que reflete na causa uma função, qual seja, prático-social ou econômico-social do negócio.³⁸

Na hipótese de cheque emitido com função de garantia, a designação é prevenir o incumprimento ou facilitar a cobrança de determinada dívida ou qualquer outra obrigação. Não se confunde, portanto, com a *causa debendi*, que se refere à causa da dívida, sua origem, razão, fundamento ou o motivo de ser da dívida ou obrigação.³⁹

Assim, em se tratando de cheques emitidos com função de garantia, a função objetiva é a de facilitação da cobrança futura, ao passo que a *causa debendi* é anterior a essa função, referindo-se à relação obrigacional que ensejou a emissão do cheque.

35 LOBO, Jorge. As “dez regras de ouro” dos títulos cambiais. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: títulos de crédito*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

36 Para os causalistas, todos os contratos são causais para o direito brasileiro, sob pena de não produzir efeitos jurídicos, ao passo que, para os anticausalistas, a causa dos contratos não é considerada pelo Código Civil brasileiro como um requisito (NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos coligados*. In: NANNI, Giovanni Ettore; LOTUFO, Renan (Coords.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 246.

37 O Código Civil brasileiro de 1916 fazia referência à expressão causa, em seu artigo 90, o que foi objeto de grandes debates. O seu dispositivo equivalente no Código Civil que o sucedeu, artigo 140, faz referência não à causa, mas ao “falso motivo”.

38 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. 5 tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 153.

39 “*Causa Debendi*”. Causa da dívida. Origem, razão, fundamento ou motivo da existência de uma dívida ou obrigação. Modernamente, a expressão é muito usada no direito cambiário. Diz-se, p. ex., que os títulos abstratos ou não causais não admite exame da *causa debendi*, o mesmo acontecendo no caso de títulos em poder de terceiros. (FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 14. p. 46).

O reconhecimento da causa objetiva do negócio jurídico, bem assim da *causa debendi* – que não se apaga em razão da autonomia –,⁴⁰ não deve ser entendido como negação à autonomia. A circulação do título apenas faz reputar ausente liame jurídico entre a obrigação do emitente e do possuidor que detém a posse do título por força de sua circulação posterior à emissão, assim como desnatura a função objetiva pretendida pelo emitente e os antigos possuidores da cártula.

Assim, a inoponibilidade das exceções pessoais restringe a matéria de defesa do executado em razão de um título de crédito, que deve se limitar à sua relação direta com o exequente. O denominado dogma da inoponibilidade das exceções pessoais tem como pressuposto que o credor, detentor da posse legítima do título, possui direito próprio e não derivado da relação jurídica originária.⁴¹ Quanto ao cheque, especificamente, a inoponibilidade das exceções pessoais, uma vez circulado o cheque, vem descrita no artigo 25 da Lei nº 7.357/1986 (“Lei do Cheque”):

“Art. 25 Quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor”.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já se firmou a tese segundo a qual “a relação jurídica subjacente ao cheque (*causa debendi*) poderá ser discutida nos casos em que não houver a circulação do título”.⁴²

A rigor, tenha o cheque sido emitido como forma de pagamento à vista ou emitido com natureza de garantia especial impró-

40 JUNIOR, Humberto Theodoro. O problema da exequibilidade do cheque emitido em promessa de pagamento e do cheque sem data. *In*: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial: títulos de crédito*, v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 424.

41 LOBO, Jorge. *Op. Cit.*, p. 151.

42 *JURISPRUDÊNCIA em teses*: Direito Empresarial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2062:%20CHEQUE>. Acesso em: 15 jul. 2017. Tese nº 4.

pria, trata-se de ponto irrelevante para abertura dos meios de defesa ao executado, bastando que o título não tenha circulado.

3.1.2. Crédito documentário.⁴³

Trata-se o crédito documentário, também conhecido como crédito documentado, apesar das divergências doutrinárias a respeito da adequação da terminologia,⁴⁴ de um acordo pelo qual o banco (emissor), a requerimento e de conformidade com as instruções de seu cliente (ordenador), se compromete a efetuar o pagamento a um terceiro (beneficiário) contra a entrega de documentos representativos das mercadorias que são objeto da operação concluída entre ordenador e beneficiário.⁴⁵

O ordenador solicita ao emissor a abertura de um crédito ao beneficiário, a ser disponibilizado se apresentados por este ao interveniente os documentos previstos no respectivo instrumento, em ordem e dentro do prazo assinalado. Deve o emissor verificar a conformidade dos documentos com as condições estabelecidas e efetuar o pagamento se atenderem aos requisitos previstos na carta de crédito.⁴⁶

O ordenador replicará ao banco aquilo que convencionou com o beneficiário no âmbito da relação jurídica base, por meio da

43 O autor teve a oportunidade de apresentar, com maiores detalhes, o funcionamento do crédito documentário em trabalho anterior. Ver: GUILHARDI, Pedro. *Garantias autônomas*. instrumento para proteção jurídica do crédito. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

44 Ver a esse respeito: COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2001. p. 210-211.

45 *Ibidem*, p. 210.

46 GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. Garantias bancárias autônomas e as regras uniformes para garantias sob demanda 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, p. 301.

cláusula denominada de “pagamento através de crédito documentário”.⁴⁷ A referida obrigação de abertura do crédito documentário reputa-se essencial na economia do contrato. Se não cumprida, o vendedor pode recusar a entrega dos bens e pedir a resolução do contrato.⁴⁸

O banco emissor equipara-se ao garantidor no contexto das garantias especiais próprias, mas exerce papel distinto. Mediante instruções do ordenador, o banco comunica ao beneficiário, diretamente ou por meio de um correspondente local, ter à sua disposição uma determinada quantia em dinheiro, utilizável contra a apresentação de documentos determinados, com a assunção, ou não, de obrigação própria para o pagamento das quantias, ou de aceite das cambiais por ele sacadas, conforme o crédito seja irrevogável ou revogável.⁴⁹

Por um lado, o beneficiário é o exportador/vendedor das mercadorias, credor da quantia em causa, por força da relação jurídica base, e em benefício de quem o crédito é aberto.⁵⁰ A disponibilização do crédito é condicionada à apresentação dos documentos convenionados ao banco emissor, a fim de receber o preço.⁵¹ Tem o beneficiário o ônus de produzir os documentos exigidos pelo crédito documentário⁵² dentro do prazo de vigência da carta de crédito, suportando os riscos relativamente ao envio e à transmissão desses documentos,⁵³ ainda que impedido por evento fortuito ou de força

47 CASTRO, Gonçalo Andrade e. *O crédito documentário irrevogável*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 118.

48 SILVA, João Calvão da. *Direito bancário*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 371.

49 ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 16. ed., rev., atual. e ampl. pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 186.

50 CASTRO, Gonçalo Andrade e. *Op. Cit.*, p. 19.

51 ABRÃO, Nelson. *Op. Cit.*, p. 186.

52 STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3 ed. São Paulo: LTr, 1998.

53 Ver decisões reportadas por Lígia Maura Costa a respeito do tema (COSTA, Lígia Maura. *Op. Cit.*, p. 108 e ss.).

maior.⁵⁴ Trata-se não da única, como afirma Lígia Maura Costa,⁵⁵ mas, certamente, da precípua⁵⁶ obrigação do beneficiário.

Por outro lado, o beneficiário, em se tratando de crédito documentário irrevogável, uma vez recebida a sua notificação, não terá mais que se preocupar com a solvência do ordenador, recaindo os riscos da operação sobre o banco emissor,⁵⁷ que firma um compromisso direto e autônomo com o beneficiário.⁵⁸ Nesse sentido, por garantir o banco, diretamente, perante o beneficiário a percepção de determinada importância, o crédito traduz uma espécie de garantia bancária autônoma,⁵⁹ embora com ela não se confunda.

O centro da operação de crédito documentário é a carta de crédito, cujo texto é padronizado, com nome e qualificação das partes, valor do crédito, modo de utilização, prazo de validade e a relação dos documentos que precisam ser apresentados pelo beneficiário, além de outras condições contratualmente avençadas. A realização do crédito está subordinada exclusivamente às instruções presentes na carta de crédito.⁶⁰

Como explica Irineu Strenger, o crédito documentário atua como verdadeiro poder moderador dos naturais conflitos entre comprador e vendedor que estão separados pela distância, submetidos a sistemas jurídicos distintos, incertezas políticas etc.,⁶¹ sendo a inter-

54 STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, p. 480.

55 COSTA, Lígia Maura. *Op. Cit.*, p. 100.

56 Deve o beneficiário, ainda, quanto ao exame da carta de crédito emitida pelo banco, agir conforme os deveres laterais de cooperação, honestidade, boa-fé etc.

57 A respeito dos riscos dos bancos intervenientes, ver: STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, p. 496 e ss.

58 MARAIS, Georges. *Du crédit confirmé en matière documentaire*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1953, p. 35.

59 CORDEIRO, António Menezes. *Direito bancário*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 715.

60 COSTA, Lígia Maura. *Op. Cit.*, p. 13.

61 STRENGER, Irineu. *Op. Cit.*, p. 441.

venção do banqueiro marcada pela “neutralidade absoluta”.⁶² Fala-se, por exemplo, no risco comercial ordinário de insolvabilidade do comprador, risco que pode estar relacionado a acontecimentos políticos (como nova legislação aduaneira, revolução), eventos naturais (como inundações), problemas monetários (como desvalorização da moeda, falta de transferência de fundos) – os quais sujeitam o credor ao risco de não recebimento de seu crédito.⁶³ João Calvão da Silva refere-se a três gêneros de riscos: políticos, naturais e monetários.⁶⁴ Para além disso, o comércio internacional é marcado pelos negócios que se concretizam à distância, tornando-se difícil assegurar a simultaneidade das prestações.⁶⁵

Da parte do comprador, quer-se a certeza de que o pagamento somente ocorra à medida em que tenha havido boa execução do contrato pelo devedor,⁶⁶ superando-se, assim, a inviabilidade da entrega da mercadoria contra o pagamento.⁶⁷

Em resumo, tem-se uma operação bancária que assegura o cumprimento recíproco das obrigações nas compras e vendas, pautada na solvabilidade quase sempre certa do banco.⁶⁸ Seus objetivos econômicos são a segurança e a boa execução das transações comerciais internacionais,⁶⁹ embora tal segurança seja implementada por meio diverso da adotada através de uma garantia típica.⁷⁰

62 COSTA, Lígia Maura. *Op. Cit.*

63 ABRÃO, Nelson. *Op. Cit.*, p. 185.

64 SILVA, João Calvão da. *Op. Cit.*, p. 369.

65 CASTRO, Gonçalo Andrade e. *Op. Cit.*, p. 15.

66 ABRÃO, Nelson. *Op. Cit.*, p. 185.

67 MATIAS, Armindo Saraiva. *Op. Cit.*, p. 37.

68 COSTA, Lígia Maura. *Op. Cit.*, p. 72.

69 *Ibidem*, p. 9.

70 Em comparativo entre o crédito documentário e a *standby letter of credit*, explica João Calvão da Silva: “Diferentemente, a *standby letter of credit* constitui uma forma de garantia: a carta de crédito fica em *standby* para o emitente executar se e só se houver incumprimento

Relativamente à finalidade, o crédito documentário se distingue das garantias típicas porque tem função primária e precípua⁷¹ de forma de pagamento garantida,⁷² notadamente, de pagamento de documentos,⁷³ e não de mercadorias, serviços ou outras prestações. Surge como instrumento de pagamento que permite ao exportador ter a certeza do recebimento de seu crédito quando do exato cumprimento da obrigação, com intermediação de bancos como órgãos pagadores independentes,⁷⁴ embora seja mencionada a função do banco como terceiro garantidor da celebração do negócio.⁷⁵

Tecnicamente, o crédito documentário não se trata de uma garantia propriamente dita,⁷⁶ mas de garantia imprópria: apesar de ter a finalidade de facilitar o recebimento de um preço, evitando-se a incidência dos riscos já citados, não consiste, primariamente, em contratos de garantia.⁷⁷ Ademais, não se trata de garantia própria, pois não tem vinculação a uma circunstância apenas eventual, como se observa nas garantias próprias.

Além disso, em vista da distinção (forma de pagamento *vis-à-vis* garantia), resulta que a demanda de pagamento sob uma carta de

(documentalmente provado) da obrigação garantida – logo prevê pagamento para a hipótese de incumprimento (garantia próxima da nossa garantia autónoma). Ao passo que o crédito documentário é um meio de pagamento contra a apresentação dos documentos nele elencados e probatórios do cumprimento do contrato base pelo vendedor/beneficiário – logo, prevê o pagamento para cumprir o contrato (meio de pagamento)” (SILVA, João Calvão da. *Op. Cit.*, p. 369).

71 Afirma-se que o crédito documentário assume funções distintas, a saber: de pagamento, de garantia e de financiamento (CORDEIRO, António Menezes. *Op. Cit.*, p. 714).

72 CASTRO, Gonçalo Andrade e. *Op. Cit.*, p. 16.

73 A nomenclatura “pagamento de documentos” é utilizada como meio de acentuar a obrigação autónoma do banco. (COSTA, Lígia Maura. *Op. Cit.*, p. 33.)

74 GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez. *Op. Cit.*, p. 300.

75 ABRÃO, Nelson. *Op. Cit.*, p. 186.

76 Sob o ponto de vista do direito anglo-saxão, tais modalidades de garantias impróprias não são distinguidas das garantias em sentido próprio.

77 MATIAS, Armindo Saraiva. *Op. Cit.*, p. 37.

crédito é um evento mais do que esperado na relação firmada entre as partes, ao contrário do pleito de pagamento estabelecido em uma garantia propriamente dita, uma vez que pressupõe a existência de um inadimplemento pelo ordenador,⁷⁸ embora nem sempre tal prova seja necessária.

3.2. Figuras tipicamente convencionais: cláusulas de garantia e segurança.

Em geral, as cláusulas de garantia e segurança se revelam por “cláusulas contratuais apostas com o intuito de assegurar o cumprimento do crédito ou prestação em causa. São construções convencionais que procuram, por um lado, que se crie um meio de pressão sobre o devedor e, por outro, que o devedor se mantenha, tanto quanto possível, capaz de cumprir”.⁷⁹

A respeito das garantias impróprias resultantes de acordo de vontade dos contraentes, como se verá, encerrarão, na maior parte das situações, obrigação positiva ou negativa, pelo que o regime jurídico aplicável deve ser o da respectiva natureza obrigacional.

Apenas a título ilustrativo, em se tratando de obrigação de não fazer, por exemplo por força do dever de inalienabilidade de determinado bem móvel ou imóvel, o dever omissivo é absoluto e, uma vez inobservado, acarreta a inutilidade da prestação, não tendo de se falar, portanto, em mora ou inadimplemento relativo, nos termos do artigo 390 do Código Civil brasileiro: “Art. 390. Nas obrigações negativas, o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”.

78 AFFAKI, Georges; GOODE, Roy. *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*. ICC Services Publications: Paris, 2011. p. 9.

79 HENRIQUES, Sérgio Coimbra. *Op. Cit.*, p. 655.

Embora se avertam⁸⁰ exceções à regra ora exposta, normalmente, o descumprimento de cláusulas de garantia imprópria frustrará instantaneamente o interesse e a utilidade da prestação pelo credor, acarretando o inadimplemento irremediável, suscetível de encerramento do contrato respectivo por inadimplemento. Isso se deve não propriamente pela incompatibilidade da obrigação de não fazer com a mora, mas pelo critério de utilidade da prestação em face do credor, cabendo distinguir entre a obrigação negativa de ato único e a obrigação negativa durável, em que é lícito impedir a perpetuação da violação e permitir que a obrigação continue a ser cumprida.⁸¹

Não se nega que, normalmente, tais modalidades obrigacionais de garantias especiais impróprias constituem dever secundário ou acidental da prestação primária. Daí não se conclui, contudo, que o incumprimento de tais obrigações mantenha, necessariamente, a utilidade da prestação contratual primária pelo credor, sobretudo se inexistente outro meio de recompor a garantia imprópria ou a obrigação a que se refere. É que a prestação primária do negócio jurídico e seus termos (a saber, preço, forma de pagamento, entrega etc.), é presumidamente afetada durante a negociação pelos deveres secundários ou acidentais do negócio assumidos pelos contraentes. São determinados pelos riscos que a operação respectiva representa.

A contratação de garantias especiais impróprias, na modalidade convencional, influi na assunção originária de riscos contratuais, afetando o poder de barganha das partes, a lógica contratual, a disposição dos contraentes em concluir ou não o negócio, de discutir o preço etc. Daí porque a violação de tais garantias é, em geral, séria e apta a romper o vínculo obrigacional por inadimplemento.

Normalmente, contudo, o que se observa é que os contraentes, no âmbito de sua autonomia privada, afastam a necessidade de

80 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 22. p. 119.

81 NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 105.

discussão quanto à utilidade, ou não, da prestação ao credor, para fins de caracterização do inadimplemento absoluto, a justificar a resolução do contrato por cláusula resolutiva tácita.

Assim os contraentes fazem valendo-se de convenção, para conferirem entre si o direito de romper a relação contratual no caso de suceder fato de incumprimento por eles, como tal, previsto. Se, de um lado, a lei autoriza o término do vínculo na hipótese de inadimplemento absoluto (cláusula resolutiva tácita), de outro, as partes podem regular o remédio resolutivo, definindo que, se acontecido certo evento – por exemplo, descumprimento de determinada ou determinadas prestações –, a parte lesada pela inexecução poderá manejar expediente resolutivo. Não haverá, em tais circunstâncias e, geralmente, espaço para discutir a definitividade ou não do incumprimento, nem se é ou não de escassa importância.⁸²

Passa-se a descrever algumas das contratações mais utilizadas, reputadas como garantias especiais impróprias, sem a intenção de esgotamento, ou, até mesmo, aprofundamento do tema, que exigiria, para cada tipologia, trabalho monográfico próprio, incompatível com a metodologia e extensão deste trabalho.

3.2.1. Cláusula *cross-default*.

A cláusula *cross-default* prevê que o incumprimento ou outra falta contratual praticada pelo devedor de qualquer contrato celebrado entre o devedor e o beneficiário daquela cláusula repercute tanto no contrato relativamente ao qual o incumprimento ou a falta se verificou, como nos demais contratos (em princípio, especificamente elencados ou previstos), independentemente de nestes ter, ou não, ocorrido algum incumprimento.⁸³

82 NANNI, Giovanni Ettore. *Op. Cit.*, p. 479.

83 HENRIQUES, Sérgio Coimbra. *Op. Cit.*, p. 669.

Há, assim, entre diversos instrumentos firmados entre credor e devedor uma espécie de vaso comunicante, operacionalizado por meio da contratação de cláusula *cross-default*. A comunicação se dá pelo descumprimento de qualquer um dos instrumentos abarcados pelo sistema de vasos, afetando toda a cadeia contratual que seja abarcada pela cláusula *cross-default*.

Normalmente, a referida cláusula atua por referência a determinadas obrigações acordadas pelas partes, capazes de afetar o programa contratual de tal maneira a justificar que outros instrumentos sejam afetados pela violação, em verdadeiro efeito dominó. Assim, por exemplo, a pactuação de vencimento antecipado das prestações entre devedor e credor pode autorizar o vencimento antecipado das obrigações inerentes a todos esses contratos em caso de incumprimento de algum deles.

A função garantidora de tal pacto se revela na medida em que a recuperação do crédito é antecipada, incorrendo o devedor em mora em todas as suas prestações designadas em face do credor. Mais do que isso, a dívida torna-se exigível desde logo, abstendo-se o credor de ter de investir mais recursos no adimplemento de suas obrigações – o que mitiga prejuízos e proporciona ao credor, em razão da antecipação, a possibilidade de cobrança imediata do débito, facilitando o procedimento de cobrança respectivo.

Cita-se, também, a contratação de tal garantia especial imprópria ao estabelecer que o incumprimento de determinada obrigação contratual acarretará direito de resolução dos outros negócios firmados ou a serem firmados entre os contraentes, obedecendo-se, nesse particular, aos termos da cláusula resolutiva expressa e/ou tácita aplicável a cada instrumento.

Avaliadas em sua generalidade, tais cláusulas operam na conduta do devedor, ao compeli-lo a atuar nos termos do contratado, sob pena de toda a rede contratual que mantém com a contraparte ser afetada adversamente aos seus interesses. Em suma, o devedor passa a considerar não apenas o descumprimento específico daquela rela-

ção negocial, que lhe pode, em última medida, ser vantajosa, para conceber a relação firmada com o respectivo credor em outras relações contratuais.

3.2.2. Cláusula de inalienabilidade.

Entende-se por cláusula de inalienabilidade a disposição contratual que determine para o devedor de tal prestação a imposição de se manter, por determinado período, como proprietário de certo(s) bem (bens), móvel (móveis) ou imóvel (imóveis),⁸⁴ o que reflete na garantia geral do devedor, consistente em seu patrimônio. A ideia, portanto, é de conservação da garantia geral do credor frente ao devedor, evitando, de igual modo, a dilapidação do patrimônio pelo devedor.

Podem o credor condicionar à venda do bem reservado a sua autorização prévia, tudo sob o ponto de vista contratual, sem atingir direito de terceiros; apenas estaria refletido na esfera de terceiros se a garantia fosse publicizada, por exemplo, na certidão de matrícula de determinado imóvel sujeito à alienabilidade, mas, nessa hipótese, ter-se-ia maior proximidade ao direito especial próprio de garantia real, o que não corresponde à figura contratual ora anunciada.

Em resumo, referida obrigação de inalienabilidade impõe limites obrigacionais temporários (sendo certo que a limitação *ad aeternum* das disposições a respeito da propriedade poderão ser objeto de questionamento, tema que não será avaliado nesta seara) aos poderes de disposição, e não de fruição pura e simples – ao direito de propriedade do devedor, em prol do devedor, a fim de manter, pelo menos parcialmente, hígida a capacidade de o devedor adimplir sua prestação, mesmo de maneira forçada.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 676.

3.2.3. Cláusula *pari passu*.

Ao convencionar a cláusula *pari passu*, o devedor garante ao credor beneficiário que o crédito deste se manterá com a mesma classificação, relativamente a outros créditos de que seja devedor,⁸⁵ para o fim de manter, ao tempo da conclusão do negócio jurídico, a mesma situação de preferência creditícia em que se encontrava o credor em relação ao devedor.

Assim, ao credor é assegurado obrigacionalmente que o seu crédito estará sempre em posição de igualdade com os demais credores do devedor comum, podendo o devedor vincular-se de tal forma que, caso conceda garantias a outros credores, concederá garantia idêntica ao credor beneficiário de tal cláusula.

Assim, tratando-se de crédito privilegiado, consistirá em assegurar a manutenção da preferência de que goza em relação aos outros credores do devedor; em se tratando de crédito quirografário, assim se manterá até o término do adimplemento da obrigação do devedor naquele negócio jurídico, o que, contudo, não se opõe aos terceiros – tornando a garantia especial imprópria, aqui tratada, uma garantia fraca.

É exatamente a vinculação do devedor para assegurar ao credor beneficiário da cláusula o acesso ao seu património em pé de igualdade com os credores da mesma classe creditícia, obrigando-se a não lhes conferir melhor tratamento durante todo o período contratual, que atribui à cláusula *pari passu* um conteúdo não só útil,⁸⁶ mas também facilitador de recuperação do crédito.

3.2.4. Cláusula *negative pledge*.

O conteúdo da cláusula de *negative pledge* representa obriga-

85 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Op. Cit.*, p. 315.

86 HENRIQUES, Sérgio Coimbra. *Op. Cit.*, p. 678.

ção negativa que impõe ao devedor não onerar bens que constituem o seu patrimônio com outras garantias pessoais e/ou reais, além daquelas que existem no momento da assunção da obrigação, sob pena de o favorecido pela prestação assumida poder se socorrer das sanções aplicáveis ao contrato em razão do descumprimento pelo devedor da obrigação de não oneração adicional.⁸⁷

Em suma, em vez de se atribuir ao beneficiário da cláusula uma posição destacada relativamente aos restantes credores, impede-se que o devedor crie situações que venham prejudicar a situação creditícia do beneficiário da cláusula,⁸⁸ alterando a posição privilegiada, ou não, creditícia que detém.

As partes têm plena liberdade de excepcionar situações, bem como condicionar a oneração futura à aceitação do credor que, por essa via, consegue, de alguma forma, controlar a evolução da situação patrimonial da contraparte.⁸⁹

Por um lado, pode o contrato prever, por exemplo, a resolução do instrumento por cláusula resolutiva expressa, o vencimento antecipado das prestações devidas no âmbito daquele negócio jurídico ou mesmo prever *cross-default*, já descrito, a fim de que todas as prestações nos contratos indicados entre credor e devedor tenham seu vencimento antecipado.

Por outro lado, a posição que confere ao credor representa um reforço da garantia geral, já que, ao contrário do que sucede com os demais credores, detém, em tese, garantia específica consistente na obrigação negativa assumida de não se estabelecer novas garantias. Trata-se de finalidade dupla: reforçar a tutela da garantia patrimonial, evitando a sua diminuição; e refrear a constituição de endivi-

87 *Ibidem*, p. 665.

88 *Ibidem*.

89 VASCONCELOS, Luis Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 692.

damento futuro, assegurando a conservação e a integridade desse patrimônio,⁹⁰ sem evidentemente, prejudicar terceiros não contratantes.

O fato de não vincular terceiros não contratantes, evidentemente, torna tal modalidade de garantia fraca, na medida em que não confere ao credor qualquer direito sobre os bens, presentes e futuros do devedor, pelo que, em caso de descumprimento da obrigação negativa, caberá ao credor aplicar as sanções contratuais cabíveis em face do devedor apenas, sem possibilidade de oposição a terceiros.⁹¹

3.3. Garantias especiais impróprias derivadas da Lei.

3.3.1. Compensação legal.

Outro exemplo de garantia especial imprópria pode ser verificado no instituto da compensação, tal como estipulado nos artigos 368 e ss. do Código Civil brasileiro. Mediante o recurso à compensação, permite-se a extinção da dívida até onde se compensarem entre duas pessoas caso sejam, ao mesmo tempo, credor e devedor uma da outra.

Assim, por exemplo, um banco que disponha de numerário em conta corrente de determinado devedor que contraiu empréstimo junto à mesma instituição financeira tem a possibilidade de compensar o saldo da referida conta bancária com eventual dívida contraída pelo mutuante. Há facilitação na realização de créditos e extinção de dívidas, sem depender, ademais, da vontade do devedor.

Como explica Luis Miguel Pestana de Vasconcelos, a função de garantia do mecanismo de compensação se revela porque “o credor não tem que exigir o cumprimento ao devedor, e arriscar-se a que

90 HENRIQUES, Sérgio Coimbra. *Op. Cit.*, p. 666.

91 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Op. Cit.*, p. 314.

este não cumpra, tendo depois que recorrer aos meios judiciais para obter a realização do seu direito, em particular o recurso à via executiva, onde pode ser ultrapassado pelos credores garantidos, e, ao mesmo tempo, manter-se vinculado a cumprir a sua obrigação”.⁹²

3.3.2. Exceção de contrato não cumprido e exceção de insegurança.

A exceção de contrato não cumprido, regulada pelo artigo 476⁹³ do Código Civil brasileiro, também se amolda ao conceito de garantia especial imprópria. Como explica Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, sob o regime do instituto da exceção de contrato não cumprido português, mas em sintonia, para o que aqui interessa, com o regime brasileiro, “embora a exceção não se possa considerar estritamente como uma garantia, na medida em que seu fim é antes de assegurar o cumprimento simultâneo das obrigações sinalagmáticas [...], a verdade é que acaba por desempenhar numa menor medida a mesma função das garantias de cumprimento”.⁹⁴

Isso se deve ao fato de a parte poder legitimamente recusar-se a adimplir sua corresponsiva contraprestação, enquanto sua contraparte não prestar a corresponsiva prestação que lhe cabe, colocando a parte beneficiada pela exceção de contrato não cumprido em posição vantajosa em relação a credores comuns no que concerne à satisfação do seu crédito. Por isso, a exceção de contrato não cumprido desempenha não só função coercitiva para que o devedor adimpla sua corresponsiva prestação, mas também de garantia ao credor.⁹⁵

92 VASCONCELOS, Luis Miguel Pestana de. *Op. Cit.*, p. 672.

93 “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

94 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Op. Cit.*, p. 309-310.

95 *Ibidem*, p. 310.

Essa última função assecuratória fica clara se atentarmos ao regime de falência ou insolvência, visto que a admissão em tal sede da exceção de contrato não cumprido configurará posição de privilégio face aos demais credores do insolvente/falido que já tenham cumprido suas prestações.

A clareza da função assecuratória da *exceptio* de que trata o artigo 477 do Código Civil brasileiro, a denominada exceção de insegurança, é ainda maior. Fundado em tal dispositivo legal, “se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

Veja-se que, ao outorgar ao devedor a recusa no adimplemento de sua prestação pela diminuição do patrimônio de sua contraparte após a conclusão do negócio jurídico, evita-se que o devedor, depois de cumprir a prestação que lhe cabe, não possa exigir da outra parte a contraprestação respectiva. Há nítido propósito de evitar/mitigar prejuízo decorrente de risco financeiro da parte que não mais tem meios de adimplir sua prestação.

Conclusão.

Pretendeu-se, a partir da concepção de risco exógeno e eventual que tem o potencial de afetar a normal marcha contratual esperada pelos contratantes, demonstrar de que forma as garantias especiais impróprias servem ao propósito de salvaguardar os contraentes em face de tais infortúnios.

Após apresentar a exata localização das garantias especiais impróprias no âmbito do direito das garantias, traçando a distinção fundamental entre garantias especiais próprias e impróprias, tratou-se brevemente de algumas garantias especiais impróprias: em primeiro

lugar, as consubstanciadas em formas de pagamento com função de garantia, tais como o cheque-caução e o crédito documentário; em segundo lugar, abordaram-se alguns exemplos de cláusulas de garantia e segurança que servem ao propósito garantidor, tais como a obrigação de inalienabilidade, a cláusula *pari passu*, *cross-default* e *negative pledge*; por fim, apresentaram-se algumas garantias especiais impróprias decorrentes da lei, explicitando de que maneira institutos tal como a compensação, da exceção de contrato não cumprido e da exceção de insegurança, também se revelam controladoras ou mitigadoras de riscos contratuais.

Feitas as exposições, é possível perceber que há nas garantias especiais impróprias maior ou menor eficiência na salvaguarda dos riscos, podendo ser, como se indicou, meramente aparentes. Cabe, portanto, aos contraentes, dentro do âmbito de sua autonomia privada, determinar a melhor forma de resguardo de seus interesses no momento da conclusão do negócio jurídico, dadas as peculiaridades da transação empresarial que se está a firmar.

