

O RISCO NO SEGURO GARANTIA E O INADIMPLEMENTO ANTERIOR AO TERMO

SURETY BONDS, RISK AND THE ANTICIPATORY BREACH OF CONTRACT

Aline de Miranda Valverde Terra*

Bernardo Salgado**

Resumo: O objetivo deste artigo consiste na análise dos efeitos produzidos pelo inadimplemento anterior ao termo nos contratos de seguro garantia. Para tanto, delineiam-se sucintamente a estrutura e a função do seguro garantia, examina-se o risco assumido pela seguradora, e enfrentam-se, então, os efeitos que o inadimplemento anterior ao termo é capaz de produzir nessa modalidade de seguro.

Palavras-chave: Seguro garantia. Risco. Inadimplemento anterior ao termo. Inadimplemento antecipado.

Abstract: The purpose of this article is to analyse the effects produced by an anticipatory breach of contract in the surety bonds regime. For this purpose, the article briefly outlines the structure and function of surety bonds, examines the risk assumed by the insurer, and then addresses the effects that an anticipatory breach of contract is capable of producing in this type of relation.

Keywords: Surety bond. Risk. Anticipatory breach of contract.

1. Introdução

A despeito de sua crescente utilização na praxe negocial, o seguro garantia constitui negócio jurídico ainda pouco explorado pela doutrina brasileira. São escassos os estudos acerca do tema, em especial sob perspectiva civilista. Ainda mais raras são as investigações voltadas a analisar a interação do seguro garantia com o *inadimplemento anterior ao termo*, a reforçar a necessidade de se examinar, com maior acuidade, não apenas a estrutura e função do seguro garantia, como também os efeitos do inadimplemento anterior ao termo nessa espécie de contrato de seguro. Eis, precisamente, o escopo do presente artigo.

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Mestre e Doutora em Direito Civil pela UERJ. Coordenadora Editorial da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Sócia fundadora do Escritório Aline de Miranda Valverde Terra Consultoria Jurídica. E-mail: aline@amvt.com.br. **Orcid id:** 0000-0002-1100-2955.

** Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Professor Convidado da Pós-Graduação em Direito dos Contratos oferecida pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Membro do Conselho Assessor da Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Advogado no Escritório Terra Tavares Ferrari Elias Rosa. E-mail: bsalgado@terratavares.com.br. **Orcid id:** 0000-0003-1541-2051.

Para tanto, o texto se estrutura em quatro outras seções, a par desta introdução. Na primeira, fornece-se sucinto delineamento geral dos seguros garantias; na segunda, examina-se o risco assumido pela seguradora; na terceira, coloca-se em foco o inadimplemento anterior ao termo e a relação de seu regramento com o seguro em análise; por último, são elencadas as principais conclusões alcançadas no desenvolvimento do trabalho.

2. Estrutura e função do seguro garantia

O seguro garantia – ou *seguro de garantia de obrigações contratuais*, como costumava ser denominado¹ – encerra negócio jurídico que envolve, a um só tempo, três sujeitos negociais: a seguradora, o tomador do seguro (ou “devedor do contrato principal”) e o segurado (também designado “beneficiário” ou, ainda, “credor do contrato principal”). O tomador contrata o seguro garantia precisamente para assegurar os riscos de inadimplemento da obrigação assumida com o credor no contrato principal.

O instituto é de história ainda recente no Brasil. Noticia-se que a primeira apólice dessa modalidade de seguro foi emitida em solo nacional apenas em 1972, para assegurar contrato de fornecimento de sistemas de controle para o metrô do Estado de São Paulo.² Sua disseminação foi impulsionada a partir dos anos 1990, diante da subscrição, pelo Brasil, do Acordo de Basileia, que estabeleceu limitações em razão das quais as instituições financeiras dos países signatários passaram a atuar com maior rigor nas operações de concessão de crédito.³ A partir de então, por não tomar limite de crédito tanto dos afiançados como das próprias instituições financeiras, o seguro garantia passou, paulatinamente, a substituir a tradicional garantia fidejussória, e ganhou amplo espaço na prática comercial.⁴

Esta seção pretende fornecer breve síntese acerca do perfil geral do seguro garantia, apresentando nas próximas linhas: i) o conceito do instituto; ii) a disciplina

¹ COMPARATO, Fábio Konder. Seguro de garantia de obrigações contratuais. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 350-369.

² POLETTO, Gladimir Adriani. *O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Funseg, 2003, p. 32.

³ É o que noticia a Escola Nacional de Seguros na obra *Seguro Garantia*. 7. ed. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Seguros, 2016, p. 11.

⁴ A informação é disponibilizada pela FINEP – Financiadora de Estudos e Projetos em <<http://www.finep.gov.br/noticias/todas-noticias/4261-finep-passa-a-aceitar-seguro-garantia-em-operacoes-de-credito>>. Acesso em 25.04.2020.

normativa que lhe é aplicável; iii) as modalidades de seguro garantia praticadas no direito brasileiro; e iv) a dissociação entre o seguro garantia e os dois institutos cujas feições, estrutural e funcionalmente, dele se aproximam, providência necessária para que também se estabeleça a natureza jurídica da figura objeto desta análise.

No que tange, portanto, ao conceito, o art. 757 do Código Civil define o seguro como o contrato pelo qual “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. O art. 2º da Circular nº 477/2013 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), por sua vez, esclarece que o “Seguro Garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado”. A interpretação conjunta dos dois dispositivos permite concluir que, na modalidade em análise, o risco assumido pelo segurador é o incumprimento, pelo tomador, da obrigação assumida perante o segurado, credor da obrigação instituída no contrato principal. Celebra-se o contrato a fim de resguardar o credor da relação jurídica principal da eventualidade de o devedor não honrar a obrigação contraída. Assevera-se, assim, que “é a inadimplência das obrigações que será garantida pela apólice”,⁵ instrumento em que o contrato de seguro se consubstancia.

O *interesse segurável* reside no crédito em favor do segurado,⁶ pelo que parte da doutrina qualifica esta modalidade como espécie dos seguros instituídos em favor de terceiro.⁷ O liame contratual se constitui entre o tomador e a seguradora, dispensando-se a manifestação de vontade do próprio segurado para que a contratação se aperfeiçoe.⁸ O prêmio, por sua vez, é estabelecido de acordo com a avaliação de performance realizada pela seguradora quanto às perspectivas de cumprimento da obrigação pelo tomador.⁹ E

⁵ BURANELLO, Renato Macedo. *Do contrato de seguro: o seguro garantia de obrigações contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 175.

⁶ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O seguro-garantia sob a modalidade de antecipação de pagamentos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 17, jul./set. 2012, item 2.4.

⁷ “O risco transferido à seguradora é o de inadimplemento do tomador, pessoa jurídica diferente daquela para a qual o seguro é contratado, habitualmente chamado de segurado. Ora, se o risco assegurado é o de inadimplemento do próprio tomador, o terceiro a favor do qual a garantia é contratada tem muito mais a feição de um beneficiário do que o de um segurado propriamente dito (...)” (GOLDBERG, Ilan. *O contrato de seguro D&O*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 343).

⁸ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O seguro-garantia sob a modalidade de antecipação de pagamentos, cit., item 2.2.

⁹ Afirma-se, nesse sentido, que “o seguro garantia tem um perfil muito diferente do risco de outras carteiras. Se naquelas a atuária é a nossa grande conselheira e de fundamental importância, nos trazendo as informações estatísticas dos índices de sinistralidade e das taxas que devemos aplicar, no seguro garantia é muito diferente, pois ali trabalhamos com agrupamento de risco identificado pelos três ‘C’:

verificado o sinistro, a seguradora pode tanto ser obrigada a *indenizar* o segurado, quanto a *realizar*, por terceiros, o objeto do contrato principal. Nessa esteira, o art. 13 da Circular nº 477/2013 da SUSEP dispõe que, uma vez caracterizado o sinistro, a seguradora cumprirá a obrigação ou “I – realizando, por meio de terceiros, o objeto do contrato principal, de forma a lhe dar continuidade, sob a sua integral responsabilidade” ou, ainda, “II – indenizando, mediante pagamento em dinheiro, os prejuízos e/ou multas causados pela inadimplência do tomador, cobertos pela apólice”.

Posto não obrigatório, é comum que o contrato de seguro garantia seja acompanhado de contragarantia celebrada entre sociedade seguradora e tomador, a fim de proteger a própria seguradora contra a ocorrência do sinistro, já que lhe permite recobrar do tomador os valores despendidos em favor do segurado diante do implemento do risco. Entretanto, ao contrário do que se passa com o seguro garantia em si, a contragarantia não é submetida à análise da SUSEP; é pactuada sob maior grau de autonomia das partes, ressalvada apenas a vedação a que o negócio de contragarantia prejudique, de qualquer forma, direitos do segurado.¹⁰

Com apoio nessas considerações preliminares, pode-se conceituar o seguro garantia como o contrato pelo qual determinada instituição securitária, em contraprestação ao pagamento do prêmio, assegura os riscos do inadimplemento de obrigação contraída pelo tomador com o beneficiário, obrigando-se, uma vez verificado o sinistro, a reparar os danos sofridos pelo beneficiário ou, então, a realizar por terceiros a obrigação inadimplida.

O seguro garantia não está disciplinado especificamente no Código Civil. É a mencionada Circular nº 477/2013 da SUSEP que fornece a regulamentação do instituto no ordenamento brasileiro. Tão severa é a intervenção estatal no segmento securitário que, no art. 23 da Circular, registra-se que, a partir de 1º de abril de 2014 – seis meses após a edição do diploma pela Superintendência –, “as sociedades seguradoras não poderão comercializar novos contratos de Seguro Garantia em desacordo com as disposições desta Circular”. Nessa mesma direção, o art. 19 da Circular assinala que as

capacidade, competência e caráter” (Caderno de Seguros da ENS. *O garante: as perspectivas do seguro garantia no Brasil*. Fundação Escola Nacional de Seguros, Rio de Janeiro, jan./fev. 2019, p. 8).

¹⁰ Conforme prevê o art. 21, *caput* e parágrafo único, da Circular nº 477/2013: “O contrato de contragarantia, que rege as relações entre a sociedade seguradora e o tomador, será livremente pactuado, não podendo interferir no direito do segurado. Parágrafo único. O contrato de contragarantia de que trata o *caput* não será submetido à análise da Susep”.

seguradoras somente podem, “em relação às condições padronizadas disponibilizadas por esta Circular: I – submeter alterações pontuais; II – propor a inclusão de novas modalidades e/ou novas coberturas adicionais”.

Cuida-se, com efeito, de negócio jurídico submetido a severo dirigismo estatal, restando, na atualidade, pouco espaço à autonomia privada para disciplinar de forma diversa os interesses das partes, a reforçar a importância de se observar a regulamentação imposta pela SUSEP, o que, evidentemente, não autoriza o intérprete a proceder a operações exegéticas meramente subsuntivas, em descon sideração da compreensão do ordenamento jurídico como sistema unitário. A modelagem desenvolvida pela SUSEP não dispensa, com efeito, a hermenêutica do caso concreto; ao contrário, convida o intérprete a, ampliando seu horizonte normativo, cotejar as diretrizes prefixadas pela autarquia com as demais previsões legislativas nacionais a fim de identificar a norma aplicável ao caso concretamente considerado.

Cumpr e pontuar que a Circular nº 477/2013 da SUSEP distingue o seguro garantia “setor público” do seguro garantia “setor privado”. Pertencem à primeira espécie aqueles contratados para as finalidades descritas no art. 4º da Circular, todas atreladas ao cumprimento de obrigações que envolvam, em maior ou menor medida, entes da Administração Pública,¹¹ enquanto o seguro garantia “setor privado” é conceituado no art. 5º, em caráter residual, como negócio que objetiva “garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado no contrato principal firmado em âmbito distinto do mencionado no art. 4º”.

Dignas de nota, ainda, na referida Circular, são as regras segundo as quais: i) o prazo de vigência da apólice deve coincidir com o prazo estabelecido no contrato principal (art. 8º, D); ii) se efetuadas alterações de prazo já previstas no contrato principal “ou no documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora”, a vigência do seguro *deverá* “acompanhar tais modificações, devendo a

¹¹ “Art. 4º Define-se Seguro Garantia: Segurado - Setor Público o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de: I - processos administrativos; II - processos judiciais, inclusive execuções fiscais; III – parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa; IV - regulamentos administrativos. Parágrafo único. Encontram-se também garantidos por este seguro os valores devidos ao segurado, tais como multas e indenizações, oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, previstos em legislação específica, para cada caso”.

seguradora emitir o respectivo endosso” (art. 8º, §1º); e iii) o seguro permanecerá em vigor “mesmo quando o tomador não houver pagado o prêmio nas datas convencionadas” (art. 11, §1º), situação em que, por outro lado, a seguradora poderá executar, imediatamente, o contrato de contragarantia (art. 11, §2º).

No que tange às modalidades de seguro garantia atualmente praticadas no Brasil, identificam-se dez espécies diferentes integrantes do gênero “seguro garantia setor público” e outras cinco componentes do gênero “seguro garantia setor privado”. Para o setor público, elencam-se os seguros garantias 1) “do licitante”; 2) “para construção, fornecimento ou prestação de serviços”; 3) “de retenção de pagamentos”; 4) “de adiantamento de pagamentos”; 5) “de manutenção corretiva”; 6) “judicial”; 7) “judicial para execução fiscal”; 8) “parcelamento administrativo fiscal”; 9) “aduaneiro” e 10) “administrativo de créditos tributários”. Já para o setor privado, a autarquia lista os seguros garantias 1) “para construção, fornecimento ou prestação de serviços”; 2) “de retenção de pagamentos”; 3) “de adiantamento de pagamentos”; 4) “de manutenção corretiva”; e, por fim, 5) “imobiliário”.

Entre as modalidades previstas, duas merecem menção especial por sua enorme relevância prática: o seguro garantia “para construção, fornecimento ou prestação de serviços” e o seguro garantia “judicial”. Pelo primeiro, também designado *performance bond*, o segurado é garantido contra o risco de inadimplemento do contrato de construção ou prestação de serviços firmado com o tomador,¹² seja mediante pagamento de indenização, seja mediante a satisfação, à conta da própria seguradora, da obrigação garantida. Tratando-se especificamente de *performance bond* da modalidade setor público, a Circular nº 477 ainda prevê a necessidade de a cobertura abranger “os valores das multas e indenizações devidas à Administração Pública”,¹³ predefinindo, assim, que tal modalidade de seguro deve cobrir integralmente também as penalidades previstas no contrato.¹⁴

Pelo seguro garantia judicial, a seguradora garante o adimplemento de obrigação que é objeto de litígio já estabelecido, judicialmente, entre o tomador e o

¹² CARVALHOSA, Modesto. A corrupção sistêmica gerada pelo capitalismo de laços. O instrumento do *performance bond*. *Revista dos Tribunais*, v. 967, maio. 2016, p. 17.

¹³ Item 1.2. da Modalidade II, anexa à Circular nº 477 da SUSEP.

¹⁴ Confira-se, nesse sentido: “A seguradora deverá, também, cobrir as multas de mora e as contratuais estabelecidas no contrato de obra ou de fornecimento firmado entre o ente público e a contratada, pessoa jurídica privada” (CARVALHOSA, Modesto. A corrupção sistêmica gerada pelo capitalismo de laços. O instrumento do *performance bond*, cit., p. 18).

segurado.¹⁵ A propósito, o art. 835, §2º, do Código de Processo Civil assevera que, “para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento”.¹⁶ A equiparação promovida pelo legislador faz com que o seguro garantia seja frequentemente utilizado para o cumprimento do requisito da garantia do juízo em procedimentos executivos. Não obstante, note-se que, enquanto os seguros garantias em geral atendem de forma direta a interesses do credor da obrigação principal, o seguro garantia judicial tutela imediatamente interesses do próprio tomador, que o contrata sob o propósito prioritário de, garantindo o juízo, evitar atos constritivos sobre seu patrimônio.¹⁷

Quanto à natureza jurídica do seguro garantia, tamanha é sua semelhança com a função e a estrutura da fiança, que Orlando Gomes, nos anos 1980, chegou inclusive a afirmar que “mesmo que se não queira, o seguro de garantia de obrigações contratuais funciona como fiança”.¹⁸ E reforçava a aproximação com a lembrança de que, no seguro

¹⁵ Vinícius de Carvalho Pires Mendonça conceitua o seguro garantia judicial como “contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, garante o cumprimento das obrigações concernentes à responsabilidade patrimonial do executado-tomador, assumidas por força de lei ou de contrato, em benefício do exequente-segurado, cujo adimplemento é objeto de litígio no âmbito judicial” (MENDONÇA, Vinícius de Carvalho Pires. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 126, jan./fev. 2016, item 2.3.1.).

¹⁶ Muito embora a redação utilizada pelo legislador possa sugerir que a equiparação a dinheiro só valeria para os casos de *substituição da penhora*, não é essa a interpretação que deve prevalecer quanto ao art. 835, §2º, do CPC. Conforme observado em precedente do Superior Tribunal de Justiça, “em que pese a lei se referir a ‘substituição’, que pressupõe a anterior penhora de outro bem, a eficácia dos dispositivos em análise não pode sofrer tal restrição. Com efeito, não faria nenhum sentido condicionar a eficácia do dispositivo à prévia garantia do juízo segundo a ordem estabelecida no art. 835 do CPC/2015 para, somente após, admitir a substituição do bem penhorado por fiança bancária ou seguro-garantia judicial. Tal exigência, além de inócua, serviria apenas para retardar a tramitação da demanda, contrariando o princípio da celeridade processual. Entende-se, desse modo, que o seguro-garantia judicial produz os mesmos efeitos jurídicos que o dinheiro, seja para fins de garantir o juízo, seja para possibilitar a substituição de outro bem objeto de anterior penhora” (STJ, REsp 1.838.837, 3ª T., Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.5.2020). A divergência verificada na ocasião não teve por objeto esse mencionado capítulo do acórdão.

¹⁷ “O devedor contrata uma apólice de seguro para resguardar o seu interesse legítimo de não ser constrangido por atos executivos de penhora ou intimações para efetuar depósito em juízo, garantindo, por tabela, o interesse alheio do credor” (MELO, Gustavo de Medeiros. *Seguro garantia judicial – Aspectos processuais e materiais de uma figura ainda desconhecida. Revista de Processo*, v. 201, nov. 2011, p. 118). Ainda sobre o seguro garantia judicial, confira-se também CARNEIRO, Athos Gusmão. *Seguro-garantia. Ação de execução. Posição processual do IRB. Revista de Processo*, v. 114, mar./abr. 2004.

¹⁸ GOMES, Orlando. *Seguro de crédito e negócio fidejussório. Cláusula “solve et repete”*. In: *Novíssimas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 274. Francisco Galiza desenvolve paralelo semelhante, ao asseverar que, “em essência, a seguradora garante a um terceiro (segurado) que o contratado (tomador) dispõe de suficientes recursos técnicos, humanos e financeiros para poder honrar com as obrigações contratualmente assumidas. Caso o contratado se torne inadimplente ou incapaz de honrar o compromisso, a seguradora deverá intervir, com seus próprios recursos, a fim de seu

garantia, “o credor goza do benefício da inoponibilidade das exceções que digam respeito às relações pessoais daquela [seguradora] com o devedor, como a falta de pagamento do prêmio”.¹⁹ Nessa esteira, alguns autores ainda destacam que, na contramão de regra basilar dos contratos de seguro, no seguro garantia é possível que o sinistro aconteça por ato voluntário do próprio tomador, consistente no inadimplemento da obrigação principal.²⁰

De outro lado, sustenta-se que “o seguro garantia é genuinamente um negócio jurídico securitário, embora com algumas especificidades que não têm, em hipótese alguma, o poder de desnaturá-lo”.²¹ Em favor da natureza securitária, afirma-se ainda que o seguro garantia “obedece a princípios como os de constituição de reservas técnicas, cosseguro, resseguro (...), tudo em prol do princípio da confiança e em obediência a um sistema legal próprio”.²² Além disso, apenas companhias de seguro devidamente autorizadas podem emitir apólices de seguro garantia,²³ sujeitas, por sua vez, às rígidas regras editadas pela SUSEP.

Seja como for, fato é que o seguro garantia tanto ostenta caracteres próprios dos contratos de fiança, como também é dotado de características essenciais aos contratos de seguro. No esforço de enquadramento em um ou outro tipo contratual, o intérprete não pode ignorar as peculiaridades do negócio em pauta, transformando-se em uma espécie de Procusto, personagem da mitologia grega que se divertia fazendo caber na cama de ferro de seu exato tamanho todos os seus hóspedes; se maiores, cortava-lhes as pernas e a cabeça, se menores, quebrava seus ossos até caberem no leito.

cumprimento ou pagar o prejuízo efetivamente sofrido, podendo inclusive posteriormente acionar o tomador para recuperar as perdas. Como se vê, pelas características desse produto, ele está mais assemelhado a um negócio financeiro, uma vez que a seguradora estará expondo seu patrimônio de forma análoga à operação de um banco de crédito” (GALIZA, Francisco. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio Janeiro: ENS-CPEs, 2015, p. 17). Confira-se, ainda, WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 627.

¹⁹ GOMES, Orlando. *Seguro de crédito e negócio fidejussório. Cláusula “solve et repete”*, cit., p. 274.

²⁰ NUNES, Julio Bachiller; BACHILLER, Sérgio; ETCHEGOYEN, Julia Perez. *Seguro Caución*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 42. Renato Buranello Macedo também pondera que “o seguro garantia gera uma verdadeira obrigação de fiança, na medida em que o segurador se obriga a garantir o segurado também do pagamento de uma importância, no caso de descumprimento de um direito de crédito relacionado a uma obrigação de fazer ou de dar, de que seja titular. O segurador, em definitivo, está garantindo o cumprimento da obrigação junto ao seu credor, colocando-se assim no mesmo plano de responsabilidade que o tomador. Além disso, a obrigação do segurador reúne as características da acessoriedade, subsidiariedade e unilateralidade que distinguem a obrigação de fiança” (BURANELLO, Renato Macedo. *Do contrato de seguro: o seguro garantia de obrigações contratuais*, cit., p. 184).

²¹ HADDAD, Marcelo Mansur. A arbitragem e os terceiros nas relações securitárias. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 41, abr./jun. 2014, item 2.5.

²² POLETTTO, Gladimir Adriani. *O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica*, cit., p. 78.

²³ POLETTTO, Gladimir Adriani. *O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica*, cit., p. 79.

Em verdade, há que se mitigar o rigor da tipificação, para entender que a dita tipicidade do contrato não conduz ao seu encastelamento em um conjunto fechado de normas, e a ele se podem aplicar normas de outros tipos que se justifiquem concretamente. Tem-se, assim, que “o juízo acerca da relação entre o contrato concreto e o tipo é um juízo analógico, uma avaliação de aproximação, uma escala gradual na qual um contrato não será puramente típico ou atípico, mas sim mais ou menos típico, reconhecendo-se a enormidade de escalas de cinza entre os extremos preto e branco”.²⁴

Nesse cenário, considerando a causa do seguro garantia, sua *funzione economico-individuale*,²⁵ não há como negar sua natureza securitária, uma vez que o segurador assume um risco do segurado – o inadimplemento – mediante o pagamento de certo prêmio. Não se pode, todavia, desprezar as peculiaridades que envolvem o instituto a fim de lhe aplicar apenas e todas as regras desse específico tipo contratual. Seguro garantia é seguro garantia, negócio securitário que, de um lado, não atrai todas as normas relativas ao contrato de seguro e, de outro, requer a aplicação de algumas tantas que lhe são próprias, a lhe conferir regime jurídico único.

Diante das particularidades do instituto, diversas questões têm sido suscitadas, e uma delas consiste exatamente no tema deste artigo: se o risco assumido pelo segurador é o inadimplemento da prestação, está aí abarcado o inadimplemento anterior ao termo, também designado inadimplemento antecipado? Antes de passar ao enfrentamento da matéria, cumpre em primeiro lugar examinar mais detidamente o risco assumido pelo segurador no seguro garantia para, na sequência, enfrentar o ponto central deste estudo.

3. O risco no seguro garantia: inadimplemento absoluto e mora

A questão posta requer, preliminarmente, análise do risco assumido pela seguradora, consistente no inadimplemento do tomador. A Circular nº 477 da SUSEP, em seu art. 6º, I, define sinistro como “o *inadimplemento* das obrigações do tomador cobertas pelo seguro”, sem fazer qualquer distinção entre o absoluto e o relativo; da leitura do ato normativo é possível extrair que ambos os riscos podem ser objeto do

²⁴ KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Forense*, v. 105, n. 406, nov./dez. 2009, p. 68.

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: ESI, 2005, p. 374.

contrato, ficando a cargo da apólice discriminar, com precisão, contra que espécie de inadimplemento o seguro firmado visa assegurar.

Nos termos do art. 12, §1º, da Circular, “a Expectativa de Sinistro deverá descrever o fato que possa gerar prejuízo ao segurado, sendo que o sinistro restará caracterizado quando comprovada a inadimplência do tomador em relação às obrigações cobertas pela apólice”. O dispositivo, bem se nota, é amplo o suficiente para abarcar tanto a possibilidade de o descumprimento da obrigação configurar inadimplemento absoluto ou mora. O fundamental é que a apólice seja bem redigida, para deixar claro que inexecuções estão cobertas, a fim de evitar discussões futuras. É bem possível, todavia, que a apólice apenas indique o fato violador da obrigação assumida pelo tomador no contrato principal, sem qualificá-lo, limitando-se a apontar as medidas a serem adotadas pelo segurador, nos termos do art. 13:

Art. 13. A seguradora indenizará o segurado, mediante acordo entre as partes, segundo uma das formas abaixo:

I – realizando, por meio de terceiros, o objeto do contrato principal, de forma a lhe dar continuidade, sob a sua integral responsabilidade; e/ou

II – indenizando, mediante pagamento em dinheiro, os prejuízos e/ou multas causados pela inadimplência do tomador, cobertos pela apólice.

§1º No caso de rescisão do contrato principal, todos os saldos de créditos do tomador no contrato principal serão utilizados na amortização do prejuízo e/ou da multa objeto da reclamação do sinistro, sem prejuízo do pagamento da indenização no prazo devido.

A atuação da seguradora por meio de realização do objeto do contrato principal por terceiro é cabível, em abstrato, tanto em caso de inadimplemento absoluto quanto de mora do devedor, a reforçar a necessidade de a apólice especificar com precisão o sinistro coberto.

Observe-se que o ato normativo não trata especificamente de *execução* do contrato principal por terceiro, mas de *realização* do objeto do contrato principal por terceiro. A *execução* do contrato por terceiro tem lugar em casos de mora, quando, portanto, a despeito da inexecução do devedor, a prestação ainda é possível e útil para o credor, nos termos do art. 249 do Código Civil.²⁶ O terceiro executa a prestação

²⁶ “Se o devedor se recusa, formalmente, a cumprir o avençado, importará isso em inadimplemento absoluto? (...) É preciso distinguir. Se se trata de fato pessoal, obrigação dita infungível, a recusa do devedor equivale ao inadimplemento absoluto. É o caso, por exemplo, do escritor que se nega a produzir o trabalho encomendado. Mas, se a obrigação é fungível, podendo o credor mandar realizar o trabalho por outrem, neste caso o inadimplemento tem caráter de mora” (ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda, 1965, p.

fungível devida pelo devedor e satisfaz o interesse concreto e objetivo do credor, purgando a mora. Nesse cenário, preserva-se a relação obrigacional entre as partes e o contrato é tido por adimplido. A *realização* do objeto do contrato principal por terceiro, a seu turno, pode ocorrer tanto por meio de efetiva *execução* do contrato principal por terceiro, como em razão de uma nova contratação, desvinculada da anterior, da qual resulta uma nova prestação. Neste último caso, o contrato anterior se extinguiu sem a produção do resultado útil originalmente programado, por força de inadimplemento absoluto ou mesmo impossibilidade inimputável da prestação. Cuida-se, com efeito, a *realização* do objeto do contrato principal por terceiro de gênero do qual a *execução* do contrato principal por terceiro é espécie.

Em definitivo, tem-se que o seguro garantia, a depender dos termos da apólice, poderá impor à sociedade seguradora ou a execução da própria prestação do contrato principal por terceiro em caso de mora, hipótese em que, repita-se, considerar-se-á o tomador ao final adimplente, ou então a contratação de terceiro para a realização do objeto contratado originalmente com o devedor faltoso, cuja relação obrigacional foi resolvida em decorrência do seu inadimplemento absoluto. Dois exemplos esclarecerão o que se afirma.

Pense-se em contrato de fornecimento periódico de insumos em que o devedor tenha um problema temporário, e não possa entregar por certo período o objeto contratado; o credor, por outro lado, não pode deixar de receber o insumo na data ajustada, sob pena de perder toda a sua produção, ou de se tornar inadimplente em contratos celebrados com terceiros. Nesse caso, o segurado poderá acionar o seguro garantia para obter de terceiro a prestação pelo período do inadimplemento, sem prejuízo de, superado o obstáculo, o devedor voltar a fornecer os insumos nos termos contratados. Há, aqui, mora do fornecedor original, que será purgada pela execução da própria prestação pelo terceiro.

De outro lado, pode ocorrer de, a despeito de a prestação ser possível e útil para o credor, ele perca o *interesse do sinalagma* por sobrevirem circunstâncias que destruam seu interesse na relação de troca entre prestação e contraprestação, a

58). No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. 23, 3. ed. (reimpressão). Rio de Janeiro: Borsoi, 1984, p. 178.

configurar o inadimplemento absoluto do devedor.²⁷ Imagine-se a hipótese em que, após imenso desgaste entre o credor e o empreiteiro em razão de reiterados atrasos e erros na execução do projeto, o contratado finalmente infome que, por dificuldades financeiras, não conseguirá concluir a obra. Embora não haja objetivamente impossibilidade da prestação e o credor ainda queira que a construção seja finalizada conforme o projeto original, ele não tem interesse em manter o vínculo contratual com aquele devedor, não há mais o interesse do sinalagma, a autorizar a resolução da relação obrigacional.²⁸ E, extinto o contrato original,²⁹ a seguradora contratará um construtor substituto para concluir a obra sinistrada.

No que tange à possibilidade de o segurador indenizar o segurado, “mediante pagamento em dinheiro, os prejuízos e/ou multas causados pela inadimplência do tomador, cobertos pela apólice”, trata-se de medida também cabível tanto em caso de inadimplemento absoluto quanto de mora, uma vez que ambas as modalidades de inadimplemento comportam o efeito indenizatório.³⁰ Aqui, da mesma forma, será fundamental analisar a apólice de modo a verificar se a indenização contratada o foi para cobrir efetivamente a espécie de inadimplemento incorrida pelo tomador.

De tudo o que se examinou, o mais importante para o escopo deste estudo é isto: o risco assumido pelo segurador é o inadimplemento, seja absoluto ou relativo. A

²⁷ Sobre esse último aspecto, afirma Judith Martins-Costa que a *inutilidade* pode ser mensurada, objetivamente, “à vista de suas repercussões no *equilíbrio* entre as prestações; na *funcionalidade* do contrato, implicada no concreto *programa negocial*, que organiza os riscos e vantagens, os custos e os benefícios de cada parte; na *relação de proporcionalidade* (...)” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, t. 2, p. 256, grifos no original). Na lição de Larenz, configura-se o inadimplemento absoluto quando a prestação resultar, enfim, economicamente distinta (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones. Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 303).

²⁸ Sobre a resolução da relação obrigacional, seja consentido remeter a TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 97 *et. seq.*

²⁹ Note-se que a comprovação da resolução é fundamental para a verificação do sinistro, pelo que costuma constar a apólice a exigência de o segurado enviar à seguradora a documentação pertinente, como se verifica da cláusula a seguir, constante das condições contratuais gerais de certa seguradora para o seguro garantia para construção – garantia de conclusão de obra – GCO: “11.6. Documentação a ser enviada para a Seguradora para a regulação do eventual sinistro: (...) d) cópia das notificações extrajudiciais do Segurado ao Tomador, sobre a caracterização do sinistro, a rescisão do contrato e a solicitação de retirada do Tomador do canteiro de obras, com as respostas do Tomador, se houver”.

³⁰ Sobre o efeito indenizatório na resolução da relação obrigacional, confira-se TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Efeito indenizatório da resolução por inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coords.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. v. I, Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 391-415.

dúvida que resta é justamente se nesse inadimplemento está inserido o inadimplemento anterior ao termo, questão que se passa a analisar a seguir.

4. Execução do seguro garantia diante de inadimplemento anterior ao termo

O inadimplemento anterior ao termo, como a própria expressão revela, nada mais é do que a configuração do inadimplemento antes mesmo do advento do termo de adimplemento.³¹ O instituto encerra importante mecanismo de proteção do credor diante de relação contratual estéril, incapaz de produzir os efeitos para os quais foi constituída, em razão da precoce configuração do inadimplemento. Desse modo, exigir que o credor se mantenha inerte, ao argumento da pendência do termo, revela apego a formalismo que há muito se abandonou. Por outro lado, deve-se cuidar para que a figura não sirva de válvula de escape para que o credor, arrependido do contrato celebrado, aproveite-se de conduta duvidosa do devedor para se livrar da indesejada relação contratual, sob a falsa alegação de inadimplemento. Mostra-se, portanto, imprescindível a correta

³¹ O *leading case*, julgado pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 8 de fevereiro de 1983, tratava da seguinte situação: Nilo Antônio Peruzzo firmou dois contratos em conta de participação em empreendimento a ser realizado pelo Centro Médico Hospitalar de Porto Alegre Ltda., os quais ofereciam, além da participação nos lucros da sociedade, atendimento médico-hospitalar gratuito ao cotista e sua família mediante o pagamento de certa quota fixa, a ser dividida em parcelas mensais. Após a celebração do segundo contrato, constatou-se que o terreno em que a construção seria realizada sequer havia sido adquirido pelo Centro Médico. Em vista de tal situação, o contratante suspendeu os pagamentos e, em contrapartida, o Centro Médico protestou duas notas promissórias por ele assinadas. Em face da inadimplência do Centro Médico, o contratante ajuizou ação com vistas à resolução do contrato, bem como à nulidade de todas as notas promissórias a ele vinculadas, devolução dos valores recebidos, acrescidos de juros e correção monetária, além de perdas e danos. Em primeiro grau, o juízo entendeu não restar configurado o inadimplemento da ré, devido à inexistência de prazo fixado para o início e término da construção do estabelecimento hospitalar. Em apelação, decidiu o então Desembargador Athos Gusmão Carneiro pela procedência da inicial, em todos os seus termos: “A Dra. Pretora refere que no contrato não estava previsto nenhum prazo para o Centro ‘construir, instalar e operar estabelecimento hospitalar na cidade de Porto Alegre’. Todavia, considero evidente, como bem alega o apelante, que isso não significa goze um dos contratantes da faculdade de retardar *ad infinitum* o cumprimento das suas obrigações, e o outro seja obrigado a adimplir as suas com pontualidade, sob pena do protesto dos títulos. A sentença esquece toda a comutatividade contratual. Vejo, aqui, caso de completo inadimplemento por parte de um dos contratantes. Já transcorreram mais de 5 anos e o Centro Médico Hospitalar existe apenas *de jure*. De fato, esta sociedade, de objetivos tão ambiciosos e capital pequeníssimo, simplesmente não existe mais. Citada editalmente, foi revel. O hospital permanece no campo das miragens, e assim as demais vantagens prometidas aos subscritores. A citação vale por interpelação e ocorreu inadimplemento total. Incide o art. 1.092, parágrafo único, do CC” (TJRS, 1ª CC, Ap. Cív. nº 582000378, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. 8.2.1983).

identificação de seus suportes fáticos a fim de, incidindo a norma aplicável, atribuir-lhes os corretos efeitos jurídicos.³²

O primeiro suporte fático a ser examinado é a manifestação de não querer ou não poder adimplir, que pode ser expressa ou tácita. Na manifestação expressa, o devedor declara expressamente que não cumprirá a prestação, por não querer ou não poder fazê-lo. Impõe-se que tal declaração seja séria bem como livre de vícios. É o que se passa quando o incorporador, após celebrar promessa de compra e venda de unidades habitacionais, anuncia aos consumidores sua desistência em construir o empreendimento após transcorrido o prazo de carência, ou mesmo a inviabilidade de prosseguir com as obras em razão de severos problemas financeiros enfrentados.

A declaração de não querer ou não poder adimplir constitui declaração unilateral de vontade. Trata-se, a rigor, de declaração receptícia de vontade. Daí não bastar a declaração feita a terceiros; entretanto, se o devedor torna público que não adimplirá, sem dirigir-se diretamente ao credor, e este, em razão daquela publicidade, vem a tomar conhecimento da declaração, presente está o suporte fático. Ressalte-se, de todo modo, que não se exige que o credor aceite a declaração de não querer adimplir, como se fosse uma oferta de desfazimento do vínculo contratual.³³ Basta a ciência do credor para que a declaração produza seus efeitos, dispensando-se qualquer atuação de sua parte.

A manifestação tácita de não adimplir, por sua vez, corresponde às situações em que é possível inferir da conduta do devedor que não cumprirá a obrigação. Por outras palavras, o devedor demonstra que não adimplirá, comportando-se contrariamente ao adimplemento. Em relação à manifestação tácita de não *querer* adimplir, não é necessário, evidentemente, certeza absoluta de que o devedor não cumprirá a prestação, o que, de fato, raramente ocorrerá; basta que o comportamento do devedor seja incompatível com o padrão de comportamento de quem pretende cumprir a

³² Há, pois, que se afastar as situações em que se identifica mero risco de descumprimento. Risco de descumprimento é probabilidade de descumprimento, e não inadimplemento. Não se nega que tais hipóteses também requeiram atenção especial de modo a proteger o credor de *potencial* descumprimento da prestação devida. Todavia, outra deve ser a disciplina a regular tais situações, com efeitos diversos daqueles produzidos nos casos de inadimplemento já configurado.

³³ No direito italiano, Francesco Romano vislumbra na declaração de não adimplir uma proposta de rescisão (ROMANO. Francesco. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. XI, 2ª parte, 1965, p. 614).

prestação.³⁴ A manifestação tácita de não *poder* adimplir, por outro lado, se configura a partir do comportamento comissivo ou omissivo do devedor que *impossibilita* desde logo a prestação. É o que se verifica, por exemplo, quando certa fabricante de insumos celebra tantos contratos que se descobre, no curso do prazo, incapaz de adimplir alguns deles, ou quando criador vende um touro campeão que, dias antes da tradição, morre por erro na administração de vacina.

Por fim, serve ainda de suporte fático ao inadimplemento anterior ao termo o comportamento comissivo ou omissivo do devedor que inviabiliza o adimplemento no termo, a ensejar a perda de utilidade da prestação para o credor. Trata-se de configuração da mora anteriormente ao termo ajustado, em razão da qual a prestação se torna inútil para o credor.

Em contrato bilateral, é possível que a inutilidade decorra das repercussões da mora no equilíbrio entre as prestações. Não se exige, evidentemente, que a prestação não tenha qualquer interesse para o credor, o que poucas vezes ocorrerá; basta que já não tenha interesse no cumprimento (recíproco) do contrato bilateral, isto é, na troca de prestações, a comprometer o *interesse do sinalagma*, como já apontado linhas acima. Assim, em contrato de compra e venda de unidades imobiliárias em construção, a inércia do empreiteiro, que retarda demasiadamente o início das obras, pode acarretar um tal atraso na entrega do empreendimento que acabe por repercutir no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a tornar a prestação inútil ao credor, de modo a caracterizar, desde já, o inadimplemento do contrato.

A inutilidade da prestação resta ainda configurada quando há previsão de termo essencial (expressamente ajustado ou decorrente da natureza da obrigação), e a mora do devedor já se afigura inevitável. Pense, por exemplo, no estilista internacional que, contratado para criar e produzir peças exclusivas para certa grife apresentar em desfile de moda internacional, assume tantos outros compromissos profissionais, que

³⁴ Em decisão proferida pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu o Rel. Des. Santini Teodoro que decorridos trinta e dois meses da celebração do contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária sem que a construtora sequer houvesse concluído o pavimento térreo do Edifício, previsto com 20 pavimentos e 68 apartamentos, e considerando-se que a empresa não apenas admitiu o incipiente desenvolvimento do empreendimento, como também autorizou a suspensão dos pagamentos mensais pelo promitente comprador e negociou a rescisão do referido contrato, configurado está o inadimplemento anterior ao termo. Com efeito, de acordo com o Relator Desembargador, “essas condutas, acrescidas à exiguidade do tempo restante para a entrega da obra, caracterizam o inadimplemento antecipado da obrigação” (TJSP, 2ª CDP, Rel. Des. Santini Teodoro, Apelação com Revisão 3176244900, j. 23.10.2007).

inviabiliza a entrega das peças na data combinada, ou então, na empresa contratada pela Administração Pública para a construção de estádio de futebol que retarda de tal forma a execução da obra que, ainda no curso do prazo previsto, fica evidente que não terá condições de finalizar a empreitada até o termo ajustado, a inviabilizar a realização dos eventos programados para o local.

O que há em comum em todas as situações descritas é a violação da própria prestação devida, seja por se tornar impossível ou inútil para o credor. Não importa o meio pelo qual a prestação é violada, se por inobservância de dever de conduta ou da própria prestação principal. O importante é a repercussão dessa inobservância na produção do resultado útil programado e, conseqüentemente, no interesse do credor na prestação. E, violada a prestação devida antes mesmo do advento do termo, a prestação se torna imediatamente exigível. Isso porque, conforme já se afirmou em outra sede, “o direito ao benefício do termo que não realiza a função para a qual foi concedido não merece tutela do ordenamento jurídico, pelo que deve ser desconsiderado, e a prestação passa a ser, também nesta hipótese, exigível”.³⁵

Dito de outro modo, violada a prestação devida antes do advento do termo, o benefício deixa de ser tutelado pelo ordenamento jurídico, já que deixa de realizar a função para a qual foi concedido: conferir ao devedor prazo para adimplir perfeitamente a prestação, de sorte a produzir o resultado útil programado e satisfazer o interesse do credor. O devedor, inviabilizando o adimplemento da prestação – por declarar que não adimplirá, por tornar impossível a prestação ou por inutilizá-la para o credor –, perde o benefício, pois o termo já não exerce mais a sua função.³⁶

³⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 79, grifos no original. Na mesma direção, confira-se a lição de Muraro: “*il beneficio del termine perdura a favore del debitore fintantoché permangono le condizioni, patrimoniali e personali, sulle quali il creditore (o la legge, quando il termine non è frutto di determinazione negoziale) fonda di norma la sua fiducia e la sua attesa in ordine alla soddisfazione spostata nel tempo del credito*” (MURARO, Giovanni. *L’inadempimento prima del termine*. *Rivista di diritto civile*, ano XXI, 1ª parte. Padova: Cedam, 1975, p. 252, grifou-se). Não se trata, portanto, de vencimento antecipado da dívida, que apenas tem lugar nas hipóteses legalmente previstas. Cogita-se, aqui, de não realização da função do termo que, por isso, deixa de ser digno de tutela, a tornar a prestação exigível. Por isso, parece mais apropriado afirmar que a obrigação a termo é, normalmente, inexigível. A inexigibilidade não se impõe, *tout court*, com a concessão de termo, mas depende, sobretudo, da capacidade de o termo realizar sua função.

³⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde. O chamado inadimplemento antecipado. *Revista de Direito Privado*. a. 15, v. 60, out.-dez. 2014, p. 151-152. Segundo Mosco, a declaração de não poder ou não querer adimplir encerra verdadeira renúncia ao benefício do termo: “*nella manifestazione di volontà del debitore deve ravvisarsi implicita una rinunzia al beneficio del termine, rinunzia che naturalmente è del tutto valida (...). Se il debitore ha rinunciato al beneficio del termine e non adempie esiste, anche dal punto di vista obbiettivo, l’inadempimento e si potrà ottenere contro di lui una sentenza con effetti*

A perda do benefício implica a exigibilidade imediata da prestação, o que ocorre, portanto, no exato momento em que o credor recebe a declaração do devedor no sentido de não querer adimplir, quando a prestação se torna impossível para o devedor ou inútil para o credor. Demonstrada a violação da prestação e sua consequente exigibilidade, configurado está o inadimplemento, a autorizar o credor a pleitear o instrumento de tutela oferecido pelo ordenamento que melhor atenda aos seus interesses, dentre os quais se destaca o próprio seguro garantia.³⁷

Ora, se o inadimplemento anterior ao termo é, de fato, inadimplemento, está configurada a ocorrência do sinistro, a autorizar o acionamento do seguro garantia. Lembre-se que o art. 6º, I, da Circular nº 477 da SUSEP define o sinistro como “o inadimplemento das obrigações do tomador cobertas pelo seguro”. Também o art. 12, §1º, da Circular assinala que “o sinistro restará caracterizado quando comprovada a inadimplência do tomador em relação às obrigações cobertas pela apólice”. Com efeito, verificando-se o inadimplemento absoluto antes mesmo do termo previsto para a satisfação da obrigação, preenche-se, de igual forma, o suporte que permite acionar a garantia, a viabilizar a pronta execução da apólice. Nenhuma incompatibilidade existe entre o seguro garantia e o instituto do inadimplemento antecipado, que resguarda normalmente a obrigação garantida caso se apure que não há mais razão para tutelar o benefício do termo concedido em favor do tomador.

Retornando ao exemplo da empresa contratada para a construção de um estádio, não se obstará a pronta execução do *performance bond*, pela Administração, após restar evidente que a contratada não será capaz de finalizar as obras no prazo previsto. A execução da apólice, autorizada tão logo se verifique que não será possível o cumprimento do prazo ajustado, ainda confere a vantagem de otimizar as chances de o segurado minimizar os danos decorrentes do inadimplemento, diversamente do que poderia acontecer se, a despeito do já configurado incumprimento, fosse obrigado a

immediati” (MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950, p. 38). Giovanni Persico se refere a uma “*decadenza volontaria dal beneficio del termine*” (PERSICO, Giovanni. *L’eccezione d’inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 112).

³⁷ Quanto aos demais instrumentos de tutela à disposição do credor diante do inadimplemento anterior ao termo, seja consentido remeter, uma vez mais, a TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*, cit., p. 238 et. seq.

aguardar o passar do tempo de mãos atadas, sem poder acionar o seguro garantia concedido até o efetivo advento do termo.³⁸

O mesmo se passa com o exemplo do empreiteiro que, por retardar demasiadamente o início das obras, provoca tamanho atraso na entrega do empreendimento que abala o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, como consequência, torna a prestação inútil para o credor-adquirente, assim como na hipótese em que anuncia a inviabilidade de prosseguir com as obras em razão de graves problemas financeiros ou mesmo quando desiste do empreendimento após o decurso do prazo de carência. Diante de conjunturas como essas, também se viabiliza o imediato acionamento do seguro garantia imobiliário contratado em segurança da obrigação prevista na compra e venda,³⁹ tornando exigíveis as obrigações da seguradora de concluir o empreendimento garantido⁴⁰ ou ressarcir o segurado “mediante a devolução das importâncias pagas ao tomador, devidamente atualizadas até a data da constatação do inadimplemento”⁴¹, consoante esteja descrito na apólice. Não se exige, portanto, que o beneficiário aguarde o transcurso do termo para, só então, adotar as providências necessárias à tutela do seu crédito, dentre as quais se inclui o acionamento do seguro garantia.

Em síntese, se é certo que o termo que deixa de realizar sua função não merece tutela do ordenamento, a advertência valerá, em igual medida, para as obrigações

³⁸ Convém referir que, especificamente nos *performance bonds* previstos para o setor público, as *condições especiais* anexas à Circular nº 477 da SUSEP impõem ao ente da Administração Pública que comunique a expectativa de sinistro ao próprio tomador e à seguradora. É o que se observa nas definições fornecidas para a *expectativa* e para a *reclamação do sinistro*: “4.1. Expectativa: tão logo realizada a abertura do processo administrativo para apurar possível inadimplência do tomador, este deverá ser imediatamente notificado pelo segurado, indicando claramente os itens não cumpridos e concedendo-lhe prazo para regularização da inadimplência apontada, remetendo cópia da notificação para a seguradora, com o fito de comunicar e registrar a Expectativa de Sinistro. 4.2. Reclamação: a Expectativa de Sinistro será convertida em Reclamação, mediante comunicação pelo segurado à seguradora, da finalização dos procedimentos administrativos que comprovem o inadimplemento do tomador, data em que restará oficializada a Reclamação do Sinistro”.

³⁹ O seguro garantia imobiliário compõe, na Circular nº 477 da SUSEP, a quinta modalidade dos seguros garantias “setor privado”. O objeto é assim definido pela Circular: “Este contrato de seguro garante a indenização, até o valor da garantia fixado na apólice, pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento do tomador em relação às obrigações assumidas no contrato de compra e venda relativo à construção de edificações ou conjunto de edificações de unidades autônomas alienadas durante a execução da obra ou no contrato de permuta”. Em disposição semelhante à prevista para os *performance bonds* contratados com a Administração Pública, o item 4 das *condições especiais* regula a expectativa de sinistro, assinalando que, “tão logo tome conhecimento de qualquer inadimplência do tomador que possa implicar prejuízo, o segurado deverá imediatamente notificá-lo extrajudicialmente, remetendo cópia da notificação para a seguradora, com o fito de comunicar e registrar a Expectativa de Sinistro”.

⁴⁰ Item 5.1.I da Modalidade V, anexa à Circular nº 477 da SUSEP.

⁴¹ Item 5.1.II da Modalidade V, anexa à Circular nº 477 da SUSEP.

asseguradas por seguros garantias. Caracterizado o inadimplemento e observadas as eventuais regras procedimentais específicas do contrato, autoriza-se o acionamento do seguro garantia, seja para viabilizar o pagamento imediato da reparação, seja para obrigar a seguradora a realizar, por terceiro, a prestação combinada entre o tomador e o beneficiário, de acordo com a obrigação descrita na apólice em que o seguro se consubstancia.

5. Notas conclusivas

O seguro garantia encerra negócio jurídico de natureza securitária cada vez mais praticado no Brasil. Suas várias modalidades são vislumbradas com elevada frequência no dia a dia do operador jurídico, mas, ainda assim, são poucos os trabalhos produzidos pela doutrina nacional sobre o tema, principalmente quando se consideram as análises desenvolvidas sob a óptica do direito civil, a justificar o estudo ora empreendido.

Pelos fundamentos adotados ao longo do texto, conceituou-se o seguro garantia como o contrato pelo qual determinada instituição securitária, em contraprestação ao pagamento do prêmio, assegura os riscos associados ao inadimplemento de obrigação que o tomador contraiu com o beneficiário, garantia essa que a seguradora concede obrigando-se a reparar o dano ou, então, a realizar, por terceiro, a própria prestação acertada entre tomador e beneficiário. O risco assegurado, portanto, é o de *inadimplemento* da obrigação garantida, aí incluído não apenas o inadimplemento absoluto, mas também o relativo. Cuida-se, além disso, de negócio atualmente submetido a intenso dirigismo estatal, conforme se extrai da Circular nº 477/2013 da SUSEP, diploma que fornece a regulamentação do instituto no ordenamento brasileiro.

A despeito da controvérsia acerca do tema, parece mesmo que o seguro garantia ostenta natureza securitária, embora não se possa desprezar todas as particularidades que lhe são inerentes, a requerer regime condizente com sua causa. Como se disse alhures, o seguro garantia não exprime contrato de fiança, como também não encerra modalidade qualquer de seguro; é, simplesmente, seguro garantia, negócio securitário que, de um lado, não atrai todas as normas relativas ao seguro e, de outro, requer a aplicação de algumas tantas que lhe são próprias, a lhe conferir regime jurídico único.

Entre as diversas questões suscitadas acerca desse regime, importa sublinhar a compatibilidade do seguro garantia com as regras relativas ao inadimplemento anterior ao termo. Como se sabe, o benefício do termo deixa de ser tutelado pelo ordenamento jurídico à medida que deixe de realizar a função para a qual foi previsto: viabilizar o perfeito adimplemento da prestação pelo devedor, de maneira a produzir o resultado útil programado e satisfazer o interesse do credor. Nesse sentido, uma vez que se verifique o inadimplemento antecipado da obrigação cujos riscos de incumprimento foram assumidos pela sociedade seguradora, autoriza-se, de igual sorte, o imediato acionamento do seguro garantia, com a produção de todas as consequências que lhe são peculiares, observados os limites e regras procedimentais previstos na apólice. Afinal, o inadimplemento, posto anterior ao termo, é atual, é presente, pelo que o sinistro também o é, a ensejar a imediata execução do contrato de seguro garantia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 6, t. 2.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda, 1965.

BURANELLO, Renato Macedo. *Do contrato de seguro: o seguro garantia de obrigações contratuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Seguro-garantia. Ação de execução. Posição processual do IRB. *Revista de Processo*, v. 114, mar./abr. 2004.

CARVALHOSA, Modesto. A corrupção sistêmica gerada pelo capitalismo de laços. O instrumento do *performance bond*. *Revista dos Tribunais*, v. 967, maio. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Seguro de garantia de obrigações contratuais. In: *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

ESCOLA NACIONAL DE SEGUROS. *Seguro Garantia*. 7. ed. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Seguros, 2016.

_____. O garante: as perspectivas do seguro garantia no Brasil. *Fundação Escola Nacional de Seguros*, Rio de Janeiro, jan./fev. 2019.

GALIZA, Francisco. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio Janeiro: ENS-CPES, 2015.

GOLDBERG, Ilan. *O contrato de seguro D&O*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GOMES, Orlando. Seguro de crédito e negócio fidejussório. Cláusula “solve et repete”. In: *Novíssimas questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

HADDAD, Marcelo Mansur. A arbitragem e os terceiros nas relações securitárias. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 41, abr./jun. 2014.

KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Forense*, v. 105, n. 406, nov./dez. 2009.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O seguro-garantia sob a modalidade de antecipação de pagamentos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 17, jul./set. 2012.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Resolução parcial do contrato por inadimplemento: fundamento dogmático, requisitos e limites. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coords.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, v. 1.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, t. 2.

MELO, Gustavo de Medeiros. Seguro garantia judicial – Aspectos processuais e materiais de uma figura ainda desconhecida. *Revista de Processo*, v. 201, nov. 2011.

MENDONÇA, Vinícius de Carvalho Pires. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 126, jan./fev. 2016.

MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950.

MURARO, Giovanni. L’inadempimento prima del termine. *Rivista di diritto civile*, ano XXI, 1ª parte. Padova: Cedam, 1975.

NUNES, Julio Bachiller; BACHILLER, Sérgio; ETCHEGOYEN, Julia Perez. *Seguro Caución*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2005.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERSICO, Giovanni. *L'eccezione d'inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1955.

POLETTI, Gladimir Adriani. *O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica*. Rio de Janeiro: Funseg, 2003.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. 23, 3. ed. (reimpressão). Rio de Janeiro: Borsoi, 1984.

ROMANO, Francesco. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. XI, 2ª parte, 1965.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Inadimplemento Anterior ao Termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O chamado inadimplemento antecipado. *Revista de Direito Privado*. a. 15, v. 60, out.-dez. 2014.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Efeito indenizatório da resolução por inadimplemento. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coords.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. v. I, Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 391-415.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Recebimento em: 02/06/2020.

Aprovação em: 27/06/2020.