

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 25

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

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro 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. 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 Fração (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 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, 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-RJ), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Valle Versiani (UFMG), Gerson Branco (UFRGS), Jacques Labrunie (PUC-SP), Maíra Fajardo Linhares Pereira (UFJF), Marcelo Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — n° 25 (julho/dezembro 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)

* Publicado no segundo semestre de 2021.

IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO E AS RELAÇÕES DE GARANTIA ACESSÓRIAS E AUTÔNOMAS¹

SUPERVENING IMPOSSIBILITY OF OBLIGATIONS AND THE ACCESSORY AND AUTONOMOUS' GUARANTEES

Pedro Guilhardi

Resumo: Pretende-se examinar neste artigo, de um lado, o panorama legal brasileiro da impossibilidade superveniente da prestação. Sobre esse tema discute-se, a partir de classificação doutrinária, como e quando a impossibilidade superveniente tem o condão de extinguir o vínculo obrigacional. De outro lado, o autor, após estabelecer premissas sobre o vínculo funcional e características próprias de garantias acessórias, no caso a fiança, em contraposição às garantias autônomas mescla os assuntos com a finalidade de determinar quais os efeitos da impossibilidade superveniente para cada espécie de garantia, de acordo com sua vinculação ao negócio jurídico subjacente.

Palavras-chave: Garantias. Negócio Jurídico. Impossibilidade Superveniente. Efetividade do Direito Privado. Proteção ao Investimento Privado.

Abstract: On one side, the aim of this article is to assess the Brazilian legal system concerning supervening impossibility of obligations. Founded on legal scholars' categorizations, it discusses how and when the supervening impossibility can cause the termination of the contractual relationship. On the other side, it discusses the functional link of the autonomous guarantees and its main concept, as opposed to accessory guarantees, in case the *fiança*. Both the subjects are then combined with the aim to assess what are the effects of

¹ Artigo recebido em 14.05.2021 e aceito em 19.07.2021.

the supervening impossibility for each type of guarantee – autonomous and accessory –, considered the guarantee’s link to the main legal relationship.

Keywords: Guarantees. Legal transaction. Supervening impossibility. Effectiveness of private law. Protection of private investment.

Sumário: Introdução. 1. Impossibilidade superveniente e não imputável. 1.1. Efeito extintivo decorrente da impossibilidade superveniente: como e quando? 2. Garantias acessórias e autônomas. 2.1. Garantias autônomas. 2.1.1. Determinação da relação de garantia. 2.2 Fiança. 2.2.1. Determinação da relação de garantia. 3. Impossibilidade superveniente e relações de garantia. 3.1. Nas garantias autônomas. 3.1.1. Impossibilidade superveniente absoluta. 3.1.2. Impossibilidade superveniente absoluta parcial. 3.1.3. Impossibilidade superveniente absoluta temporária. 3.2. Na fiança. 3.2.1. Impossibilidade superveniente absoluta. 3.2.2. Impossibilidade superveniente absoluta parcial. 3.2.3. Impossibilidade superveniente absoluta temporária. Conclusão.

Introdução.

Existem diversos trabalhos na doutrina civilista que contemplam o estudo da não imputabilidade do devedor decorrente de caso fortuito e força maior, bem assim o fenômeno da impossibilidade superveniente da prestação derivados de tais infortúnios.

Pouco ou nada se produziu, contudo, sobre o tema sob a ótica do direito das garantias, em especial, conforme a garantia tenha maior ou menor grau de vinculação ao negócio jurídico subjacente. É

o que propõe o presente trabalho, mediante avaliação da normativa legal – e não da regulação contratual que, eventualmente, possa excepcionar ou alterar as regras advindas da lei.

Para tanto, em sua primeira parte, o artigo situa o tema da impossibilidade no regramento civil, bem assim enuncia as hipóteses de término do vínculo obrigacional por impossibilidade superveniente – em especial, explica como e quando o contrato restará extinto.

Na sequência, em sua segunda parte, o estudo traz conceitos a respeito de duas espécies de garantia, que se contrapõem em termos de vinculação ao negócio jurídico subjacente: a fiança e a garantia autônoma. Também, esclarece as diferentes frentes obrigacionais que são criadas, como um todo, no âmbito da estrutura que envolve a contratação de tais garantias.

Trazidos os conceitos de impossibilidade e traçados os elementos essenciais de tais espécies de garantia, bem assim as diferentes relações jurídicas que se formam em cada modalidade, discute-se os efeitos das diferentes espécies de impossibilidade supervenientes, tanto na relação de garantia, propriamente dita, como na relação subjacente, seguindo-se de notas conclusivas.

1. Impossibilidade superveniente e não imputável.

Nessa parte do trabalho tratar-se-á das fontes legais – e não convencionais – que disciplinam a impossibilidade superveniente da prestação, não imputável ao obrigado.

A superveniência da impossibilidade deve ser considerada frente ao momento da celebração do negócio jurídico. Na conclusão do negócio jurídico, havendo impossibilidade originária, avaliam-se os planos da existência e da validade, ao passo que a impossibilidade superveniente reflete no plano da eficácia, submetendo-se, pois, as hipóteses, a regimes jurídicos distintos. Na impossibilidade originária absoluta, tem-se a nulidade do negócio jurídico, afetando a sua vali-

dade, ao passo que a impossibilidade superveniente afeta a eficácia do negócio jurídico, mas não sua existência nem validade.²

A impossibilidade de prestar é regrada de forma fragmentária em nosso Código Civil, com sobreposição de disciplinas, distinguidas em gerais e específicas. As primeiras, gerais, são disciplinadas dentro das modalidades das obrigações e de algumas espécies obrigacionais, ao passo que o diploma regula, em dispositivo particular, causa singular de impossibilidade, qual seja, o afastamento da responsabilidade por caso fortuito ou força maior.³

É verdade que a impossibilidade superveniente, como figura geral e como figura específica (esta advinda de caso fortuito e força maior), tem pontos de comunicação, pois estabelecem entre si uma relação de gênero-espécie:⁴ nem toda impossibilidade deve ser atribuída a *casus*, porque há impossibilidade que de modo nenhum se relacionam a caso fortuito e força maior.⁵

1.1. Efeito extintivo decorrente da impossibilidade superveniente: como e quando?

Eventos que atraem a incidência do conceito de caso fortuito e força maior, salvo nas hipóteses legais,⁶ liberam o devedor dos prejuízos causados, pois não há imputabilidade. Pode, além disso, exo-

2 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 144-151; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 99.

3 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 144-145.

4 Ibidem, p. 150.

5 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 23, p. 184.

6 Caso, por exemplo, quando em mora o devedor, nos termos do artigo 339 do Código Civil.

nerar o devedor de toda a obrigação, quando ela foi inteiramente afetada,⁷ com extinção do vínculo obrigacional.

De fato, posteriormente ao nascimento da relação jurídica, pode ser invocada como causa de extinção das dívidas e obrigações,⁸ embora o término do vínculo obrigacional não seja efeito necessário da incidência do evento de força maior ou caso fortuito – ainda que exista impossibilidade superveniente, pois há diferentes graduações de impossibilidade incidente nas relações negociais.⁹ A impossibilidade pode ter também várias causas subjacentes, sendo a derivada do caso fortuito e força maior apenas uma das que podem ter o efeito liberatório ora tratado.¹⁰

O Código Civil contém regramentos específicos quanto à impossibilidade da prestação para as diferentes espécies de obrigações, dos quais deflui o entendimento de que a impossibilidade não for imputável ao devedor extingue-se o vínculo obrigacional¹¹ ou, mais precisamente, extingue a prestação.¹²

Assim o faz, por exemplo, em relação às obrigações de fazer, no artigo 248, quanto às obrigações de dar coisa certa, nos artigos 233 e ss., coisa incerta, no artigo 246, relativamente às obrigações de fazer, no artigo 248, de não fazer, no artigo 250.

Não trata, especificamente, da obrigação de pagar quantia, a não ser na conversão da prestação ajustada em substituição por moe-

7 LÔBO, Paulo. *Direito civil*: obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 234.

8 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 157.

9 FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Força maior e descumprimento de contratos na pandemia. *Direito e pandemia*. n. esp. mai. 2020, Brasília, Ordem dos Advogados do Brasil, p. 8.

10 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 184.

11 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 60.

12 *Ibidem*, p. 158.

da corrente, em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação na forma pactuada, a teor do artigo 947 do Código Civil.

A impossibilidade superveniente, a que não é causada pelo devedor e, portanto, não enseja a sua mora, nos termos do artigo 396 do Código Civil é fundamento, *em algumas hipóteses*, para extinção da prestação. Como explica Pontes de Miranda, “o devedor deixa de dever. Nem o credor pode exigir a prestação, nem, sequer, continua titular do crédito. O risco é, aí, da prestação, e ao credor cabe suportá-lo. Ao devedor não é imputável responsabilidade” .¹³

Requisito imprescindível é que a impossibilidade seja superveniente à formação do negócio jurídico, dada a nulidade de que se revestem os negócios jurídicos por meio dos quais se promete prestação impossível.

Acaso a impossibilidade superveniente seja parcial, o devedor se libera do equivalente da prestação atingida, salvo se toda a prestação se tornar inútil ou prejudicial ao credor.¹⁴ Assim que, havendo possibilidade de parcelamento da prestação que atenda ao interesse do credor, a relação obrigacional subsiste, ainda que mutilada; do contrário, tem-se a impossibilidade total. Pode, ainda, a impossibilidade de parcela da prestação resultar da deterioração restrita da coisa, como nas hipóteses das obrigações de dar, com a solução oferecida pelo artigo 235 do Código Civil, bem assim na locação de coisas, com o regramento estipulado pelo artigo 567 do Código Civil.

A impossibilidade superveniente pode, ainda, restringir o direito do credor no tempo, não extinguindo, pois, a relação jurídica, que se torna exigível tão logo o evento cesse. É o caso, por exemplo, do locatário que subloca e não pode entregar o bem ao locador porque a lei prorrogou a sublocação.¹⁵ Não se trata, a rigor, de impossi-

13 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 190.

14 LÔBO, Paulo, op. cit. p. 245.

15 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit. p. 184.

bilidade, pelo que o devedor deve cumprir o avençado quando cessado o óbice que o impediu de fazer anteriormente, não prejudicado o interesse e a utilidade da prestação ao credor.¹⁶ Não sendo impossibilidade imputável ao devedor, não incorre este em mora,¹⁷ nem se extingue a obrigação – solução advinda da doutrina¹⁸ –, ausente regramento específico pelo Código Civil.¹⁹ Da mesma maneira, com construção doutrinária e analógica com outros dispositivos do Código Civil (artigos 625, inciso I, 741 e 753), tem-se hipótese de suspensão de exigibilidade da prestação enquanto perdurar a situação de impossibilidade – afetando, inclusive, prazos prescricionais.²⁰

Deve se excetuar os negócios jurídicos fixos, desde que a impossibilidade superveniente manifeste efeitos até o dia em que seria satisfeita a obrigação ou até quando deveria ter sido adimplida, pois desaparece, sob a ótica do credor, o interesse e a utilidade no cumprimento obrigacional, mesmo temporária a impossibilidade.²¹ Também nos negócios jurídicos não fixos, se a prestação não atingir a sua finalidade poderá ensejar a transmutação da impossibilidade – em princípio temporária – para definitiva, a teor da regra direcionada para o inadimplemento do artigo 395 parágrafo único do Código Civil, mas também aplicável à impossibilidade por ter a mesma razão de existir.²²

Distingue-se, ainda, a impossibilidade superveniente subjetiva e objetiva, e a impossibilidade relativa e absoluta.

16 Ibidem, p. 188.

17 BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1950, v. 4, p. 213.

18 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 160.

19 Como o fazem, por exemplo, os sistemas italianos e português, nos artigos 1.256 e 792^o, respectivamente.

20 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 160.

21 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 100.

22 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 161.

Nesse ponto, o autor remete o leitor à obra de Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva.²³ Ao que parece, o confronto doutrinário português e brasileiro elucidou confusão comumente encontrada na doutrina brasileira entre impossibilidade absoluta/objetiva e relativa/subjetiva, com sobreposição de conceitos. A rigor, contudo, não é assim, pelo que o autor adota a percepção que distingue de maneira mais categórica a classificação.

A impossibilidade superveniente subjetiva diz respeito à pessoa do devedor, isto é, trata de sua inaptidão de adimplir a prestação a que se obrigou. A prestação, portanto, é apenas impossível para o devedor, liga-se a sua pessoa.²⁴ Pode exonerar o devedor da obrigação, desde que se trate de impossibilidade absoluta e permanente (p. ex., devedor hospitalizado e a prestação deva só por ele ser adimplida em certa data).

A impossibilidade superveniente objetiva afeta a todos os figurantes do negócio jurídico; não apenas a um deles.²⁵ Há falta do objeto da prestação, incluindo-se a impossibilidade do fazer e do não fazer.²⁶ Normalmente reflete impossibilidade absoluta que, sendo permanente, exonera o devedor e extingue o vínculo obrigacional.

Distinção fundamental para determinar a extinção, ou não, do vínculo obrigacional e a imputabilidade ao devedor se dá entre a impossibilidade superveniente absoluta e relativa.

Por absoluta, tem-se a impossibilidade física ou jurídica permanente e inafastável, com impedimento de prestar, por ordem física, de acordo com as leis naturais ou estado dos conhecimentos técnicos científicos, ou jurídica, com inexigibilidade da prestação por proibição das regras jurídicas.²⁷

23 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 163, nota 352.

24 Ibidem, p. 164.

25 Ibidem, p. 60.

26 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 184.

27 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 164.

A impossibilidade relativa tem prestação possível de ser adimplida, mas com maior dificuldade ao devedor, derivando de um obstáculo que não pode ser superado senão com esforços e sacrifícios ao grau considerado típico, superior à diligência média em determinada espécie de obrigação. Para alguns sistemas, como o português, “em que a lei não faz alusão à impossibilidade absoluta, nem relativa, precisamente porque não aceitou as duas expressões, mas apenas uma, a absoluta”,²⁸ a impossibilidade relativa não é liberatória.

No âmbito brasileiro, contudo, parece prevalecer o entendimento de que não se exige que a impossibilidade seja absoluta,²⁹ devendo-se conceber como impossível a prestação que somente com despesas desproporcionais e extraordinários esforços poderia ser adimplida,³⁰ levando-se em consideração a concepção do tráfico que se tinha quando da formação do negócio jurídico, eis que tal conceito integraria o conteúdo do negócio jurídico.³¹

Expande-se a concepção do absoluto para um sentido socio-cultural do termo, a ser averiguado no caso, conforme as circunstâncias para a concretização da prestação impactada pelo evento superveniente, sempre com foco no critério da exorbitância e desproporcionalidade.³² Tal se presta para afastar a preocupação desde muito debatida pela doutrina, no sentido de que “quando se abandona a condição necessária da impossibilidade absoluta de executar, surgem dificuldades práticas insuperáveis”, pois, “não se pode determinar mais, de uma maneira segura, o mínimo de esforço que bastará, em cada caso, pra pronunciar-se a exoneração do devedor”.³³

28 PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I. Perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 22.

29 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, op. cit., p. 100 e ss.

30 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 185.

31 Loc. cit.

32 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e de suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 327-328.

33 FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e a teoria da imprevisão*. 3. ed. Revista Forense, 1958, p. 114.

Deve-se distinguir³⁴ as hipóteses de evento superveniente que: (i) exige do devedor sacrifício intolerável, segundo os padrões de justiça socialmente aceitos, exemplificado pelo falecimento de filho de cantor que deveria estar presente em concerto no mesmo dia;³⁵ (ii) demandará esforços extremamente desproporcionais perante o interesse do credor, cujo exemplo amplamente citado é de busca de um anel que deveria ter sido entregue pelo devedor ao credor, mas que caiu em um lago; e (iii) impõe ao devedor esforços e dispêndios significativamente maiores ao projetados, hipótese de necessidade de alteração de rota de um caminhão de transporte por queda de uma ponte, aumentando os custos – porém não de todo desproporcionalmente –, em que os esforços e custos maiores estariam no campo da onerosidade excessiva superveniente, instituto distinto e sujeito a outros requisitos e efeitos.³⁶ Trata-se da *difficultas*, compreendida como a existência de obstáculos a que se preste.³⁷ O devedor responde pelo inadimplemento da prestação, ainda exigível, pois é inadequada a “equiparação da onerosidade extrema e imprevista à própria impossibilidade”.³⁸

No âmbito da proporcionalidade e razoabilidade, não se pode esquecer que “a dificuldade implica possibilidade mediante um certo esforço, devendo-se sempre procurar ter em vista a conduta de um

34 Veja-se: PIRES, Catarina Monteiro, op. cit., p. 22-23.

35 Nota-se que a ampliação do conceito de impossibilidade absoluta não é de todo contrária àquilo que os próprios adeptos da teoria objetivista postulam, embora os caminhos para a mesma conclusão possam ser concebidos como distintos: “Sem dúvida, haverá casos em que não se poderá abstrair da pessoa do devedor, das suas condições pessoais. Mas, isso sucederá apenas quando tais condições tenham uma relação de conexão necessária com a própria prestação em si, como no caso da doença do pintor, impedido por tal fato de executar a encomenda de um quadro; o que constitui também impossibilidade objetiva” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da, op. cit., p. 115).

36 Exemplos tomados de: MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 184-186.

37 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 185.

38 FONSECA, Arnaldo Medeiros da, op. cit., p. 114.

homem-tipo”,³⁹ isto é, sem consideração a aspectos subjetivos do devedor.

A insolvência e, mais restritamente, a inaptidão a fazer a prestação não é impossibilidade,⁴⁰ ausente previsão legal nesse sentido. Apesar disso, constata-se o entendimento de que a insolvência superveniente, sem culpa do devedor, equiparar-se-ia à impossibilidade absoluta, com fundamento no artigo 963 do Código Civil, que abarcaria toda a área da mora.⁴¹ Seria adequado o entendimento se Código Civil contivesse disposição a respeito, equiparando a impossibilidade absoluta superveniente à inaptidão relativa e também superveniente do devedor para prestar.

Nessa seara discute-se a aplicação da teoria da impossibilidade econômica ou princípio da limitação do sacrifício, segundo a qual o devedor não deve ser obrigado simplesmente à satisfação do credor. Não há de ser obrigado além do que é razoável, em matéria de sacrifício.⁴²

Embora se reconheça o perigo de sua aplicação, a doutrina explica que em determinados casos concretos afastar a teoria seria impraticável. Veja-se:

A teoria é perigosa, por falta de critério seguro de limitação. Mas há casos em que outra solução seria impraticável. Por exemplo: comprou A a B, por x, o prédio e convencionou-se que o pagamento seria em dólares, por ser B domiciliado nos Estados Unidos da América, e com o câmbio entre a data da conclusão do contrato e a do recebimento do prédio e do pagamento, elevou-se

39 Ibidem, p. 155.

40 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 184.

41 COUTO E SILVA, Clóvis V. do, op. cit., p. 98 e ss.

42 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 191.

o preço para o triplo. A não tem com que pagar. Se recebeu o prédio, pode propor devolvê-lo. Se não o recebeu, pode alegar que não está insolvente, ou que teria de vender a única indústria de que vive.⁴³

Nota-se, contudo, pelo exemplo narrado, que a impossibilidade não decorre, propriamente, de impossibilidade econômica do devedor, mas pelo fato de o preço ajustado ter triplicado, devendo o intérprete adotar os critérios antes expostos a fim de se determinar a convalidação, ou não, da impossibilidade superveniente relativa em absoluta.

Demais disso, a necessidade, ou não, de venda de determinado bem para cumprimento de obrigação contratual se insere em esfera distinta da dos negócios jurídicos. Trata-se de tema que afeta a responsabilidade patrimonial do devedor, a ser avaliada à luz da garantia geral das obrigações e as exceções a tal garantia, como é o caso dos bens impenhoráveis, nos termos do artigo 391 do Código Civil.

Como esclarece Arnaldo Medeiros da Fonseca, “nem seria justo, em relação ao credor, perante quem o devedor assumiu sem reservas a garantia de executar a obrigação, exonerar este último de responsabilidade, por suas condições pessoais, mesmo quando outro indivíduo, em análogas condições exteriores de tempo, lugar e modo, teria podido cumprir o estipulado”.⁴⁴

A impossibilidade superveniente não deve ser, ademais, confundida com inadimplemento, apesar das hipóteses em que a impossibilidade é imputável ao obrigado, gerando, pois, efeitos idênticos aos do inadimplemento. No inadimplemento, contudo, a obrigação não foi cumprida no tempo, modo e lugar devidos, por culpa atribuível ao devedor, mas poderia ser materialmente adimplida. Na impos-

43 Loc. cit.

44 FONSECA, Arnaldo Medeiros da, op. cit., p. 116.

sibilidade imputável, a obrigação não se cumpre por impossibilidade de adimplemento da prestação que, contudo, se tornou impossível por culpa atribuível ao devedor.⁴⁵

2. Garantias acessórias e autônomas.⁴⁶

Antes de se adentrar ao impacto que a impossibilidade superveniente poderá ter nas relações de garantia, serão discutidas duas espécies de garantia, representativas de, talvez, a maior contraposição entre a acessoriedade e a autonomia, quais sejam, a fiança e a garantia autônoma.

Com o reconhecimento da existência de figuras que orbitam entre esses dois extremos,⁴⁷ espera-se que as discussões aqui propostas em relação às garantias autônomas e a fiança possam, mediante adaptações, ser também úteis para a avaliação das demais espécies de garantia que não se mostram inteiramente acessórias nem autônomas.

2.1. Garantias autônomas.

As garantias autônomas devem ser entendidas, nas palavras de Mónica Jardim, como:

45 MARTINS-COSTA, Judith; SILVA, Paula Costa e, op. cit., p. 155.

46 Parte do trabalho aproveita de conceitos desenvolvidos pelo autor exclusivamente quanto à garantia autônoma e fiança em: GUILHARDI, Pedro. *Garantias autônomas*. Instrumento para proteção jurídica do crédito. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

47 Veja-se, por exemplo, o caso do aval. Como ocorre nas garantias autônomas, o aval é também autônomo, pois prevalece ainda que a obrigação principal seja nula, ineficaz ou inexistente, a não ser que a nulidade decorra de algum vício de forma, conforme estabelece o parágrafo 2º, do artigo 899, do Código Civil. Na mesma linha disciplina a Lei Uniforme Relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias, firmada em Genebra, em 1931, em seu artigo 32, que a obrigação do avalista se mantém, “mesmo no caso de a obrigação que êle garantiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma”. Diz-se, assim, ser o aval uma garantia substancialmente autônoma e formalmente acessória (GUILHARDI, Pedro, op. cit., p. 233). E, ainda, do seguro-garantia, cuja autonomia é limitada na relação entre segurador e segurado, ausente disposição em sentido contrário, por força do artigo 767 do Código Civil.

um tipo de garantia que, na fórmula mais comum, é prestada por uma entidade, normalmente um banco, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro, uma soma pecuniária previamente acordada, ao beneficiário da garantia, logo que este prove o incumprimento de determinado contrato por parte do terceiro (contrato autônomo de garantia simples) ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação (contrato autônomo de garantia automática ou 'à primeira solicitação'), mas abdicando, desde logo, em ambos os casos, a opor ao beneficiário quaisquer exceções derivadas tanto da sua relação com o terceiro garantido, como da relação jurídica cujo cumprimento garante.⁴⁸

Trata-se de modalidade contratual atípica sob o ponto de vista do direito brasileiro, mas com aceitação doutrinária que corrobora a licitude de tal forma de contratação em respeito à autonomia privada, sendo aplicável por via dos usos e costumes.⁴⁹

Classifica-se como garantia pessoal que amplia a massa de bens sobre a qual o credor poderá satisfazer o seu crédito, por meio da responsabilização de um patrimônio pertencente a outrem.⁵⁰

É, ainda, especial – contrapondo-se à garantia geral prevista no artigo 391 do Código Civil –, pois visa a assegurar de maneira particular a satisfação do crédito do titular da garantia, em caso de não

48 JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 13. Nota-se que tal conceito parte daquele proposto por Francisco Cortez em *A garantia bancária autónoma*: alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 52, 1992, p. 517.

49 Veja-se, a respeito da origem costumeira dessa modalidade de garantia, BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio*: negociação, conclusão, prática. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 236 e 251.

50 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 60.

cumprimento da obrigação, desde a data da constituição da garantia⁵¹ (e não da obrigação, como ocorre na garantia geral), se não acordado em sentido diverso pelos contratantes no âmbito de sua autonomia privada.

Deve-se ter em mente, conforme será detalhado mais adiante, a existência de três relações jurídicas. A relação jurídica base, entabulada entre credor e devedor, e que enseja a obrigação do devedor à contratação da garantia autônoma em favor do credor; a relação jurídica que se estabelece entre o devedor na relação jurídica base (ora ordenador) e o garantidor; e, finalmente, a relação jurídica de garantia, que se estabelece entre credor da relação jurídica base (ora beneficiário) e garantidor.

A autonomia, conforme a definição trazida, diz respeito à irrelevância das relações existentes entre ordenador (devedor da relação jurídica base) e garantidor (banco ou entidade emitente da garantia) e entre beneficiário (credor da relação jurídica base) e ordenador.

Alcançando a relação jurídica entre ordenador e o garantidor, a autonomia significa que não poderá o garantidor ou qualquer das partes alegar vícios ou inadimplementos em relação à contratação da garantia pelo ordenador perante o garantidor para se eximir do pagamento da prestação objeto da garantia.⁵²

Da autonomia decorre, igualmente, a renúncia pelo garantidor de opor ao beneficiário exceções resultantes, primeiro, da relação do garantidor com o garantido/ordenador; segundo, da relação jurídica base, formada entre beneficiário e garantido/ordenador – tudo para assegurar o recebimento pelo beneficiário da prestação da garantia emitida em seu favor.

51 VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 2, 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 418.

52 AFFAKI, Georges; GOODE, Roy. *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*. ICC Services Publications: Paris, 2011, p. 77.

Tema relevante é a determinação dos efeitos que eventual coligação contratual dos diferentes negócios jurídicos que culminam com a contratação das garantias autônomas, pois poderia criar entraves ao resguardo da autonomia.

É preciso distinguir a natureza coligada de duas contratações, insuscetível de ser afastada por acordo dos contratantes, dos efeitos da coligação contratual. A existência de contratos coligados não implica a verificação de todas as consequências jurídicas da coligação,⁵³ como também podem as partes, no âmbito da autonomia privada, afastar os efeitos atinentes à coligação.

E assim o fazem na contratação da garantia autônoma, quer seja expressamente, por meio de cláusula contratual inserta no documento firmado, quer seja por via tácita, ao saberem da natureza jurídica da contratação que estão efetivando.

2.1.1. Determinação da relação de garantia.

A garantia é estabelecida, na maioria das situações,⁵⁴ por meio de uma estrutura triangular,⁵⁵ em que diferentes relações jurídicas e obrigações, alheias à relação jurídica base, se formam. Há, de um lado, o ordenador, normalmente o devedor na relação jurídica base; de outro lado, o beneficiário, necessariamente o credor da relação jurídica base; e por fim o garantidor, que recebe do ordenador o pedido de emissão da garantia em favor do beneficiário.

No âmbito da relação jurídica base se forma uma relação de atribuição⁵⁶ em que se funda a contratação subsequente da garantia.

53 MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

54 Exceção feita às hipóteses em que se faz necessário o acréscimo de outro banco, formando-se uma relação quadrangular.

55 BASSO, Maristela, op. cit., p. 236.

56 Conforme nomenclatura utilizada por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 143).

Nada impede que a relação jurídica base possa advir de uma relação jurídica extracontratual.⁵⁷ De qualquer modo, é no contexto de tal relação que se fixa a obrigação de o devedor contratar e ordenar a emissão de uma garantia autônoma em benefício do credor, o beneficiário. Podem os contratantes estabelecer aqui o texto que constará da garantia, sua modalidade, a instituição que figurará como garantidora, o prazo para emissão do documento etc. Nada impede que o credor da relação jurídica base exija a prévia emissão da garantia como condição para a celebração do contrato ou para que possa produzir efeitos, atuando no plano de sua eficácia.

A segunda relação estabelecida, sem adentrar ao debate acerca de sua natureza no presente momento, entendida pelo autor como um mandato sem representação, se afigura na prestação da garantia pelo garantidor segundo as instruções do ordenador, constituindo o credor da relação jurídica base como beneficiário da garantia,⁵⁸ mediante certa retribuição. É em tal plano que se forma uma relação de cobertura⁵⁹ entre ordenador e garantidor.

Uma vez aceita a emissão da garantia nos termos solicitados pelo ordenador, ordenador e garantidor celebrarão um contrato pelo qual o garantidor se obriga perante o ordenador da ordem, mediante uma contrapartida, a celebrar com o beneficiário o contrato de garantia e efetuar a entrega da prestação prevista no instrumento da garantia, uma vez ocorrido o evento nele especificado.⁶⁰

Em referido contrato firmado entre ordenador e garantidor, estabelecem-se, entre outros regramentos, o direito de reembolso do garantidor caso efetue o pagamento previsto na garantia em favor do

57 CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 552.

58 BASSO, Maristela, op. cit., p. 239.

59 Conforme nomenclatura utilizada por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, op. cit., p. 143).

60 JARDIM, Mônica, op. cit., p. 49.

beneficiário, as eventuais garantias a ser prestadas pelo ordenador frente ao garantidor, incluindo-se a possibilidade de o garantidor, caso seja instituição financeira na qual o ordenador movimente ou invista recursos, levantar numerário do ordenador naquele banco.⁶¹

Por fim, a relação de garantia propriamente dita, no seio da qual o garantidor obriga-se perante o beneficiário a lhe pagar a prestação avençada tão logo lhe seja apresentada pelo beneficiário a prova do incumprimento da prestação garantida (garantia autônoma simples) ou logo que simplesmente o beneficiário interpele o garantidor para lhe pagar a prestação (garantia autônoma à primeira demanda).

No que tange aos seus efeitos, a relação de garantia revela um contrato unilateral ou não-sinalagmático, eis que gera obrigação apenas para o garantidor, não havendo uma contraprestação ao garante pelo beneficiário.⁶²

Essencialmente, por meio da garantia autônoma, o garantidor assegura ao beneficiário a verificação de um certo resultado, sem que se obrigue a produzir tal resultado, responsabilizando-se pelo risco da sua não realização, mediante o pagamento ao beneficiário de quantia monetária pré-acordada, independentemente de culpa do ordenador. Não assume, portanto, a obrigação de cumprir a prestação tal qual assumida pelo ordenador,⁶³ mas outra,⁶⁴ própria do garantidor perante o beneficiário, sem qualquer intervenção do ordenador, o que é fator determinante para também se aferir a autonomia do instrumento de garantia perante o negócio jurídico subjacente.

61 CORTEZ, Francisco, op. cit., p. 523.

62 MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 141. No mesmo sentido: VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, op. cit., p. 130.

63 JARDIM, Mônica, op. cit., p. 36.

64 Ainda que coincidentes em termos de natureza. Por exemplo, a prestação contida na relação jurídica subjacente pode representar quantia monetária, ao passo que a prestação da garantia autônoma será também representada por uma obrigação pecuniária, geralmente em percentual pré-estabelecido do montante global da obrigação principal.

O pagamento pelo garantidor dá ensejo a duas consequências principais: primeiro, nasce a pretensão do garantidor de se ver ressarcido por sub-rogação, que se opera não *ope legis*, mas em razão de convenção,⁶⁵ nos direitos que o beneficiário tinha contra o ordenador.⁶⁶ Ausente convenção, pode o garantidor se socorrer das regras dos artigos 676 e 678 do Código Civil, relativas ao mandato.⁶⁷ O garantidor, portanto, constitui-se credor do ordenador tão logo o pagamento ocorra, podendo exercer o seu direito de regresso;⁶⁸ segundo, sendo a prestação da garantia distinta daquela do contrato base, remanescendo ao beneficiário interesse útil no adimplemento da obrigação assumida pelo ordenador no contrato base, poderá assim perseguir, sem prejuízo de eventual indenização, tudo a depender, evidentemente, dos termos e contexto da contratação entre ordenador e beneficiário.

No âmbito da relação de garantia, a prestação prevista deve representar uma soma em dinheiro, independentemente da natureza da obrigação assumida na relação jurídica base.⁶⁹

Apesar da liberdade de acordo relativamente à natureza da prestação em caso de chamamento da garantia, certo é que se deve ter em conta a pertinência entre a prestação e os negócios desenvolvidos pelo garantidor. Mais importante, deve a prestação ser suscetível à avaliação pecuniária objetiva, isto é, por mera conversão de valores, taxas ou cotações. Daí porque se diz que a prestação do garantidor é um objeto monetário⁷⁰ ou pecuniário.⁷¹

65 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. 869.

66 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, op. cit., p. 146.

67 GUILHARDI, Pedro, op. cit., p. 178.

68 MATIAS, Armindo Saraiva. *Garantias bancárias activas e passivas*. Lisboa: Scripto, 1999, p. 34.

69 MARTINEZ, Pedro Romano, PONTE, Pedro Fuzeta da, op. cit., p. 125.

70 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 212.

Por outro lado, a previsão na garantia autônoma de uma prestação *in natura*, em que o garantidor se obriga ao cumprimento da prestação inadimplida na relação jurídica base, arcando com todos os seus custos, não se mostra recomendável, pelo menos no âmbito da prática das garantias autônomas, ante a dinâmica e liquidez buscada em tal modalidade. Se assim ocorrer, ter-se-á outra figura – a *surety bond*⁷² que não engloba o escopo do presente trabalho.

2.2. Fiança.

A fiança é regulada no âmbito do direito civil brasileiro pelos artigos 818 e seguintes do Código Civil. Deve ser entendida como o contrato típico, por meio do qual “uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.⁷³

Trata-se de garantia que pressupõe a existência de segundo patrimônio, o do fiador que vai, cumulativamente com o patrimônio do devedor, responder pelo pagamento da dívida, em reforço quantitativo de satisfação de seu crédito.⁷⁴ Em acréscimo ao devedor, que responde por dívida própria com o seu patrimônio, tem-se o fiador, que responde por dívida alheia com patrimônio próprio.⁷⁵

Tendo como critério os efeitos, a fiança pode ser tanto bilateral quanto unilateral, ao contrário das garantias autônomas que são

71 MATIAS, Armindo Saraiva, op. cit., p. 33.

72 Em países da common law inglesas e americanas, as empresas que assumem tal modalidade de prestação são denominadas *bonding companies*. Alguns garantidores, como companhias de seguros, podem se comprometer não só ao pagamento de quantias em dinheiro mas também, alternativamente e geralmente à escolha do garantidor, a adotar outras medidas necessárias em vista da execução do contrato (STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 165).

73 Código Civil, artigo 808.

74 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, op. cit., p. 83.

75 MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da, op. cit., p. 87.

unilaterais. Em se tratando de fiança onerosa, em que se pactua remuneração devida ao fiador, há obrigações principais e correlativas para ambos os contratantes, hipótese em que o contrato será bilateral. De outro lado, sendo o contrato gratuito, tem-se obrigações apenas por parte do fiador, de modo que será o contrato unilateral.⁷⁶

A fiança tem caráter acessório,⁷⁷ característica que lhe é imprescindível e, portanto, inderrogável, ainda que por acordo entre as partes.⁷⁸ Se assim o fizerem, contrataram outra modalidade de garantia, mas não a fiança.

A acessoriedade significa que “a existência de um fiador na relação de obrigação representa para o credor uma garantia secundária em relação à normal garantia patrimonial que dispõe contra o devedor principal”,⁷⁹ ao passo que nas garantias autônomas “o garantidor não assume o débito do devedor, mas se obriga para com o credor [beneficiário] através da assunção de dívida própria, avocando para si a responsabilidade pelo risco de não-pagamento da obrigação assegurada”.⁸⁰

Como explica Gabriel Seijo Leal de Figueiredo, “em razão da acessoriedade, deve haver uma identidade entre as prestações que resultam da fiança e da obrigação principal” – o que não quer dizer que, sob o ponto de vista ontológico, o objeto da fiança se confunda

76 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

77 O Código Civil brasileiro deixa clara em diversos artigos a acessoriedade da fiança. Veja, por exemplo: “Art. 837. O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor”. “Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor. Parágrafo único. A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor.”

78 MARTINEZ, Pedro Romano, PONTE, Pedro Fuzeta da, op. cit., p. 87; FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, op. cit., p. 54.

79 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, op. cit., p. 868.

80 Loc. cit.

com o da obrigação principal, mas sim que este constitui a medida daquele.⁸¹

Em outras palavras, a prestação da fiança equivale à prestação do afiançado perante o seu credor, constituindo-se obrigação de adimplemento.⁸² Fala-se, ainda, de “mesmo objeto da obrigação principal”.⁸³ São dois patrimônios respondendo pela mesma dívida.⁸⁴ Assume o fiador obrigação equivalente à do afiançado.⁸⁵

Efeito da acessoriedade é que a fiança fica subordinada à obrigação afiançada,⁸⁶ e a acompanha, embora não se confunda com o contrato principal, que é diferente, pois acessoriedade não se confunde com identidade.⁸⁷ De maneira ampla, diz-se que, em razão da acessoriedade, a extinção da obrigação principal acarreta a extinção da fiança, que se opera automaticamente. Há, portanto, dependência extintiva.⁸⁸

No âmbito da validade, a acessoriedade determina que a invalidade do negócio principal contamina a fiança, nos termos do artigo 184 do Código Civil, exceção feita à nulidade do negócio principal decorrente de incapacidade pessoal do afiançado, não sendo mútuo

81 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, op. cit., p. 123.

82 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, op. cit., p. 863-874, p. 872.

83 ATAÍDE, Daniel Medina. A garantia autônoma e a fiança: distinções e divergências. In: MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (coord.). *Garantias das obrigações*: publicações dos trabalhos do mestrado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 175-205, p. 190.

84 MARTINEZ, Pedro Romano, PONTE, Pedro Fuzeta da, op. cit., p. 94.

85 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.

86 MARTINEZ, Pedro Romano, PONTE, Pedro Fuzeta da, op. cit., p. 87.

87 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, op. cit., p. 53.

88 SILVA, João Calvão da. Garantias acessórias e garantias autônomas. In: *Estudos de direito comercial* (Pareceres). 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 334.

feito a pessoa menor. Do mesmo modo, a eficácia da fiança estará subordinada à exigibilidade do negócio principal, de modo que a sujeição do negócio principal a termo, condição ou encargo afetará a fiança do mesmo modo que a obrigação garantida.⁸⁹

Havendo acessoriedade, poderá o fiador opor à pretensão do credor as exceções que competiriam ao devedor principal, de modo que, “havendo motivo de descumprimento por parte do afiançado, escusa-se o fiador do pagamento com base nesse mesmo motivo, independentemente de sua natureza”.⁹⁰

Explica-se daí a razão de ser da parte final do artigo 823 do Código Civil, não se admitindo a fiança que ultrapasse o valor da dívida afiançada ou que seja mais onerosa do que esta.⁹¹ Fiador e afiançado são devedores de prestações equivalentes, embora possam não ser idênticas quanto à extensão. Não pode, portanto, a obrigação da fiança ser diversa da obrigação do afiançado, sob pena de uma *contraditio in adjecto*, em violação à natureza acessória da fiança.⁹²

Poderá, por outro lado, a fiança ser limitada, conforme estatui o artigo 823 do Código Civil, respondendo o fiador na exata medida daquilo que afiançou. A limitação poderá abranger a assunção pelo fiador de somente parte das prestações assumidas pelo afiançado perante o credor ou a assunção das prestações assumidas em caráter menos oneroso.⁹³

Há, contudo, a possibilidade de a fiança ser firmada para garantir o pagamento de uma indenização ou multa pelo não cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer do afiançado,⁹⁴

89 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, op. cit., p. 55.

90 GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez, op. cit., p. 301.

91 BARRETO, Lauro Muniz. *Direito bancário*. São Paulo: Universitária do Direito, 1975, p. 404.

92 Ibidem, p. 405.

93 MATIAS, Armindo Saraiva, op. cit., p. 24.

94 SODERO FILHO, Fernando Pereira. *Garantias nas operações de crédito*. Cadernos IBCB 8, p. 33.

desde que a indenização ou multa constituam obrigações resultantes da relação jurídica principal.

Uma vez paga a integralidade da dívida, o fiador sub-roga-se no direito do credor, operando-se a sub-rogação legal, prevista no artigo 831 do Código Civil. Cumulativamente, tem o fiador direito a ser indenizado pelos prejuízos suportados pelo, nos termos do artigo 832 do Código Civil, além dos juros legais, caso não tenha sido contratada outra taxa, conforme texto do artigo 883 do Código Civil.⁹⁵

O pagamento integral da dívida pelo fiador, em caso de fiança ilimitada, dada a identidade das prestações, extingue a obrigação do afiançado perante o credor, embora o afiançado deva responder perante o fiador. Em se tratando de fiança limitada, a obrigação do afiançado perante o credor é extinta até o limite do valor pago, remanescendo quanto ao saldo restante.

2.2.1. Determinação da relação de garantia.

A fiança abrange uma estrutura tripartite, em relação triangular,⁹⁶ a exemplo do que ocorre com as garantias autônomas. Tem-se, de um lado, o devedor da relação jurídica base, denominado afiançado; de outro lado o credor da mesma relação, beneficiário da fiança; e o fiador, aquele que garante a obrigação assumida pelo afiançado perante o credor.

A existência da estrutura tripartite não deve ser entendida, da mesma maneira como acontece com as garantias autônomas, como a formação de um contrato de fiança envolvendo três pessoas, embora se admita a existência de um contrato plurilateral formado entre credor, devedor e fiador.⁹⁷ A fiança integra um complexo de relações jurídicas coligadas, denominadas de operação de fiança.⁹⁸

95 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, op. cit., p. 162-163.

96 Ibidem, p. 48.

97 VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, op. cit., p. 86.

98 FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de, op. cit., p. 47.

Com efeito, a fiança é firmada entre fiador e credor diretamente, aperfeiçoando-se o contrato com a chamada relação externa, que é a relação fidejussória propriamente dita,⁹⁹ mesmo sem consentimento ou contra a vontade do devedor, a teor do artigo 820 do Código Civil. É a relação equivalente à de garantia que se estabelece no âmbito da garantia autônoma.

O controle de vários aspectos da relação fidejussória, dada a sua acessoriedade, é dado pela relação credor-afiançado, designada de valuta ou interna. É a relação que dá nascimento às obrigações garantidas.¹⁰⁰ Equivale à relação jurídica base no âmbito da operação envolvendo a contratação da garantia autônoma.

3. Impossibilidade superveniente e relações de garantia.

3.1. Nas garantias autônomas.

Serão avaliados os cenários de impossibilidade superveniente absoluta, impossibilidade superveniente absoluta parcial e impossibilidade absoluta temporária, excetuando-se a impossibilidade superveniente relativa, pois não se presta a decretar a inimputabilidade do devedor, bem assim não extingue a relação contratual, isto é, são incapazes de produzir quaisquer efeitos na relação jurídica.

Dada a autonomia de que se revestem as garantias estudadas no presente item, os cenários serão divididos, conforme afetem a relação jurídica base ou a relação de garantia. A divisão se justifica por se tratar de negócios jurídicos com credores e devedores distintos, bem assim contemplando prestações distintas, pois, vale lembrar, a

99 Loc. cit.

100 Loc. cit.

prestação devida pelo garante é própria em favor do beneficiário e não correspondente àquela do contrato subjacente.

3.1.1. Impossibilidade superveniente absoluta.

3.1.1.A) Da relação jurídica base.

Retoma-se que a relação jurídica base não tem perfeita identidade de contraentes que figuram no contrato de garantia. Apenas o credor da relação jurídica base figura em ambos os negócios jurídicos, também como credor no âmbito da relação de garantia, sob a denominação de beneficiário.

Deve-se ter em mente, ainda, tratar-se o contrato de garantia de obrigação própria do ente garantidor perante o beneficiário, a ser regulada pelos termos do contrato de garantia – e não por quaisquer outras disposições da relação jurídica base.

Por fim, necessário determinar que a prestação da relação jurídica base, objeto da garantia prestada em benefício do beneficiário, não correspondente à prestação contida na relação de garantia.

Anota-se a posição de Luciano Pontiroli,¹⁰¹ segundo o qual, contudo, o garantidor assume o cumprimento de uma obrigação secundária – e não primária – correspondente a um percentual do valor do contrato base conforme estipulação desse mesmo instrumento. De tal modo, afirma o autor que a obrigação do garantidor corresponde à obrigação do ordenador perante o beneficiário, fixada por meio de uma cláusula penal.

Não parece ser adequado o enquadramento citado. E tal se dá porque a obrigação constituída por meio da garantia autônoma inde-

101 Ver a esse respeito: JARDIM, Mônica, op. cit., p. 36-37.

pende da existência de culpa do ordenador para surgir a obrigação de pagamento pelo garantidor, pois, como esclarece Mônica Jardim, em tal modalidade, “o beneficiário fica ao abrigo do risco de incumprimento, mesmo do incumprimento conexo com circunstâncias inimputáveis ao devedor”,¹⁰² o que não aconteceria se se tratasse de uma garantia ao cumprimento de cláusula penal, cujo pressuposto é a existência de uma infração culposa da obrigação primária, independentemente da natureza da cláusula penal.¹⁰³

O fato, ademais, de a prestação contida na garantia corresponder a um percentual do valor do contrato base apenas ratifica a ausência de identidade entre as prestações que, ademais, tem credores e devedores, em cada caso, distintos. A natureza da prestação pode ser idêntica, mas não significa que a prestação garantida seja tal qual ou mesmo corresponda à prestação contida no contrato de garantia.

Colocados tais elementos, ausente a estipulação contratual em sentido diverso, está o beneficiário assegurado dos riscos que advenham de impossibilidade de cumprimento da obrigação garantida em caso de incumprimento decorrente de eventos não imputáveis ao ordenador – isto é, o pagamento independe da culpa do ordenador no contexto de seu inadimplemento. Em resumo, poderá o beneficiário ver-se ressarcido pela prestação prevista na garantia em caso de eventos excepcionais e imprevisíveis, força maior etc.¹⁰⁴

Tem-se, assim, que a impossibilidade superveniente absoluta que venha afetar a continuidade da relação jurídica base não tem o condão de, por si só, impedir o acionamento da garantia e, preenchidos os requisitos contidos no instrumento de garantia, tampouco obstam o pagamento do valor garantido, salvo hipóteses excepcionais de flagrante abuso de direito e má-fé pelo beneficiário.

102 Ibidem, p. 37.

103 Ibidem, p. 36-38.

104 Ibidem, p. 39.

O que se deve ter em mente, contudo, é que a discussão sobre a ocorrência de evento superveniente absoluto e seus efeitos perante o contrato base dar-se-á sob a modalidade *solve et repete*, isto é, beneficiário demanda e recebe o valor garantido e, em paralelo, se de interesse do ordenador, deve ele acionar o beneficiário para litigar sobre a relação jurídica base. Caso o ordenador saia vitorioso da disputa, então deverá ser restituído dos valores pagos no âmbito da relação de garantia.

3.1.1.B) Da relação de garantia.

Entende-se que, por ter a relação de garantia (no caso das garantias autônomas aqui referenciadas) prestação pecuniária, a relação estabelecida entre beneficiário e ordenador não poderá, em tese, ser atingida por impossibilidade superveniente absoluta e definitiva, mas apenas temporária – o que será visto adiante.

Ainda que se considere um cenário de alteração de moeda, seu padrão ou tipo, “é preciso levar em conta que o dever de prestar em dinheiro não se refere a determinada moeda; mesmo que o padrão ou o tipo da moeda seja modificado em geral, nem por isso terá ocorrido a impossibilidade de prestar. Essa conclusão é corolário do valor-soma dinheiro”.¹⁰⁵

Sob o ponto de vista do beneficiário, deve-se lembrar que o contrato de garantia é não-sinalagmático, pelo que não há, pelo beneficiário, qualquer obrigação perante o garantidor. Assim, não poderá a prestação ser atingida por impossibilidade superveniente absoluta, eis que inexistente qualquer prestação.

¹⁰⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do, op. cit., p. 146.

3.1.2. Impossibilidade superveniente absoluta parcial.

3.1.2.A) Da relação jurídica base.

No âmbito da relação jurídica base, acaso eventos supervenientes e não imputáveis acarretem impossibilidade parcial da prestação, constatou-se que o devedor estará liberado da parte afetada pelo evento, mantendo-se a relação obrigacional no que se refere à parte não atingida pelo infortúnio, desde que mantido o interesse útil ao credor.

Seria, assim, intuitivo, a exemplo do que ocorre no regramento dos artigos 235 e 567 do Código Civil, o abatimento da contraprestação devida pelo credor, mas também a alteração dos termos da garantia, em especial do valor garantido, assumindo-se que os riscos a que se submeteu originariamente o credor sejam reduzidos com a impossibilidade superveniente e parcial da prestação.

De fato, a impossibilidade superveniente parcial, que reduza a prestação e contraprestação devidas por devedor e credor, respectivamente, possibilita aos contraentes acordar a redução do valor garantido, exigindo-se, para tanto, em razão da autonomia e independência do instrumento de garantia frente ao contrato base, aditivo à garantia autônoma, que em nenhuma medida se alterará automaticamente apenas por alterações havidas no âmbito da relação jurídica subjacente.

O aditamento das garantias autônomas é um importante mecanismo para manter os seus termos de acordo e atualizados com as evoluções obrigacionais entre ordenador e beneficiário da relação jurídica base. Devem a ele consentir o ordenador – mediante ordem ou autorização ao beneficiário para implementação do aditivo –, o garantidor – cuja emissão da garantia aditada faz presumir o seu consentimento – e, finalmente, o beneficiário, que deverá assentir com o aditivo perante o garantidor.

Tendo em vista que se trata de instrumento autônomo, seu valor, por exemplo, não pode automaticamente se ajustar para refletir adimplementos parciais realizados no contexto da relação jurídica base. Assim, por exemplo, uma garantia autônoma emitida com valor de R\$ 1.000,00 para assegurar o pagamento de dez prestações mensais de R\$ 100,00 não pode ter o seu montante reduzido, ainda que não haja controvérsia em relação ao cumprimento das prestações periódicas.

Em regra, a garantia, enquanto não aditada, para o fim de reduzir o valor garantido decorrente da impossibilidade superveniente absoluta parcial de certa obrigação contida no contrato subjacente, continua a ser passível de demanda para pagamento pelo valor integral até o seu vencimento, desde que cumpridas as condições documentárias previstas no instrumento respectivo e desde que não configurado manifesto abuso de direito ou má-fé do beneficiário. Cabe, *a posteriori*, ao ordenador, reaver o montante eventualmente pago a maior em disputa voltada para essa finalidade, quer seja arbitral ou judicial.

Por outro lado, nada impede que a própria garantia contenha regras disciplinando a redução do seu montante, quer seja por ocasião de uma certa data, quer seja pela ocorrência de determinado evento.¹⁰⁶ Como explica Irineu Strenger, em se tratando de garantia de adiantamento de sinal, por exemplo, pode ser oportuno convenicionar no texto da garantia a redução *pro rata* de seu montante, à medida que devoluções parciais sejam efetuadas pelo ordenador, da mesma maneira que as garantias de boa execução podem ter seu valor reduzido em contrapartida à execução parcial das obrigações da relação jurídica base.¹⁰⁷

Nesse contexto, mostra-se cada vez mais frequente – por exemplo em contratos de engenharia – a previsão na garantia de

106 GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez, op. cit., p. 313.

107 STRENGER, Irineu, op. cit., p. 161.

emissão de um certificado de progresso, por um terceiro, como forma de validamente promover a redução do valor garantido, de acordo com o progresso dos serviços prestados.¹⁰⁸

3.1.2.B) Da relação de garantia.

Em razão da natureza pecuniária da prestação de garantia, que, aliás, é unilateral em seus efeitos – posto que a prestação é devida pelo garante ao beneficiário tão-somente –, tem-se, até o limite dos conhecimentos acumulados, que a prestação pecuniária não é suscetível de impossibilidade absoluta superveniente parcial, tornando prejudicada a discussão a respeito da inimputabilidade e da extinção do vínculo obrigacional de garantia.

3.1.3. Impossibilidade superveniente absoluta temporária.

3.1.3.A) Da relação jurídica base.

Tal qual ocorre na hipótese de impossibilidade superveniente parcial e absoluta definitiva, a impossibilidade superveniente absoluta, mas temporária, não impedirá que o beneficiário acione o garantidor para que cumpra a obrigação prevista na garantia, respeitadas as condições documentárias do instrumento, bem assim ausente abuso de direito e má-fé pelo beneficiário.

Apenas com eventual aditamento da garantia, mediante consentimento dos envolvidos nos termos já delineados em item anterior, reconhecendo-se a impossibilidade superveniente temporária, é que estará o beneficiário impedido de desde logo acionar a garantia.

108 GHIRARDI, Maria do Carmo Garcez, op. cit., p. 314.

Evidentemente, em se tratando a obrigação subjacente de negócio jurídico fixo, e desde que a impossibilidade superveniente manifeste efeitos até o dia em que seria satisfeita a obrigação ou até quando deveria ter sido adimplida, ou, ainda, cessado o interesse útil ao credor, a impossibilidade converter-se-á em definitiva, pelo que o acionamento da garantia se mostra cabível em tal hipótese, ao mesmo tempo em que eventual aditamento da garantia seria incompatível com o término do vínculo obrigacional.

Eventuais discussões relativas à ocorrência, ou não, da impossibilidade superveniente absoluta temporária, deverá se dar em momento posterior ao acionamento pelo beneficiário e pagamento pelo garantidor da prestação avençada, em procedimento judicial ou arbitral próprio, conforme o caso, envolvendo ordenador e beneficiário.

3.1.3.B) Da relação de garantia.

A prestação pecuniária que constitui a obrigação de garantia é passível, em hipóteses excepcionais, de ser afetada de maneira absoluta temporariamente. Veja-se:

Também nas prestações em dinheiro pode-se verificar, ainda que temporariamente, a impossibilidade absoluta ou objetiva de pagar, nos termos em que a entendemos, quando, por exemplo, em consequência de uma revolução, ou de um ato governamental, são fechados todos os bancos e estabelecimentos, criando-se, assim, um obstáculo geral à obtenção de recursos pecuniários.¹⁰⁹

Havendo tal obstáculo intransponível para a obtenção de recursos, tem-se a impossibilidade absoluta temporária, pelo que,

109 FONSECA, Arnaldo Medeiros da, op. cit., p. 191.

como já antes delineado, a exigibilidade da prestação ficará suspensa, bem assim não incidirão os efeitos da mora, pelo que o pagamento poderá ser escusado pelo garantidor, enquanto perdurar a impossibilidade absoluta.

3.2. Na fiança.

Tal qual nas garantias autônomas, apenas não será objeto de estudo a impossibilidade superveniente relativa, pois incapaz de produzir quaisquer efeitos na relação jurídica.

Dada a acessoriedade de que se reveste a fiança, por outro lado, não serão tratadas de maneira distinta a relação jurídica subjacente da relação jurídica de garantia, pois segue, na maior parte dos casos, regimes idênticos, ante a correspondência da prestação em ambos os negócios jurídicos.

3.2.1. Impossibilidade superveniente absoluta.

A equivalência entre as prestações da relação interna e fidejussória da fiança permite concluir que a impossibilidade superveniente absoluta atingirá, de igual maneira, ambas as relações obrigacionais, quer seja do credor e devedor, quer seja do credor e fiador. Extingue-se, portanto, tanto o contrato principal, quanto o seu acessório.

Mesmo na hipótese de fiança cuja prestação é de pagamento de multa ou indenização em favor do credor, vinculada ao incumprimento do contrato principal pelo devedor, resta evidente que, não havendo imputabilidade ao devedor, estará igualmente o fiador exonerado da obrigação de pagamento, com extinção do vínculo obrigacional, pois a indenização ou multa, para serem exigíveis, dependerão da imputabilidade ao devedor.

3.2.2. Impossibilidade superveniente absoluta parcial.

Na ocorrência de eventos supervenientes e não imputáveis que acarretem impossibilidade parcial da prestação, constatou-se que o devedor estará liberado da parte afetada pelo evento, mantendo-se a relação obrigacional no que se refere à parte não atingida pelo infortúnio, desde que mantido o interesse útil ao credor.

Em razão da acessoriedade e identidade das prestações da relação fidejussória e externa, a prestação do fiador será reduzida na mesma medida e extensão da parte afetada pela impossibilidade, independentemente de aditamento da garantia.

Eventual fiança que tenha por prestação o pagamento de multa ou indenização pré-fixada ao credor, em caso de descumprimento da relação externa pelo devedor, terá, em princípio, também a prestação da relação fidejussória reduzida na mesma medida e proporção da parcela da prestação afetada pelo evento que acarretou a impossibilidade parcial, respeitada a intenção comum dos contraentes e contexto da contratação de tal multa e/ou indenização.

É preciso identificar, no caso concreto, se a impossibilidade que afetou parte da prestação teria o condão de, efetivamente, reduzir eventuais perdas pelo credor, pois ainda que parcela da prestação tenha se tornado inexigível, o prejuízo a ser experimentado pelo credor pode não ser menor apenas porque houve impossibilidade absoluta parcial.

A redução proporcional do *quantum* indenizatório pré-fixado na relação fidejussória, a depender da situação fática e do contexto da contratação, poderá ser reduzido com fundamento no artigo 413 do Código Civil, mediante apreciação equitativa do julgador, que poderá levar em consideração a impossibilidade que atingiu parte da obrigação inserida no âmbito da relação credor-devedor, desde que, evidentemente, objetivamente aferível a redução da dívida garantida.

Havendo pelo fiador apenas a obrigação de indenizar o credor, sem pré-fixação da quantia, mas das perdas incorridas e devida-

mente comprovadas, então a obrigação restará ilesa, atingindo, possivelmente, apenas o *quantum* de futuro pleito indenizatório devido ao credor, já que parte da prestação havia sido atingida por impossibilidade.

3.2.3. Impossibilidade superveniente absoluta temporária.

A ocorrência de evento que acarreta a impossibilidade superveniente absoluta, mas temporária, terá o efeito de tornar inexigível, enquanto perdurar a impossibilidade, as prestações, tanto advindas da relação externa, quanto a que lhe corresponde na relação fidejussória.

Fianças que assegurem indenização ou multa ao credor em função de descumprimentos no âmbito da relação devedor-credor não serão exigíveis em função da impossibilidade temporária, ausente imputabilidade ao devedor.

Conclusão.

Sob o ponto de vista da impossibilidade da prestação, o trabalho pretendeu absorver conceitos e interpretações recentes que, de alguma maneira, se descolam de antigas percepções doutrinárias brasileiras sobre o tema.

Por exemplo, demonstrou-se que o efeito da extinção do vínculo obrigacional não se refere à classificação da impossibilidade como subjetiva ou objetiva, mas sim à luz da relatividade ou do caráter absoluto da impossibilidade.

De igual modo, objetivou estabelecer contornos suscetíveis de aplicação em casos concretos relativos à impossibilidade de prestar por insuficiência de recursos por parte do devedor, sendo certo que no âmbito do vínculo obrigacional, ausente regramento em sentido

diverso pelo ordenamento civil, a obrigação continua sendo exigível – devendo o tema ser apreciado à luz da responsabilidade patrimonial e às exceções da garantia geral, como é o caso dos bens impenhoráveis.

Desenvolvidos tais conceitos, entrelaçou-se a impossibilidade superveniente com o tema das garantias, sob a lupa da autonomia e da acessoriedade, que traduzem, em realidade, a vinculação da garantia a um negócio jurídico subjacente. Embora pareça ser tal metodologia apenas uma, entre outras, que possam tratar da impossibilidade nas relações de garantia, entende-se ser a mais adequada, pois não desfigura as finalidades precípua de cada modalidade de garantia.

Espera-se que as soluções propostas para a fiança e garantias autônomas possam ser úteis, de igual modo, para figuras que se encontrem no meio do caminho entre a acessoriedade e autonomia.