FIANÇA ENCAPOTADA OU UMA NOVA MODALIDADE CONTRATUAL?

GUARANTEES CLOAKED OR NEW CONTRACTUAL MODEL?

Flávia Costa Machado

RESUMO:

Em meados do século passado, observou-se um crescimento exponencial do mercado por força das novas formas de produção. Sendo assim, diversas empresas e grupos societários buscaram novas mercados além dos seus respectivos mercados nacionais para escoarem os seus produtos e os seus serviços. Entretanto, estas empresas e grupos societários não tencionavam arriscar a sua posição financeira conquistada em seus mercados nacionais em virtude desses novos empreendimentos supranacionais. Neste cenário, as empresas internacionais optaram por requererem financiamento junto aos bancos e instituições financeiras do local onde se instalaria as suas filiais. Entretanto, os bancos e instituições financeiras para conferirem o crédito almejado exigiram destas empresas garantias especiais, mas a incerteza do sucesso no novo empreendimento e a possibilidade de comprometer a posição já consolidada em seus mercados fez emergir uma figura aparentemente alternativa às garantias clássicas, nomeadamente, as cartas de conforto. O objetivo deste trabalho é comparar as cartas de conforto com outras figuras contratuais com vistas a elucidar se estas não são, dependendo do seu teor, uma fiança disfarçada, um mandato de crédito ou mesmo uma garantia autônoma.

PALAVRAS-CHAVES:

Crédito; garantia contratual; tipicidade contratual; cartas de conforto.

ABSTRACT

In the middle of the last century, there was an exponential growth in the market by virtue of new forms of production. Therefore, several companies and corporate groups

sought new markets beyond their national markets to sell their products and their services. However, these companies and corporate groups did not intend to risk your financial position won in their domestic markets because of these new ventures supranational. In this scenario, international companies have chosen to require funding from banks and financial institutions from where they would install its affiliates. However, banks and financial institutions to confer the desired credit demanded specific guarantees these companies, but the uncertainty of the project's success and the possibility of compromising position already established in their markets did emerge a figure apparently classic alternative guarantees, inter alia, comfort letters. The objective of this study is to compare the letters of comfort with other figures contractual aiming to elucidate whether these are not, depending on your content, disguised bail, a term of credit or even a guarantee unattended.

KEY-WORDS

Credit; contractual warranty; typicality contract; comfort letters.

1. INTRODUÇÃO:

No século passado, as formas de produção foram aperfeiçoadas por força da descoberta de novas tecnologias. Neste cenário, era natural que as empresas procurassem alargar seus mercados para que houvesse o escoamento dos produtos e serviços produzidos em escala ate então jamais experimentada.

Estas empresas optaram por instalar filiais em outros países para conquistarem estes mercados. Entretanto, embora estas empresas estivessem consolidadas no seu país de origem, a instalação de filias em território estrangeiro representou um grande risco, visto que se tratava de atividade nova para estes locais. Sendo assim, estes empresas buscaram alternativas para mitigarem os riscos da nova atividade.

A instalação de novas filias em países estrangeiros exigiu que as empresas consolidadas em seu mercado nacional investissem capital. Entretanto, é notório que qualquer investimento implica num risco, portanto havia a possibilidade destas empresas comprometerem a posição financeira já conquistada. Com efeito, estas empresas preferiram requerer crédito junto às instituições bancárias e financeiras do

local onde se instalaria as suas filiais para não comprometer a sua posição financeira frente ao seu mercado nacional.

Os bancos e instituições financeiras para conferirem crédito exigem, normalmente, uma garantia especial para reforçar a possibilidade de recebimento. No entanto, a prestação de garantias clássicas- fiança, aval, hipoteca, penhor, garantias autônomas – comprometeriam a capacidade de endividamento da sociedade-mãe junto ao seu mercado já conquistado. Sendo assim, as instituições financeiras e bancárias, levando em consideração a boa fama e posição financeira da sociedade-mãe passaram a conceder crédito mediante a apresentação de cartas emitidas pela sociedade–mãe, intituladas de cartas de conforto.

O conteúdo, os contornos e o objetivo das cartas de conforto são semelhantes aos de algumas figuras típicas. Sendo assim, durante muito tempo, os estudiosos não compreendiam que as cartas de conforto eram figuras autônomas, sendo certo que já foram e são chamadas, dependendo do seu teor, de fianças encapotadas.

O teor dessas missivas comporta uma variedade de conteúdo, mas o objetivo, normalmente, é facilitar a concessão de um credito ou financiamento de uma sociedade estrangeira junto aos bancos e instituições financeiras do país onde desejam instalar as suas atividades. Neste diapasão, encontramos cartas de conforto cujo teor se assemelha a uma recomendação por parte de quem às emite com vistas a facilitar a aquisição do crédito da patrocinada junto à instituição bancária, sendo chamadas de cartas de conforto fracas. Num meio-termo, a doutrina costuma apontar as declarações nas quais o emitente assume obrigações de meio, isto é, não se responsabilizam solidariamente ou subsidiariamente em relação ao contrato de mútuo, mas demonstram a intenção firme de enveredar todos os esforços necessários para que a patrocinada cumpra os seus compromissos perante o destinatário da carta, estas nomeadas de cartas de conforto médias. Por fim, o conteúdo destas cartas pode ser assemelhar as garantias pessoais, pois o emitente assume o compromisso de honrar o cumprimento do contrato de mútuo perante o banco, em caso de descumprimento por parte da patrocinada, estas declarações são chamadas de cartas de conforto forte ou mesmo de fianças encapotadas.

Se as cartas de conforto visam garantir um contrato de empréstimo, questiona-se então qual seria a justificativa para a opção destas missivas?

Disciplina-se que a opção pela utilização de uma carta de conforto ao revés de uma garantia típica encontra diversos fundamentos importantes, tais como: i. Não incidência de tributos, vez que por não serem figuras típicas e por este motivo não estão elencadas na lei tributária nos tipos contratuais suscetíveis de tributação; ii. O fato das fianças quando prestadas por sociedades empresárias dependerem de previsão no contrato social e autorização em assembleia geral para a sua formação; iii. A fiança prestada acarreta uma diminuição na capacidade de endividamento do fiador; iv. Por outro lado, o teor das missivas poderá refletir numa atenuação dos efeitos vinculativos oriundos de uma fiança ou mesmo majorá-los para atender os interesses do fiador ou da instituição financeira.

Na procura por uma solução jurídica para uma figura atípica, é comum, quer a doutrina, quer a jurisprudência, recorrerem a alguma figura jurídica análoga com o intuito de a aproximarem ou afastarem desta última. Nesta medida, as cartas de conforto não fogem a esta prática. (cf. MAZZONI, ano, p. 565)

As figuras jurídicas cujos contornos mais se assemelham às cartas de conforto, de acordo com a doutrina e a jurisprudência lusitana, são: a fiança, o mandato de crédito, as garantias autônomas e a promessa de fato de terceiro. Apesar de as cartas de conforto se aproximarem, porventura, de outras figuras jurídicas, as figuras supracitadas correspondem àquelas a que os estudiosos recorrem para solucionar o problema de interpretação das declarações contidas nas “desconfortantes cartas de conforto”.

Desta forma, neste artigo, buscou-se traçar os aspectos e características gerais das figuras analisadas, com o escopo de realizar uma análise sobre as diferenças e semelhanças existentes entre aquelas figuras e as cartas de conforto. Deste modo, buscar-se-á compreender por que motivo a doutrina e a jurisprudência lusitana, por vezes, direcionam os efeitos de uma figura típica para as cartas de conforto, desconsiderando-as como figura capaz de produzir efeitos autônomos.

2- As cartas de conforto e a fiança:

Nos esboços iniciais sobre as cartas de conforto, utilizou-se frequentemente a fiança como parâmetro de estudo, pois observou-se que algumas declarações contidas naquelas se assemelhavam, em grande medida, às obrigações assumidas no âmbito de uma fiança.

Contemplamos tal assertiva em certas declarações designadas pela doutrina como cartas de conforto "fortes", nomeadamente, aquelas em que o emitente se compromete a assumir uma obrigação de efetuar o pagamento, ou de ressarcir os prejuízos sofridos pela instituição bancária no caso de incumprimento contratual por parte da patrocinada. [1]A aproximação destes tipos de declarações à figura da fiança reside no fato de que, nesta, a principal obrigação assumida pelo fiador é a de se substituir ao devedor, no caso de incumprimento contratual deste último. Portanto, não é difícil apreender as asserções realizadas pela doutrina, tanto na tentativa de aproximar, quanto de afastar estas declarações da figura da fiança.

2.1- Aspectos gerais da fiança:

No universo das garantias pessoais, a fiança constitui a garantia pessoal por excelência. O recurso à figura da fiança como forma de garantia das obrigações encontra-se bastante disseminado, tanto nos negócios jurídicos pertencentes à esfera comercial, como àqueles do âmbito civil. Observamos que, em alguns tipos de negócios jurídicos, a fiança se tornou um "pressuposto" para que seja concretizado o negócio pretendido[2], porque geralmente o credor busca uma certeza maior do que aquela advinda da garantia geral dos bens do devedor.

A fiança constitui uma modalidade de garantia pessoal, o que equivale a afirmar-se que o patrimônio de uma terceira pessoa além do devedor responde pelo inadimplemento deste último. Esta difere assim das garantias reais, cujo ônus recai sobre um bem específico.

Assim, segundo ALMEIDA COSTA, "A fiança analisa-se no facto de um terceiro assegurar com seu patrimônio o cumprimento de obrigação alheia, ficando

---

[1]A fiança é um tipo de garantia pessoal, no qual um terceiro garante, por via do seu patrimônio pessoal, o cumprimento de uma obrigação alheia, ou, fica pessoalmente obrigado perante o credor no caso de incumprimento por parte do devedor principal. A disciplina da fiança encontra-se regulada nos artigos 627º a 655 do Código Civil Português. Para maiores desenvolvimentos sobre a fiança, ver: COSTA, Mário Júlio de Almeida, Direito das obrigações, 10ªed., Almedina, Coimbra, 2006, pp.888 e ss. e GOMES, Manuel Januário da Costa, Estudos de direito das garantias, vol. I, Almedina, Coimbra, 2004.

[2] O recurso à figura da fiança não é uma prática nova, pois figuras análogas são encontradas no Direito Romano. "(...) através dos institutos da sponsio, fidepromissio e fideiussio, sendo o primeiro, mais aintigo, resultante do ius civile e os últimos do ius gentium. A fideiussio assumiu-se como preponderante pelo facto de admitir a transmissão da obrigação aos herdeiros (Gai Inst III, 121), ao contrário do que acontecia nos outros dois casos (Gai Inst III, 120). Conforme o nome refere, a fideiussio era baseada na fides e expressa na fórmula «in fide tua esse iubes? Iubeo», por meio da qual se fazia surgir a obrigação do fiador em assegurar o pagamento da obrigação principal, constituindo assim uma verborum obligatio. Essa obrigação do fiador tinha caráter acessório, na medida em que pressupunha uma obrigação já existente, independentemente de qual a sua fonte ou de já estar ou não vencida." (LEITÃO, 2008 p.106)

pessoalmente obrigado perante o respectivo credor (art.627º, nº1).” (ALMEIDA COSTA, 2006, pp-888-889). Salvo estipulação em sentido contrário, o patrimônio do fiador responde integralmente pela dívida, conforme estipula o artigo. 602º do Código Civil Português.

O conteúdo da fiança deverá ser o mesmo da obrigação garantida. O dever do garante, salvo disposição em contrário, inclui as consequências legais e contratuais da mora ou da culpa do devedor, conforme preceitua o disposto no artigo 634º do Código Civil Português.[3]

A fiança caracteriza-se por estabelecer uma obrigação acessória e subsidiária à obrigação principal, portanto, o fiador poderá se escusar da obrigação por força de vícios inerentes à obrigação principal, ou seja, poderá opor os meios de defesa inerentes ao devedor principal. Por outro lado, o fiador poderá recusar-se a cumprir a obrigação enquanto todos os bens do devedor principal não tiverem sido excutidos, conforme preceitua o art. 638º, nº 1 do Código Civil.[4]

Outro aspecto importante da figura em apreço constitui o fato de a lei atribuir ao fiador, como efeito legal, o direito de este se sub-rogar aos direitos do credor quando efetuar o cumprimento da obrigação no lugar do devedor principal[5], conforme estipula o art. 650 º, nº1 do Código Civil. Na hipótese de existirem outros fiadores, o fiador que efetuou o pagamento seguirá as regras das obrigações solidárias, nos termos do disposto no art.650º, nº2 do Código Civil Português. [6] (cfr. MATIAS, 1999, p.24)

2.2- Fiança versus Cartas de conforto:

Normalmente, nas cartas de conforto forte-aquelas cujo teor contém firmes declarações de garantia-, a responsabilidade do emitente depende do incumprimento da obrigação pelo patrocinado, assertiva que nos poderá levar a entendê-la como uma obrigação de caráter subsidiário. No entanto, nem todas as declarações deste tipo apresentarão asserções indicativas do caráter acessório ou subsidiário da obrigação do emitente. Assim, se não houver qualquer indicação do caráter subsidiário e acessório das obrigações assumidas numa carta de conforto, esta corresponderá a uma obrigação

[3] O art. 822º do Código Civil brasileiro contém idêntica disciplina.
[4] Art. 827º do Código Civil brasileiro.
[5] Art. 831º do Código Civil brasileiro também determina o mesmo efeito.
[6]No ordenamento jurídico brasileiro, o art.829º do Código Civil estabelece disciplina análoga, salvo expressa disposição em contrário.

autônoma face àquela realizada entre o banco e a patrocinada, afastando-se, portanto, da figura da fiança.[7] Por via desta perspectiva, nestas espécies de cartas de conforto, o emitente não poderá opor os meios de defesa cabíveis ao devedor principal, e nem poderá exigir a excussão prévia. [8]

Noutro aspecto, a fiança deverá ter o mesmo conteúdo da obrigação principal, incidindo sobre si todas as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor, conforme disciplina o artigo 634º do Código Civil. Todavia, nem sempre as cartas de conforto fortes conterão compromissos idênticos aos convencionados pela obrigação principal – pois o emitente poderá comprometer-se, por exemplo, no caso de inadimplemento do patrocinado, a prestar uma obrigação diversa daquela contida no contrato principal –, afastando-se assim, quanto a este ponto, da figura da fiança.

De todo o modo, a disciplina do artigo 628º, nº1 do Código Civil[9] é apontada por parte da doutrina como a maior barreira para uma aproximação das cartas de conforto à figura da fiança, pois exige "uma correspondente declaração expressa pela forma exigida para obrigação principal." (MONTEIRO/GOMES, 1998, p.428). Aqui, é interessante descobrir qual o alcance desta norma, ou seja, se a declarante deverá afirmar explicitamente que deseja prestar uma fiança, ou se é possível extrair-se esta vontade quando este declara, por exemplo, que deseja substituir-se ao devedor em caso de inadimplemento. [10] Afigura-se-nos que uma carta de conforto poderá comportar os mesmos compromissos inerentes à figura da fiança, mas, neste caso, estaremos diante de uma verdadeira fiança, a qual é apenas dissimulada por via de outra figura jurídica, pelo que, neste caso, não se justifica qualificá-la como carta de conforto. [11]

---

[7] No sentido oposto, "como todo contrato de garantia, as cartas de conforto são também instrumento essencialmente acessório, seguindo a sorte do principal-sequitur principale- sem que a sua obrigação se identifique com a obrigação garantida, o que as aproxima da fiança."(LEÃES, 2001, p.211)

[8] ."Logo, se alguns desses traços resultar do texto da carta de conforto, de modo mais ou menos explícito (p. ex.: "(...) o emitente pagará, se for necessário (...)" ou "(...) o emitente pagará de acordo com o estado da relação principal (...)", será possível determinar um consenso das partes no sentido da fiança." (CORDEIRO, 1993, p.73)

[9] O Art.819º do Código Civil brasileiro contém disciplina análoga, todavia, exige que a fiança seja prestada por forma escrita. Já na ordenação portuguesa, não há tal exigência, mas a fiança deverá ser prestada da mesma forma exigida pela obrigação garantida. Portanto, os argumentos que serão expostos, em sede do ordenamento jurídico português, de certo modo, são extensíveis ao ordenamento jurídico brasileiro.

[10] O ordenamento jurídico italiano também exige que, na fiança, a vontade de prestar a garantia seja expressa- art.1937 do Codice Civile (Cfr. CHIOMENTI, 1974, p.347).

[11] Está em causa aqui as cartas de conforto qualificadas pela doutrina como "fianças encapotadas" (Cfr. MONTEIRO/GOMES, 1998, p.428 e MANSO, 2006, p. 120). No entanto, há quem assevere que as

Por último, destacamos que as normas inerentes à fiança exigem que esta assuma a mesma forma exigida pela obrigação principal. Assim sendo, se o negócio jurídico em causa exigir uma forma especial, as cartas de conforto cujo teor remeta para a figura da fiança, não poderão ser consideradas como fiança, nem sequer encapotada.

3- Cartas de conforto e mandato de crédito:

Ao estudarmos a figura do mandato de crédito[12] encontramos a sua gênese no Direito Romano. Hoje em dia, o referido instituto encontra-se previsto no artigo 629º do Código Civil Português (Cfr. ALVES, 2007, pág.13). Já no ordenamento jurídico brasileiro, o referido instituto não encontra um dispositivo correspondente. Todavia, nada impede que as partes, por força do princípio da autonomia privada, estabeleçam um contrato nos moldes desta figura.

O nosso estudo prosseguirá, então, na senda das normas do ordenamento jurídico português, visto que este estipula regras específicas para a figura em causa, pois, na medida em que este instituto se configura atípico no ordenamento jurídico brasileiro, não faria sentido compará-lo às cartas de conforto.

De todo o modo, interessa-nos, no breve estudo deste instituto, analisar a sua possível semelhança com as anteriormente mencionadas cartas de conforto. Como premissa lógica, estamos diante de figuras que, logo à partida, se distanciam, por força de uma delas se configurar enquanto figura típica, ao passo que a outra não encontra previsão legal no ordenamento jurídico português. Portanto, traçaremos breves comentários sobre as principais características do mandato de crédito, para posteriormente empreendermos uma comparação entre os dois institutos em causa.

---

cartas de conforto jamais poderão constituir uma fiança, pois esta apenas subsiste se houver uma vontade expressa neste sentido. Neste sentido, GOMES considera que "(...) nas cartas de conforto ou de patrocínio inexiste animus fideiubendi: apesar da multiplicidade de situações que se podem encontrar sob uma tal sammelbegriff, nenhuma delas poderá ser reconduzida à fiança ou à garantia autônoma, já que, claramente, a carta de conforto se apresenta como uma alternativa no universo das garantias pessoais, verificado determinado condicionalismo." (GOMES, 2000, p.405 e ss.) Nesse desiderato, a doutrina brasileira leciona que o art.1483 do Código Civil de 1916 exigia que a fiança fosse prestada pela forma escrita e não admite que se interprete extensivamente, nesse sentido, uma declaração de vontade. Portanto, não haveria espaço para se estender os efeitos da fiança às cartas de conforto. Cfr. (BASSO, 1999., p.222)

[12] Salientamos que, muito embora seja denominado como mandato de crédito, este não corresponde a um autêntico contrato de mandato (art. 1157º e ss. do C. Civ. Port.), pois naquele, o encarregado age em nome próprio e por conta própria, enquanto que no contrato de mandato, o mandatário age por conta do mandante. (Cfr. MONTEIRO/GOMES, 1998,p.428 e COSTA, 2006, p.907.

3.1- Aspectos gerais do mandato de crédito:

O mandato de crédito constitui um contrato, no qual uma das partes atribui um encargo à contraparte de oferecer um crédito a uma terceira pessoa, em nome próprio e por conta própria. A aceitação do contrato de mandato atribui como efeito legal, para o autor do encargo, a obrigação de fiança, em relação à obrigação a ser realizada entre o encarregado e o terceiro (art. 629, nº1 do Código Civil). Todavia, nada impede que as partes afastem este efeito, pois estas poderão estabelecer como efeito outro tipo de garantia, ou até mesmo não preverem qualquer obrigação do mandante em relação ao crédito a ser concedido ao terceiro. (Cfr. SILVA, 2002, p. 256)

O autor do encargo tem a faculdade de revogar o mandato, enquanto o crédito não tiver sido concedido ao terceiro, e também poderá denunciá-lo em qualquer momento, sem prejuízo da responsabilidade pelos danos causados (art. 629º, nº2 do Código Civil). No entanto, igual faculdade não assiste ao encarregado, pois este só pode escusar-se do cumprimento quando a situação financeira do mandante ou do terceiro ponham em risco o seu futuro direito (art.629º, nº3 do Código Civil).

Torna-se importante observar que, embora a figura seja denominada como "mandato de crédito", não constitui uma espécie de mandato propriamente dito (art. (s). 1178º, 1180º e ss. do Código Civil Português), pois o autor do encargo realiza a obrigação em nome próprio e por conta própria, conquanto no mandato propriamente dito o mandatário realize o encargo em nome e/ ou por conta do mandatário.

É interessante notar que esta figura se caracteriza pelo fato de a concessão do crédito ser realizada conforme os interesses do mandante, embora o crédito seja concedido a um terceiro.[13] Reconhece-se, assim, um interesse próprio do mandante na concessão do crédito, sendo este um elemento precípuo da figura em análise.[14] Isto importa dizer que a concessão de crédito será realizada nos moldes ditados pelo

---

[13]O regime consagrado pela legislação portuguesa estabelece claramente a existência de um interesse próprio do mandante. Muito embora na Alemanha, a legislação tenha sido mais tênue em relação a esta questão, não criou barreiras para que a doutrina germânica detectasse "no interesse próprio do autor do encargo uma exigência do mandato de crédito ou pelo menos um indício de sua existência." (SILVA, 2002, pp.251-252)

[14] Na Alemanha, Suiça e Itália, a doutrina diferencia o mandato de crédito da fiança por força da existência de um interesse próprio do mandante, pois na fiança não se verifica tal elemento. (Cfr. (SUARÉZ GONZÁLEZ, 1994, p.98)

mandante do encargo, não havendo espaço para discricionariedade do mandante, e nem se revelando aqui a possibilidade de negociação superveniente entre o mandante e o terceiro, com o escopo de melhor realçar um interesse de um ou de outro.

3.2- Mandato de crédito versus Cartas de conforto:

Diante das características apresentadas no item anterior, observa-se que o mandatário, ao aceitar o contrato de mandato de crédito, perde a discricionariedade quanto à concessão do crédito ao terceiro. Assim, não cabe ao mandatário realizar uma análise apurada das condições creditícias do terceiro, para depois aferir se é conveniente ou não conceder o crédito àquele após a aceitação do encargo. Muito embora a legislação permita que o autor do encargo possa esquivar-se do cumprimento, quando a situação financeira do terceiro ou do autor do encargo coloquem em risco o seu futuro direito de restituição, não se nos afigura que esta exceção alimente a possibilidade de uma análise, posterior à aceitação do encargo, sobre a capacidade creditícia do terceiro. Acreditamos tratar-se de uma exceção que comporta apenas uma situação superveniente à aceitação do encargo, pois nada impede que, no momento anterior, a esta anuência, o mandatário verifique os riscos que o contrato comporta, tanto aqueles advindos da capacidade financeira do mandante, quanto os que advêm do terceiro.

Deste modo, o mandante poderá exigir judicialmente a execução da obrigação principal, ou requerer do mandatário uma indenização por força do incumprimento contratual, se este último, após a devida aceitação do encargo, não cumprir a sua obrigação de concessão de crédito.

Neste contexto, devemos analisar se a inafastabilidade do cumprimento do encargo é passível de ser presumida nalgumas modalidades de cartas de conforto. Assim sendo, interrogamo-nos: quando as cartas de conforto são aceites pelo destinatário, o subscritor estará contratualmente obrigado a conceder o crédito à patrocinada sob pena de legitimar o emitente a interpelá-lo judicialmente?

Numa análise preliminar, pode-se pensar numa equiparação entre as duas figuras estudadas, na medida em que as relações nestas modalidades contratuais se perfazem entre três sujeitos, estabelecendo-se por meio da intervenção de uma pessoa perante outrem, a favor de um terceiro, visando facilitar a concessão de crédito para este último. Porém, regra geral, não se extrai das cartas de conforto qualquer conteúdo que implique

que o destinatário detém uma obrigação quase inescusável de conceder crédito ao terceiro.[15]

Na verdade, as cartas de conforto, por vezes, constituem-se exigência da instituição financeira para que o crédito seja concedido a uma terceira pessoa, e por outras, podem configurar uma espécie de estímulo para que o banco facilite a concessão do crédito. Contudo, isso não equivale a afirmar-se que o estímulo proporcionado pela missiva se consubstancie numa obrigação face à qual o destinatário não possa furtar-se de realizar o negócio jurídico com um terceiro.[16] Nesta linha, CALVÃO DA SILVA leciona, *in verbis*:

> "Não basta, pois, estar-se em presença de simples pedido, sugestão, recomendação ou conselho de atribuição de crédito a terceiro dirigido ao Banco na carta pelo seu subscritor, ficando a instituição financeira inteiramente livre e soberana de conceder ou não o crédito solicitado, sugerido, recomendado ou mesmo aconselhado pelo signatário. É essencial uma vontade jurídico-negocial vinculativa, que expresse e firme o interesse próprio do "mandante" na concessão do crédito e o dever de o "mandatário" realizar a prestação creditícia a que fica adstrito, por encargo (do "mandante") por si aceite mediante celebração do contrato." (SILVA, 2002, p.259).

Por outro lado, pressupõe-se que o mandato de crédito se situe num dado momento anterior à realização do contrato de concessão de crédito. Já num momento posterior ou simultâneo não é possível concluir-se, sob o ponto de vista jurídico, que o mandatário estava obrigado por via contratual a conceder o crédito ao terceiro, porque o mandato de crédito, por força das suas características, deve ser compreendido como causa do contrato que foi estabelecido entre o mandatário e o terceiro. No entanto, as

---

[15] Sobre a possibilidade de uma carta de conforto configurar um autêntico mandato de crédito, CASTRO MARTÍN justifica que o fato de uma carta de conforto ser emitida com objetivo de favorecer a celebração de um contrato de mútuo entre o destinatário e um terceiro constitui um elemento que reflete uma influência direta sobre a decisão do destinatário quanto à concessão de crédito em favor da sociedade patrocinada, portanto considera que uma carta de conforto poderá ser interpretada como um mandato de crédito (CASTRO MARTÍN, 1994, p.174).

[16] ALVES assevera não ser possível que as cartas de conforto se equiparem ao mandato de crédito. O autor compreende que não devem ser juridicamente desconsiderados os pedidos e solicitações realizados pelo emitente a favor do patrocinado, com a finalidadade de obtenção da concessão de crédito pela entidade financeira. Todavia, aqueles não deverão ser interpretados como uma declaração com caratér fidejussório. A solicitação requerida pelo emitente poderá ser interpretada sobre dois prismas: de um lado, deve-se qualificar o requerimento do emitente como uma autorização da sua parte para que a patrocinada execute o negócio, englobando a obrigação do emitente e a sua responsabilidade face ao patrocinado, por força da "execução espontânea da actividade gestatória (lato senso); por outro lado, pode-se qualificar a solicitação do crédito como uma promessa unilateral condicionada por uma prestação a favor do promitente (ALVES, 2007, p. 60 e ss.).

cartas de conforto podem ser emitidas num momento anterior, simultâneo ou posterior à concessão de crédito, mas nestes dois últimos casos, não poderão configurar-se como causa jurídica do contrato de concessão de crédito, "mas apenas [como] um elemento instrumental de promoção do mesmo (NORONHA, 2005, pp.149-150)." Nesta perspectiva, as cartas de conforto afastam-se do contrato de mandato de crédito, visto que neste, o encargo do mandante constitui a causa jurídica da concessão de crédito pelo credor, ou seja, encontra-se num momento anterior a este, pois, caso contrário, o contrato de mandato de crédito não faria sentido (NORONHA, 2005, p.149).

Por outro lado, o contrato de mandato de crédito confere ao mandante o controle da operação, pelo que o crédito será concedido conforme a sua vontade e os seus interesses. Já nas cartas de conforto, a emitente busca satisfazer o interesse do credor quanto à obtenção de alguma garantia para a operação de crédito, que será realizada entre este último e um terceiro (NORONHA, 2005, p. 150). Não existe aqui, regra geral, a busca de interesses exclusivamente próprios, e nem a imposição da vontade do emitente, nos termos do contrato de crédito.

Destaca-se, contudo, que o emitente da carta poderá ser uma pessoa singular ou coletiva de grande influência socioeconômica, sendo este fator relevante para compelir o destinatário a conceder o crédito a um terceiro, nos moldes que este indicar, demonstrando-se assim uma determinada inafastabilidade quanto ao encargo de concessão de crédito. No entanto, isto dependerá da análise do caso em concreto, no qual importará, para além do teor das missivas, a relação existente entre o destinatário e o emitente. [17]

De todo o modo, a redação ambígua inerente às cartas de conforto geralmente não nos permitirá inferir uma equiparação entre as cartas de conforto e o mandato de crédito, pois temos de ter em conta que, neste último, ocorre a atribuição de um efeito legal, ou seja, não há necessidade de manifestação de vontade pelas partes, para que este seja evocado. Inversamente, há necessidade de manifestação expressa para afastar esse efeito, visto que nos referimos à atribuição das obrigações inerentes à fiança, às quais o

[17] Neste sentido, MONTEIRO/GOMES destacam que: "Importa, pois, ter presente que seria»juridicamente absurdo« reduzir a um mandato de crédito todas as situações em que três sujeitos entram em contacto na constituição de uma relação de crédito, mormente face às cartas objecto do nosso estudo, já que a simples aceitação delas, por parte do banco, não comporta ou implica necessariamente a assunção de uma obrigação de vir a conceder crédito a terceiro." (MONTEIRO/GOMES, 1998, pp. 430-431)

mandante fica vinculado no momento em que o encargo é aceite e executado pelo mandatário. Destarte, afigura-se-nos temeroso equiparar as cartas de conforto ao mandato de crédito, pois este último atribui um efeito legal vinculativamente forte que seria subtraído de uma missiva, à qual o destinatário se furtou a atribuir qualquer consequência jurídica associada à fiança. Porém, nada nos impede de nos socorrermos dos preceitos da teoria da impressão do destinatário (art. 236 do Código Civil), conjugados com provas líquidas e límpidas (art.342, nº1 do Código Civil) de que esta era a intenção das partes, para chegarmos à conclusão de que se trata de um mandato de crédito (SILVA, 2002, p. 260).

A doutrina lusitana sobre esta temática não se encontra assente, sendo que uma parte leciona que as cartas de conforto poderão configurar um mandato de crédito, e outros negam esta possibilidade.[18] No entanto, normalmente, o teor das cartas de conforto representa uma recomendação por parte do subscritor acerca da patrocinada, com a finalidade de influenciar o Banco para atribuir crédito a uma terceira pessoa. Portanto, afigura-se-nos, em princípio, que uma carta de conforto não pode ser interpretada como um mandato de crédito, uma vez que não é possível extrair-se de uma mera recomendação do signatário, uma vontade inequívoca de este se vincular contratualmente com o Banco, pois não é crível que um destinatário razoável ancorado no primado da boa-fé compreenda que a aceitação de tal declaração comporte a renúncia quanto ao seu poder de apreciação da conveniência de realizar o negócio jurídico com o terceiro.

Destarte, a teoria da impressão do destinatário, consagrada no artigo 236º do Código Civil Português, não permite considerar-se que uma declaração, cujo teor constitua uma recomendação para uma concessão de crédito a um terceiro, estabeleça um contrato de mandato de crédito entre o subscritor da carta e o Banco. Portanto, o texto literal da carta não permite tal aproximação, na eventualidade de o Banco alegar que este teor declarativo corresponde a um mandato de crédito, incidindo sobre o mesmo o ônus da prova, através de meios inequívocos e claros, conforme disciplina o art.342º, nº1, do Código Civil Português (cfr. SILVA, 2002, p. 260).

---

[18] Leciona-se ser possível uma carta de conforto configurar um mandato de crédito (Cfr. MARTINEZ/ PONTE, 2006, pp. 163-164). Todavia, afigura-nos que a situação descrita pelos autores nada mais é do que um mandato de crédito disfarçado pela veste de uma carta de conforto, pois, normalmente, o escopo do emitente é influenciar a concessão do crédito ao patrocinado e não atribuir ao banco o encargo de fornecer o crédito a terceiro.

3- As cartas de conforto e as garantias autônomas:

O recurso às garantias autônomas surge como alternativa às garantias clássicas. Em certa medida, as cartas de conforto também aparecem no cenário das garantias como uma modalidade alternativa às mesmas. Todavia, o escopo das garantias autônomas consistiu em criar uma fórmula que instituísse uma maior vinculação jurídica do que aquela que advinha das fórmulas das garantias existentes, ao passo que se entende que a carta de conforto surgiu com o objetivo de atenuar a vinculação jurídica advinda das garantias clássicas.

Partindo-se desta assertiva, buscou-se traçar linhas gerais quanto às garantias autônomas, e assim questionar-se a possibilidade de uma figura, que cria uma maior vinculação jurídica dentro do universo das garantias, se aproximar de outra que, em regra, objetiva o extremo.[19]

3.1- Aspectos gerais sobre as garantias autônomas:

As garantias autônomas ou bancárias surgiram no final do século XIX na Alemanha, com o objetivo de criar uma alternativa à figura da fiança e ultrapassar a barreira da natureza acessória, para dinamizar as relações comerciais. A expansão desta figura para os demais países da Europa não foi facilmente aceite. Nesta linha, a doutrina francesa chegou a evocar que a acessoriedade de uma garantia constituía uma questão de ordem pública (CORDEIRO, 2005, p.638).

Contudo, paulatinamente, esta figura toma força, e a sua utilização torna-se prática corrente no âmbito do comércio internacional, alcançando uma utilização alargada, pelo que surge a necessidade de regulamentá-la, a fim de criar diretrizes para solucionar as crescentes demandas judiciais.

---

[19] "Entre essas garantias pessoais alternativas imaginadas na práxis negocial ao abrigo da autonomia privada cintilam as garantia autónomas ou garantias independentes e as chamadas cartas de conforto. Pela garantia autónoma, o credor procura proteger melhor os seus interesses, retirando ao garante o direito de lhe opor os meios de defesa do devedor principal, por forma a que seu funcionamento seja automático, eficaz e seguro, e assim proporcione mais celeridade e confiança. Diversamente, na origem das cartas de conforto estão mais os interesses dos garantes do que os dos credores: aqueles, dado o peso económico-financeiro de grandes grupos que integram, logram furtar-se a verdadeiras garantias formais, exprimindo em simples missivas uma vontade menos precisa, mais esfumaçada e mais frouxa do que na fiança; os bancos, por uma questão de confiança, de cortesia e de política comercial, vão aceitando essas cartas de conforto que dirigentes de grupos econômicos lhe endereçam a patrocinar ou recomendar empresas associadas ou filiais." (SILVA, 2002, pp.246-247)

Trata-se, em regra, de uma garantia prestada por um banco, com o escopo de assegurar o cumprimento das obrigações contratuais de um terceiro. Em especial, destaca-se que o garante assume uma obrigação autônoma ou independente da relação garantida, que, portanto, se afasta em grande escala da fiança.

Embora a obrigação emergente das garantias autônomas seja autônoma, isto não implica afirmar-se que esta se configure como uma obrigação totalmente abstrata, pois este negócio jurídico corresponde a um fim específico, ou seja, ao desígnio de garantia. Deste modo, será sempre importante prestar-se atenção ao fato de que a garantia autônoma não é acessória à obrigação principal, embora esta última corresponda ao seu fundamento. Em linhas gerais, o negócio garantido "constitui pressuposto do primeiro- a sua causa, *hoc sensu*" (CORREIA, 1989, p.12).

A autonomia presente nesta figura implica, para o garante, a impossibilidade de se utilizar de meios de defesa inerentes à relação principal que constitui o seu fundamento de existência. Isto já não ocorre nas obrigações acessórias. No caso da fiança, por exemplo, o fiador poderá valer-se desta alternativa para se esquivar ao pagamento da garantia. Desta forma, observamos então, que a garantia autônoma assegura ao credor uma maior certeza quanto ao adimplemento do seu crédito do que aquela prestada pela figura da fiança.

Nas garantias autônomas, cabe ao beneficiário da garantia provar que o fato constitutivo do seu direito se tenha verificado, pelo que, neste ponto, aquelas não se afastam da figura da fiança. Diante desta assertiva, buscou-se uma solução que afastasse a morosidade decorrente da necessidade de comprovação do inadimplemento do devedor principal por parte do credor. Desta forma, observamos o recurso à cláusula "on first demand", afastando-se assim a necessidade de se comprovar os pressupostos que legitimam a pretensão do pagamento (MARTINEZ, 2002, p.268)

Assim, no contrato de garantia autônoma que contenha a cláusula à primeira solicitação, emerge a obrigação de pagamento, logo que a mesma seja solicitada pelo beneficiário, sem que o garante possa primeiramente averiguar se foram concretizados os pressupostos legitimadores do pedido do beneficiário.[20]

---

[20] MONTEIRO/GOMES asseveram que "há casos, porém em que o banco pode e deve mesmo recusar-se a pagar a garantia, como sucede havendo fraude manifesta ou abuso evidente por parte do beneficiário.

Notamos, então, que esta cláusula admite um certo grau de abstração e autonomia da garantia bancária em relação à obrigação garantida.[21] Sendo assim, durante muito tempo, alguns doutrinadores, e a jurisprudência em consonância com estes, negaram-se a atribuir esta característica às garantias autônomas à primeira interpelação. Para tanto, a doutrina e a jurisprudência adoptavam a consideração de que toda a garantia corresponde a uma causa e que, por força da estreita relação de dependência entre o contrato de garantia e a obrigação garantida, aquele se tornava acessório a esta (CORREA, 1989, p.18). Por conta desta perspectiva, a garantia autônoma era reconduzida aos dispositivos legais e às características inerentes à figura da fiança.

Em França, alguns dos estudiosos, inicialmente, afastavam toda e qualquer possibilidade de admissibilidade de uma garantia pessoal que fosse totalmente abstrata à obrigação garantida. A acessoriedade era percebida como, inclusive, uma questão de ordem pública. Em suma, nesta perspectiva, qualquer garantia pessoal era obrigatoriamente tida como uma obrigação acessória. Este posicionamento refletiu-se nalgumas decisões dos Tribunais franceses, cujas deliberações acabavam por reconduzir a garantia autônoma à figura da fiança. Porém, paulatinamente, esta perspectiva acabou por ceder espaço à admissibilidade das garantias autônomas, talvez por conta das próprias exigências do comércio internacional.

A garantia autônoma, em especial a primeira interpelação, por força da sua abstração, determina um regime muito rigoroso para o garante. Desta forma, a doutrina buscou, na sequência da aceitação da admissibilidade daquela figura, relativizar os efeitos jurídicos que uma cláusula *on first demand* poderia ocasionar, procurando diminuir a possibilidade de estarmos diante de abuso de direito, tendo em vista que, nesta modalidade de garantia, não é necessário fazer-se prova de que o devedor principal não cumpriu a sua obrigação, pois para que a obrigação do garante seja exequível, basta apenas que o credor requeira a garantia.

Assim como pode intentar medidas de natureza cautelar para impedir o pagamento da garantia." (MONTEIRO/GOMES, 1998, P. 437)

[21] A abstração como característica inerente às garantía autonômas não é assente, pois mesmo quem a considere abstrata, salienta que esta abstração não é absoluta. MARTINEZ não atribui natureza abstrata às garantias autônomas, pois assevera que "o contrato de garantia, celebrado entre o banco e o credor beneficiário tem natureza causal. A função de garantia, não é, pois, um negócio jurídico abstracto, cuja causa não faz parte do seu contéudo, e que vale independentemente dessa causa, mas um negócio jurídico causal. Todavia, sendo causal, é um negócio jurídico autónomo com respeito à obrigação garantida e ao vínculo constituído entre o devedor e o garante."(MARTINEZ, 2002, p. 287)

Neste contexto, a doutrina tem admitido a possibilidade de o garante realizar uma verificação de pressupostos formais e, com base nestes, se opor ao pagamento da garantia. Esta hipótese é possível desde que o garante tenha provas inequívocas de que a obrigação garantida foi cumprida pelo devedor principal, pelo que aquele poderá opor-se ao pagamento.[22] Entretanto, se o garante não possuir esta prova, ainda que tenha conhecimento do pagamento, não poderá opor-se ao pagamento da garantia.

Leciona-se, inclusive, que é um dever do garante opor-se ao pagamento da garantia, sempre que esta tenha sido efetuada pelo devedor principal, por corolário ao princípio da boa-fé, na medida em que cabe ao garante empreender uma ação de regresso, em face do garantido, sobre o valor pago. Com efeito, se o garante possuir provas de que o devedor principal havia pago a obrigação, e ainda sim efetuou o pagamento da garantia, mesmo sabendo que esta não era devida, haverá prejuízo ao seu direito de reembolso (COSTA/MONTEIRO, 2004, p.22).

3.2- Garantias autônomas versus Cartas de conforto:

Normalmente, os emitentes das cartas de conforto buscam fornecer um grau mínimo de garantia possível, sendo este um dos motivos mais importantes apontados pela doutrina para justificar a preferência dos emitentes por tais missivas, ao invés de pelas garantias clássicas. Por este motivo, poderá ser desastroso remeter as cartas de conforto à figura das garantias autônomas à primeira solicitação, pois estas representam

---

[22] Destaca-se que este afastamento é possivel, na medida em que a abstração das garantías autónomas não é absoluta. Assim, "No obstante a partir del nacimiento se produce con carácter abstracto, funciona con independencia de la obligación principal y de las vicisitudes que afectan a la misma e incluso a su validez, sin embargo este carácter abstracto nunca es absoluto, y siempre existe una relación entre la obligación principal garantizada y la obligación de garantía, que se manifiesta, por ejemplo, en el derecho que el garante tiene de reclamar al deudor principal- En aquellos casos en los que el beneficiario ha percibido ya la obligación principal, o bien conoce perfectamente la nulidad de la misma y no ha recibido daño alguno por razón de dicha obligación principal, el garante podrá oponer la exceptio doli." (SUARÉZ GONZALÉZ, 1994, p. 93) " Ainda aqui, na oposição da exceptio doli, todas as cautelas são poucas, e por isso se exige ao dador da ordem uma prova líquida, uma prova qualificada, segura e inequívoca da conduta fraudulenta ou abusiva do credor, que a doutrina maioritária requer documental. Está instalada, na doutrina e na jurisprudência, a discussão acerca da existência da fraude, falando-se da necessidade de um comportamento doloso, da suficiência de um uso (objectivamente) anormal do direito ou da ausência manifesta do direito do beneficiário. Naturalmente, a exigência de fraude *(fraud in the transaction)* é própria da common *law*, que não conhece a teoria geral do abuso de direito (cfr. v.g.,§5-114(2) do *Uniform Commercial Code* dos E.U.A). Já na *civil law* o mesmo resultado alcança-se pelo princípio (da proibição) do abuso de direito do beneficiário da garantia, em nome da justiça material (SILVA, 2002 , p.388). Sobre a possibilidade do garante opor-se ao pagamento quanto houver provas de que o devedor principal adimpliu a obrigação garantida, ver: COSTA, Mário Júlio Almeida/MONTEIRO, António Joaquim de Matos, Garantias bancárias: o contrato de garantia à primeira solicitação, In Colectânea de jurisprudência, tomo V, 1986, p. 20 e ss.

um grau de garantia bastante elevado, do qual o emitente de uma carta de conforto, em regra, procura esquivar-se (MONTEIRO/GOMES, 1998, p. 436).

De todo o modo, o teor das declarações contidas numa carta de conforto poderá remeter para uma garantia desta natureza, mas restará a dúvida se realmente estaremos diante de uma carta de conforto. Com esta assertiva, buscamos afastar a necessidade de recondução de uma figura atípica aos contornos inerentes a uma figura típica, pois esta assertiva também é válida para aqueles negócios jurídicos em que as partes, pretendendo realizar um dado negócio, acabam por nomeá-lo diversamente da vontade pretendida, mas em que se observa inequivocamente, pelo teor do mesmo, aquilo que as partes quiseram realmente acordar, situação que poderá ocorrer, tanto no âmbito dos contratos típicos, quanto no dos contratos atípicos.

Observa-se a utilização, com certa frequência, de cartas de conforto cujo compromisso exarado se trata de uma obrigação de fornecer uma garantia autônoma, no caso de mudança substancial da participação social do capital da patrocinada. Nestes casos, não se deve afastar a qualificação da carta de conforto enquanto tal, pois não há aqui a obrigação originária, mas sim uma obrigação substitutiva condicionada a um fato futuro e incerto. Este tipo de declaração é classificado por parte da doutrina como uma promessa de garantia, perspectiva com a qual nos coadunamos e, embora uma parte da doutrina considere estas declarações como constituindo a própria garantia, acreditamos ser mais acertado o primeiro entendimento, visto que o subscritor não promete aqui pagar em nome do devedor, assim que este for interpelado pelo credor, mas apenas se compromete a fornecer a garantia autônoma, se modificar a sua participação social no capital da patrocinada.

Nesta medida, a emitente não terá obrigação de prestar garantia autônoma à primeira solicitação, desde que mantenha a sua participação social, ainda que a sociedade patrocinada não cumpra a sua obrigação perante o banco. Não haverá espaço para se estender esta obrigação a tal situação, pois se o banco se contentou com tal declaração, este terá de arcar com os prejuízos advindos da sua atuação menos exigente. (MONTEIRO/GOMES, 1998, p. 437)

4- As cartas de conforto e a promessa de fato de terceiro:

O estudo da promessa de fato de terceiro será realizado à luz da legislação brasileira e da experiência italiana sobre a temática[23], pois esta figura jurídica não encontra disciplina correlata no ordenamento jurídico português. Assim, importa, em relação à ordem jurídica portuguesa, esclarecermos, inicialmente, qual é a natureza desta figura, pois um paralelo entre esta e as cartas de conforto só será admissível, dentro de uma das perspectivas existentes, se entendermos a primeira como um contrato, visto que a acepção que a classifica como promessa unilateral estaria desprovida de relevância jurídica no ordenamento português, em virtude do princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais.

Para tanto, primeiramente, buscou-se realizar um estudo sobre os aspectos gerais desta figura no ordenamento jurídico brasileiro, contrapondo-se aquela, à figura correlata que foi disciplinada pelo ordenamento jurídico italiano. Num segundo momento, empreendeu-se uma análise sobre a aproximação de algumas modalidades de declarações contidas nas cartas de conforto à figura da promessa de fato de terceiro.

4.1- Aspectos gerais sobre a promessa de fato de terceiro:

A figura da promessa de fato de terceiro encontra-se disciplinada nos artigos 439º e 440º do Código Civil Brasileiro.[24]Na esteira da legislação brasileira trata-se de uma obrigação de fazer, na qual o promitente, através de um contrato, se obriga, perante a contraparte, a conseguir o assentimento de um terceiro, para que o mesmo realize um determinado negócio jurídico com este último.

Diante desta disciplina, observa-se que a obrigação precípua do promitente consiste em obter o assentimento do terceiro, para que este último cumpra a prestação final perante o credor. Portanto, extrai-se que o terceiro apenas estará juridicamente

---

[23]. A doutrina italiana remete as declarações. cujo conteúdo comporte um empenho de se fazer o necessário para que a filial cumpra a sua obrigação perante o banco, para uma promessa de fato de terceiro. (Cfr. BARBIERA, 1992, p.744)

[24] Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.

Parágrafo único. Tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens.

Art. 440. Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação.

vinculado a realizar a prestação prometida, se consentir com a mesma. Todavia, se o terceiro não consentir, o promitente responderá por perdas e danos, nos termos disciplinados pelo artigo 439º do Código Civil brasileiro (DINIZ, 2003, p.115).

O terceiro poderá vir a aceitar a obrigação, mas não realizá-la, pelo que se tornará inadimplente. No que concerne à responsabilidade do emitente após a aceitação da obrigação pelo terceiro, o artigo 440º do Código Civil brasileiro estabelece que após a verificação da aceitação pelo terceiro não sobrevenha quaisquer obrigações quanto ao adimplemento ou não da obrigação pela qual o terceiro obrigou-se para o promitente, pois ao obter o assentimento do terceiro, a sua obrigação perante ao credor está exaurida. Neste ponto, CAIO MARIO nos explica que na promessa de fato de terceiro existem duas fases a serem consideradas. Na primeira fase, identificada como a da formação, figuram dois contratantes que celebram um negócio jurídico, o qual apenas estes fazem parte. Já na segunda fase, aparece uma terceira pessoa, a qual anuindo com a prestação prometida pelo devedor da primeira fase obriga-se perante o credor da primeira fase, ou seja, o credor será sempre o mesmo, mas o devedor poderá mudar de figura, no caso do terceiro anuir (PEREIRA, 2005, p. 115).

Portanto, a legislação brasileira não dá azo para que o promitente responda solidariamente ou subsidiariamente após o consentimento do terceiro, visto que o objeto desta modalidade de compromisso é justamente a obtenção do assentimento do terceiro e não propriamente o fato que o terceiro realizará (PEREIRA, 2005, p. 116-117).

Em Itália, a responsabilidade do emitente nas promessas de fato de terceiro não é matéria assente, uma vez que, ao contrário da legislação brasileira, não afasta a possibilidade de o promitente ser responsabilizado após a aceitação do terceiro. Desta forma, naquele país, encontramos mais duas perspectivas sobre a natureza da obrigação advinda de uma promessa de fato de terceiro, para além desta supramencionada, em sede da legislação brasileira.

Numa primeira acepção, entende-se que o promitente se obriga a conseguir o desempenho do terceiro, e apenas a impossibilidade superveniente do terceiro em realizar o comportamento prometido, o liberta da obrigação. Decorre, então, que urge diferenciar as situações em que o terceiro não realizou o comportamento porque não desejou realizá-lo, sendo nesta hipótese cabível a reparação dos danos por via

indenizatória, daquelas em que o desempenho do fato prometido não teve lugar por conta de razões alheias à vontade do terceiro, afastando-se assim a obrigação de indenização. Todavia, este entendimento comporta a apreensão criticável da aceitação da possibilidade de o obrigado se comprometer a realizar uma obrigação que escapa largamente à sua vontade, pois se trata de um fato a ser realizado sob a ingerência de uma terceira pessoa alheia àquela relação contratual (MONTEIRO/GOMES, 1998, pp.432-433).

Noutra perspectiva, parte-se do pressuposto que não é possível vislumbrar que se assuma uma obrigação a ser cumprida por um terceiro alheio ao contrato. Assim, leciona-se que a obrigação do promitente desemboca numa obrigação de garantia. E assim sendo, o promitente está obrigado a indenizar o promissário, sempre que o fato prometido não se realize. Por outras palavras, o promitente é tido como responsável, caso o fato prometido não se verifique.[25]

Entretanto, esta concepção também é criticável, na medida em que surge associada à obrigação do promitente a uma espécie de garantia, esquecendo-se que o essencial nesta figura reside na obtenção do comportamento do terceiro, e que esta obrigação difere, em grande medida, das garantias clássicas, pois, nestas, o garante não se obriga a conseguir o comportamento do terceiro, embora tenha claramente interesse no mesmo.

Dito de outra forma, o promitente compromete-se a obter o comportamento do terceiro, ou seja, estamos diante de uma obrigação de fazer (pode ser compreendida como uma obrigação de influenciar o terceiro a realizar o comportamento desejado), a qual admite, em teoria, considerada isoladamente, uma cláusula penal. Assim, afirmar-se que a não obtenção do fato prometido gera o efeito legal de indenizar o promissário, assumindo assim uma natureza de garantia, é completamente diferente do que alegar-se que apenas se identifica nestas duas obrigações (originária- obtenção do fato, subsidiária- indenizatória) uma unívoca obrigação de garantia.

---

[25] Colocou-se, neste contexto, a questão de se saber se é possível que uma garantia admita uma prestação diversa daquela garantida. O problema residia quanto ao fato de a fiança exigir identidade nas prestações, mas buscou-se afastar tal posicionamento, através da compreensão de que a identidade das prestações é uma marca característica da fiança, e que esta não tem necessariamente de ser transposta para outras modalidades de garantia. Neste sentido, LÓPEZ URIEL reflete sobre a posição da doutrina, ao esquivar-se a aceitar outras modalidades de garantias pessoais, além da fiança. (LÓPEZ URIEL, 1987, pp. 448 e ss.)

Aproximando-se desta última perspectiva, há quem opine que a promessa de fato de terceiro constitui uma garantia indenizatória e uma obrigação independente do fato prometido, pelo que esta se situaria no campo das garantias autônomas (Cfr.VALENZUELA GARACH, 1987, p.330).

Noutro aspecto, em Itália, discutiu-se a possibilidade de o promitente se comprometer a obter um comportamento de um terceiro que já se tenha obrigado previamente perante o promissário. Sobre este temário, encontramos opiniões dissidentes. Numa primeira perspectiva, parte-se do pressuposto de que a promessa de fato de terceiro constitui uma espécie de garantia, não se admitindo assim a possibilidade de o objeto da promessa representar uma obrigação já avençada entre o promissário e o terceiro, pois entende-se que o objeto da promessa de fato de terceiro comporta como consequência o dever de o promitente indenizar o promissário pela verificação do incumprimento do fato prometido.

Noutra linha, consideramos que a qualificação da promessa de fato de terceiro, no ordenamento jurídico italiano, como uma modalidade de garantia, não exclui a possibilidade de o promitente poder comprometer-se com uma obrigação já celebrada entre o promissário e o terceiro, visto que, embora o promitente se obrigue a conseguir um determinado comportamento do terceiro, isto não implica que este comportamento não possa já ter sido convencionado entre o promissário e o terceiro. Não se deve aqui confundir a obrigação de garantia com a figura da fiança, pois a obrigação do promitente consiste em indenizar o promissário pela verificação da não ocorrência do fato prometido, portanto, o promitente não assume uma obrigação da mesma natureza do que a do fato prometido, tal como ocorre na fiança.[26]

4.2- Promessa de fato de terceiro versus cartas de conforto:

A doutrina italiana tende a interpretar as cartas de conforto que contenham declarações nas quais a patrocinante assevera que fará todo o necessário para que a patrocinada cumpra as suas obrigações perante o banco, ou aquelas em que o emitente assevera que o patrocinado cumprirá e honrará os seus compromissos ante o banco, como promessa de fato de terceiro.

---

[26] Por outro lado, há quem compreenda que quando alguém se obriga perante outrem que um terceiro adimplirá uma obrigação, a qual este já havia se comprometido anteriormente constitui uma fiança e não uma promessa de fato de terceiro. (cfr. SEGNI, 1975, pp.151 e ss., BARBIERA, 1992, pp.744 e ss.)

Na esteira da teoria majoritária italiana, a promessa de fato de terceiro caracteriza-se pela assunção de uma obrigação – a ser prestada por uma terceira pessoa – por uma determinada pessoa, perante outrem. No entanto, verificando-se o incumprimento da obrigação prometida, incumbe ao promitente o dever de indenizar o destinatário da promessa.

O fato de a promessa de fato de terceiro se caracterizar pelo dever de o promitente – decorrente da não verificação do fato prometido – constituir uma prestação diversa daquela prometida originariamente, pois o promitente é obrigado a indenizar o garante pelo fato prometido, e não a efetuar a mesma conduta prometida, tal como ocorre nalgumas modalidades de declarações contidas nas cartas de conforto, levou grande parte da doutrina italiana a entendê-las como verdadeiras promessas de fato de terceiro, em especial, as declarações em que o seu emitente declare que a patrocinada cumprirá e honrará com todas as suas obrigações perante o destinatário da carta.[27]

No ordenamento jurídico brasileiro, aplicar-se este entendimento não é totalmente descabido, pois na esteira do Código Civil brasileiro há previsão desta figura. Todavia, conforme observamos no item anterior, as consequências jurídicas diferem completamente nos ordenamentos jurídicos estudados, pois notamos que, no Brasil, o promitente obriga-se a conseguir o assentimento do terceiro na realização de um negócio jurídico e, no momento em que assim o faz, esquiva-se de qualquer responsabilidade inerente ao negócio jurídico a ser realizado entre o terceiro e o promissário. Deste modo, o promitente não detém qualquer responsabilidade pelo futuro contrato, após obter o consentimento do terceiro, e assim satisfazer a sua obrigação, pelo que apenas será responsabilizado por perdas e danos, no caso de o terceiro se furtar a assentir quanto ao negócio prometido.[28]

---

[27]Na Espanha admite-se igualmente a possibilidade das cartas de conforto que contenham o compromisso de apoio financeiro ser reconduzidas a promessa de fato de terceiro, mas este posicionamento jamais poderá ser estendido às cartas de conforto cujo teor apenas contenha declarações do emitente afirmando conhecer a operação a ser celebrada entre o banco e o patrocinado. (Cfr. VALENZUELA GARACH,1987, p.382)

[28] Embora seja escassa a doutrina brasileira sobre o tema estudado, há quem entenda que "(...) quando, numa carta de conforto, a sociedade controladora cumpra os seus compromissos junto à instituição financeira, ali descritos, ela está justamente se comprometendo a obter de um terceiro, estranho à relação, uma determinada prestação, que a ele incumbe. Contendo essa obrigação específica, o modelo da promessa de fato de terceiro (...)(LEÃES,2001, p.213)." No entanto, não nos parece que possa haver qualquer interpretação das declarações contidas numa carta de conforto como uma promessa de fato de terceiro à luz do ordenamento brasileiro, pois não entendemos que seja possível que o promitente se obrigue a conseguir o assentimento do terceiro sobre uma obrigação que este já esteja obrigado, visto que

Assim, considerar-se uma aproximação das cartas de conforto à promessa de fato de terceiro, sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro, não comporta outras consequências além daquelas já conferidas às cartas de conforto, pois não nos parece que uma carta de conforto, na qual o subscritor assevere que o patrocinado honrará as suas obrigações perante o banco, veicule um conteúdo juridicamente passível de ser associado a uma promessa de fato de terceiro, a não ser que consideremos que este compromisso se converge no dever de obtenção de assentimento por parte do terceiro para que este realize ou cumpra o negócio jurídico com o banco. Todavia, a primeira possibilidade colide com o universo em que surgem as cartas de conforto, ou seja, a sociedade-filha deseja o crédito, mas o banco exige, para tanto, que a mesma apresente uma carta de conforto emitida pela sociedade-mãe.

Já no ordenamento jurídico italiano, esta figura assume outros contornos. O promitente responde, inclusive, pelo não cumprimento da obrigação, ou pela prestação defeituosa do negócio prometido, ainda que o terceiro tenha concordado com o negócio jurídico. Portanto, é nítida a diferença existente entre os institutos, pese embora os mesmos recebam a mesma nomenclatura, pois no ordenamento jurídico italiano as consequências jurídicas são mais gravosas.

Por este motivo, na Itália, há quem compreenda não ser possível aproximar as cartas de conforto a este instituto, pois disciplina-se que as consequências da promessa de fato de terceiro são mais gravosas do que as da fiança, visto que o emitente fica obrigado a indenizar o destinatário, ainda quando a promessa seja inválida.[29]

De todo o modo, ainda que na esteira do ordenamento jurídico brasileiro tentássemos aproximar esta figura às cartas de conforto para possibilitar a sua equiparação, e assim não as furtar de eficácia jurídica, esta tentativa afigura-se-nos uma solução que manifesta a velha problemática da tentativa de se reconduzir toda e qualquer figura atípica para uma solução consagrada pelo legislador, inclusive, no estrangeiro.[30]

---

a figura se destina a obtenção do consentimento do terceiro em realizar uma determinada conduta, portanto o fato prometido sempre será a obtenção de um consentimento para que um terceiro realize uma determinada obrigação.

[29]Sobre esta perspectiva, ver (CHIOMENTI, 1974, pp.356 e ss.).

[30] Neste sentido. “Evidentemente si tratta, come è stato detto, di un ossequio alla tipicità, che dimostra il persisitere di una certa mentalità conservatrice dei giuristi, che nel timore di innescare un processo

Urge, todavia, lembrar que, em regra, as partes, ao se valerem de novas fórmulas de contratação não tipificadas pela lei, tencionam melhor alcançar necessidades e desejos que não sejam atendidos pelo correlato contrato típico. Portanto, a recondução de uma figura atípica para as regras de uma figura tipificada, nestes casos, mitiga, de certo modo, o princípio da autonomia privada, pois se, porventura, as partes desejassem produzir os mesmos efeitos e obrigações de uma figura típica, optariam normalmente pela mesma, em virtude da segurança oriunda do conhecimento da previsão legal dos efeitos e consequências do mesmo.

Não se trata, todavia, de uma verdade absoluta, pois as partes também poderão optar por figuras atípicas com a finalidade de se furtarem a alguma obrigação prevista por esta figura, como por exemplo, evitar a necessidade de convocação do órgão administrativo da sociedade anônima, de modo a se obter o seu consentimento para a realização do negócio jurídico. Todavia, nestes casos, poderíamos estar diante de uma fraude ou simulação de negócio jurídico. Sobre esta possibilidade, não se nos afigura que a resposta para esta questão seja de fácil acepção. Porém, há que se ter em conta que as cartas de conforto surgem num universo cujos sujeitos, normalmente, bancos e sociedades empresariais de grande porte, buscam sempre contornar algumas normas que prejudicam, de certa forma, o dinamismo das relações que costumam celebrar.

Assim sendo, a resposta para esta questão passará sobre a análise da validade da busca das partes por alternativas cujo objetivo consista por vezes em afastar regras procedimentais, e por outras, em tentar burlar normas que ocasionem perdas econômico-financeiras, configura uma das razões da opção pelas cartas de conforto, para além do fato de não haver por ora previsão de incidência de impostos sobre a emissão das mesmas.[31]

5. Conclusão

---

conflittuale tra nuovi e vecchi concetti giuridici; pur continuando ad esaltare l'atipico come espressione di auto-rinnovamento, insistono in um limitante procedimento di tipizzazione." (BRIGANTI,1998, pp.609-610)

[31] CORDEIRO assevera que a ausência de previsão de incidência de impostos na Alemanha, configurou o principal motivo para a difusão da utilização das cartas de conforto naquele país. Todavia, hodiernamente, o imposto sobre as cartas de conforto já se encontra previsto(CORDEIRO,1993., p. 29). Entretanto, NORONHA compreende que sempre que uma carta de conforto ensejar uma obrigação de cunho patrimonial haverá incidência de imposto (10 da Tabela Geral do imposto de Selo) (NORONHA,.2005, p.20)

As cartas de conforto não possuem um conteúdo uniforme e seu teor, em regra, é ambíguo. Desta forma, é tarefa árdua determinar quais são as consequências jurídicas destas missivas. Portanto, faz-se proeminente a apreciação das cartas de conforto no caso concreto.

Não se deve, em princípio, atrelá-las às garantias clássicas, pois sua diversidade de conteúdo não comporta tal generalização tipológica. No entanto, nada obsta que seu conteúdo no caso concreto se assemelhe ou se identifique com uma garantia pessoal clássica ou outros institutos afins.

Por outro lado, não se deve olvidar que o emitente busca com as cartas de conforto se comprometer menos do que se comprometeria diante de uma garantia clássica. Desta forma, a interpretação destas missivas deverá ter em conta este fator, isto é, deve-se evitar "que o banco venha a conseguir, pela via da interpretação, mais do que conseguiu pela via da negociação" (MONTEIRO/GOMES, 1998, P. 462)

Observa-se, contudo, ainda quando não representem uma garantia direta ou indireta da obrigação do patrocinado, as cartas de conforto poderão ensejar responsabilidade para seu emitente.

Destarte, as cartas de conforto surgem como alternativas válidas para as garantias pessoais clássicas, num contexto onde a confiança e a manutenção de boas relações são imperativas, ainda que não constituam verdadeiras garantias e seu valor jurídico possa ser diminuto em virtude do seu conteúdo.

Por derradeiro, insta salientar que a doutrina aponta para uma "crise" da utilização das garantias pessoais, nomeadamente a fiança, pois tradicionalmente esta era constituída no âmbito das relações de amizade sem interesses pessoais do garante. Todavia, no domínio das relações comerciais isto não se verifica, pois quem garante geralmente tem algum interesse na relação garantida, portando buscando alternativas para vincular-se cada vez menos.

6. Referências bibliográficas:

ALLEGRI, Vicenzo, *Brevi note sulla lettera di patronage*, In Banca, Borsa e titoli di credito, anno XLV, parte I, 1982, pp.316 e ss.

ALVES, Hugo Ramos, Do mandato de crédito, Coimbra, Almedina, 2007.

BARBIERA, Lélio, *Le garanzie atipche e innominate nel sistema del códice de 1942,* In Banca, borsa e titoli de credito, parte I, pag. 727 e SS.,1992.

BASSO, Maristela, *As cartas de intenção ou contratos de negociação,* In Revista dos Tribunais, ano 88, vol.769, novembro de 1999, pp. 28 e ss.

----------, Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática. 3ª Ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

BRIGANTI, Ernesto, *Garanzie personali atipiche,* In Banca, Borsa e titoli di credito, parte 1ª, 1988, pp. 573 e ss.

CASTRO MARTÍN, Jose Luis de, *Las cartas de patrocinio,* In Cuadernos Del Consejo General Del Poder Judicial, Madrid, 1994.

CHIOMENTI, Filippo, *Le lettere di conforto,* In Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, anno LXXII, parte I, 1974, pp. 346 e ss.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes, Das cartas de conforto no direito bancário, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993.

----------, Tratado de direito civil português, I, Parte geral, Tomo I, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2005.

CORREIA, A. Ferrer, *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária,* In Temas de Direito Comercial, Arbitragem Comercial Internacional, Reconhecimento de sentenças estrangeiras, conflitos de leis, Coimbra, Livraria Almedina, 198, pp.247 e ss.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, Direito das obrigações, Coimbra, Almedina, 2006.

COSTA, Mário Júlio de Almeida/MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto, *"Garantias bancárias- o contrato de garantia à primeira solicitação",* In Colectânia de Jurisprudência, Tomo V, pp. 17 e ss., 2004.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 3º Vol., 19ªed., Rio de Janeiro, Ed. Saraiva, 2003.

GOMES, Manuel Januário da Costa, Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador, Coimbra, Almedina, 2000.

----------, Estudos de direito das garantias, vol. I, Coimbra, Almedina, 2004.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, Carta de conforto como obrigação de garantia vinculante, In Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem, ano 4º, nº13, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, Julho/Setembro-2001.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, In ROA, ano 60, 2000, pp.49 e ss.

----------, Garantias das obrigações, 2ªed., Lisboa, Almedina, 2008.

LOPEZ URIEL, Santiago, *Las declaraciones de patrocinio,* In Revista de La Facultad de Derecho Universidad Complutense, curso 1986-1987, Madrid, 1987, pp. 325 e ss.

MANSO, Luís Duarte Baptista Manso, Direito Bancário: Casos práticos resolvidos, Lisboa, Ed. Quid Juris?, 2006.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Garantias Bancárias*, In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol.II, Coimbra, Ed. Almedina, 2002, p.265 e ss.

MARTINEZ, Pedro Romano/ PONTE, Pedro Fuzeta da, Garantias de cumprimento, 5ª Ed., Coimbra, Ed. Almedina, 2006.

MATIAS, Armindo Saraiva, Garantias bancárias activas e passivas, Ed. SCRIPTO, 1999.

MAZZONI, Alberto, *La lettere de patronage come garanzia personale imprópria,* In Rivista di Diritto Civile, anno XXI, 1975.

_____, *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo,* In Banca, borsa e titoli di credito, ano XLVII, parte II, 1984, pp.334 e ss.

MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto/GOMES, Júlio, "Sobre as cartas de conforto na concessão de crédito", AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

NORONHA, André Navarro de, As cartas de conforto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Vol.3, Contratos, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005.

SEGNI, Mario, *La «lettre de patronage» come garanzia personale impropria,* In Rivista di diritto civile, ano XXI, parte I, 1975, pp. 126 e ss

SILVA, João Calvão da, *Mandato de crédito e carta de conforto,* In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol.II, Coimbra, Ed. Almedina, 2002, pp.248 e ss.

SUARÉZ GONZALÉZ, Carlos, Las declaraciones de patrocinio: Estudio sobre las denominadas «cartas de confort», Madrid, La Ley, 1994.

VALENZUELA GARACH, Fernando, *La »Seriedad« de Las llamadas cartas de patrocinio,* In Revista de derecho mercantil, Madrid, 1987, pp.347 e ss.