GARANTIA À PRIMEIRA SOLICITAÇÃO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

HERMES MARCELO HUCK

1. A GARANTIA NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

A confiança é o princípio orientador das relações comerciais. O contrato verbal, considerado como o mais simples dos ajustes comerciais, funda-se essencialmente na confiança recíproca entre as partes. Já nos contratos mais sofisticados, e particularmente nos contratos internacionais, torna-se mais tênue o liame fiduciário, pois as partes, paralelamente à distância geográfica, normalmente apresentam grandes diferenças entre si (legais, culturais, de costume, de língua etc.). Nesse momento, para viabilizar o funcionamento das relações comerciais internacionais, as garantias contratuais ganham fundamental importância.

A despeito das distâncias e assimetrias encontradas nas relações de comércio internacional, o princípio subjacente a todas as garantias prestadas continua a ser o da confiança entre as partes. A garantia há de ser acionada tão-somente quando o inadimplemento da obrigação principal, ou seja em circunstâncias excepcionais. [1] Efetivamente, a regra mais constante na vida dos contratos é seu normal cumprimento; o inadimplemento constitui estatisticamente uma exceção.

Em conseqüência, toda a teoria que se tem desenvolvido para o estudo das garantias contratuais funda-se no evento excepcional do não cumprimento do contrato. Irineu Strenger, em seu estudo sobre os contratos internacionais consagra grande importância à garantia contratual, quando a define como "um conjunto de elementos convencionalmente ajustados, que permitem a boa execução do contrato". [2] Ainda que se tenha presente o papel relevante exercido pela garantia na boa execução de um contrato, parece exagero entender ser ela que "permite" a boa execução da obrigação. A execução do contrato não depende da garantia, pois esta apenas "assegura" seu cumprimento.

No processo de elaboração de garantias que cada vez mais e melhor assegurem a boa execução dos contratos, o costume comercial internacional tem desempenhado papel fundamental. Por outro lado e, paralelamente, o sistema bancário vem igualmente buscando fórmulas que sustentem a autonomia e independência das garantias prestadas nos contratos internacionais, quando chamadas à execução e confrontadas com os vários, distintos e muitas vezes conflitantes sistemas jurídicos nacionais.

2. AS GARANTIAS BANCÁRIAS

As garantias bancárias sofreram um notável processo de evolução, nas últimas décadas. Partindo da fiança, instituto conhecido e regulamentado na

quase totalidade dos direitos nacionais, um longo caminho na busca de garantias mais eficientes se desenvolveu.

A fiança, serviu como base segura nessa pesquisa de novas e dinâmicas formas alternativas de garantia no comércio internacional. Disseminada por inúmeros sistemas de direito positivo, regulada em praticamente todos os Códigos Civis, recebeu a fiança o tratamento de um capítulo inteiro no Código Civil Brasileiro. Reconhecida e adotada inclusive pelo sistema jurídico anglo-americano, seja através das *guarantee letters* ou das *performance bonds,* ou ainda, assemelhada aos seguros de crédito e de execução prestados por companhias seguradoras internacionais, a fiança é garantia de aceitação internacional.

A despeito desse amplo reconhecimento, vem a fiança marcada por uma exigência original, que certamente dificulta sua execução imediata, enquanto garantia de uma obrigação principal: a fiança, em qualquer de suas manifestações, implica a necessidade do inadimplemento do devedor para que possa ser acionada pelo credor. Mesmo a fiança prestada com a característica de solidariedade exige a comprovação daquele inadimplemento.

A evolução dos negócios e particularmente dos contratos internacionais ressentia-se de uma garantia com maior dinamismo, uma garantia livre de entraves e tanto quanto possível prescindindo da comprovação do inadimplemento do devedor principal, para somente então vir a ser acionada. Em nome da eficiência era preciso agilizar a execução da garantia internacional. O desejo de obter garantias próximas do absoluto imediatismo, da autonomia e da liquidez perfeita passou a inspirar o comércio internacional.

Nesse contexto evoluíram as garantias bancárias. A característica fundamental dessas garantias residia no fato de não mais se constituírem em obrigações acessórias à obrigação principal, mas sim em compromisso autônomo, passível e possível de ser executado diretamente, sem necessidade da comprovação do inadimplemento da obrigação dita principal, a obrigação-base, a obrigação garantida.

Dentro dessa necessidade, dessa busca em desvincular-se a obrigação principal da garantia, ganha inicialmente destaque a *garantia documentária.* Regulada pela CCI, através das Regras Uniformes para as Garantias Contratuais, não se confunde a garantia documentária com a fiança. A execução da garantia documentária está subordinada à apresentação de documentos previamente pactuados, tais como uma sentença judicial ou uma decisão arbitral, declarando o inadimplemento do devedor.

As garantias documentárias, apesar de reguladas pela CCI, obtiveram um sucesso restrito nas relações comerciais internacionais. Sua dificuldade de execução, sua falta de liquidez, dentre outros problemas de exigência e execução, ditaram seu insucesso. A necessidade de obtenção de um documento estranho à relação contratual para fundamentar a execução da garantia, por si só, retardava o procedimento garantidor, cujas maiores exigências eram de eficiência e dinamismo.

Entretanto, com estrutura formal semelhante à da garantia documentária, o *crédito documentado* ganhou espaço destacado no comércio internacional, desempenhando um duplo papel de garantia e de forma de pagamento. A intervenção do sistema bancário no contrato entre as partes, com a emis-

são de uma carta de crédito, concede maior eficiência ao mecanismo de pagamentos internacionais, fazendo com que o credor receba diretamente do estabelecimento bancário o crédito que tem direito, mediante a simples apresentação de documentos previamente relacionados.

De forma indireta, suprimiu-se, no momento do pagamento, a relação entre credor e devedor, bem como a possível divergência sobre cumprimento ou inadimplemento contratual. A operação de pagamento é simplificada: o credor apresenta ao Banco os documentos previamente arrolados, o Banco confere a documentação e paga. [3]

3. AS GARANTIAS ABSTRATAS

A incansável busca de sempre maior liquidez e eficiência para as operações comerciais internacionais, fez nascer a utilização das garantias abstratas, também chamadas garantias à primeira demanda. Nelas uma mera solicitação do beneficiário gera para o Banco garantidor a obrigação de pagar.

A estrutura formal de tal garantia é de extrema simplicidade: um ordenador (o devedor) determina ao Banco (garantidor) que pague ao beneficiário (credor) certa importância, mediante mera solicitação deste último. Não há qualquer menção ou vinculação entre a obrigação que o Banco assume de pagar ao beneficiário com eventual contrato ou obrigação de qualquer natureza, ajustada entre ordenador e beneficiário, ou seja a obrigação principal ou contrato-base. Não se exige a apresentação de qualquer documento, relacionado ou não com o contrato. A garantia será executada por simples solicitação do beneficiário, sem a necessidade da apresentação de qualquer documento ou evidência, devendo o Banco pagar contra a ocorrência dessa solicitação.

O sucesso das garantias à primeira demanda foi imediato. Os Bancos com maior atuação internacional imediatamente aparelharam-se para tal operação e os atores do comércio internacional passaram a exigir as garantias autônomas para um número a cada vez maior de contratos. As práticas comercial e bancária desenvolveram os contornos e as aplicações de uma autêntica obrigação sem causa. Uma garantia independente e autônoma do contrato-base, adequada às necessidades do comércio internacional.

4. COMPORTAMENTO JURISPRUDENCIAL

Para a consagração desta nova concepção de garantia, entretanto, sérios obstáculos deveriam ser superados. Várias são as legislações nacionais que não admitem a existência de uma obrigação sem causa. O Direito francês é exemplo dessa orientação. Alguns autores chegaram a ver no exercício da garantia à primeira demanda uma espécie de cláusula potestativa pura. A potestatividade igualmente induz à nulidade o ato, em diversos sistemas legislativos nacionais. Assim é no Brasil, onde por força do art. 115 do CC, é considerada defesa a condição que sujeita o ato ao arbítrio de apenas uma das partes.

Ante esse quadro, frente à garantia sem causa, no primeiro momento, a Jurisprudência hesitou. Mas tal qual na condição potestativa, onde a teoria jurídica estabeleceu a distinção entre a potestatividade pura (vedada) e potestatividade simples (admitida), os Tribunais, passado o primeiro impacto, passaram a admitir a garantia à primeira solicitação, mesmo naqueles

sistemas em que o direito nacional não permitia a obrigação sem causa.

A garantia que se introduzia no sistema bancário internacional fundava-se no respeito ao princípio da autonomia da vontade, base essencial de um sistema jurídico bem estruturado e estável para os contratos internacionais. Por outro lado, a existência de garantia autônoma, se bem que não expressamente prevista nos respectivos direitos positivos, não violentava o princípio das ordens públicas nacionais.

Tão grande a autonomia da garantia abstrata à primeira demanda que chegou-se a afirmar que, no ato de sua constituição, o banqueiro não está garantindo dívida alheia, ou seja do ordenador, mas apenas assumindo uma obrigação pessoal de pagar, como se estivesse emitindo uma nota promissória a favor do credor. [4]

Em estudo versando sobre as tendências das garantias bancárias no comércio internacional, publicado em 1985, Henry Lesguillons, já constatava a tendência jurisprudencial em admitir uma garantia com característica de primeira solicitação. "Essa Jurisprudência — segundo aquele Autor francês — parece estar hoje solidamente assentada. Já quase não parece possível pleitear, diante dos Tribunais, a eventual invalidade da garantia à primeira solicitação. Há dois ou três anos já não mais se tem questionado a legitimidade da garantia automática". [5]

O dilema maior da garantia à primeira solicitação surge quando há uma oposição do ordenador, formalmente apresentada ao Banco garantidor, para que este não pague se houver solicitação do beneficiário. Qual o comportamento a ser adotado pelo Banco ante o conflito de ordens do mesmo ordenador, primeiro para que pague mediante mera solicitação do beneficiário e depois, formalizada a demanda, para que deixe de pagar? Um segundo dilema é o do Juiz, quando instado, por meio de medida cautelar ou assemelhada, a determinar a sustação de tal pagamento.

A simples menção "pagamento à primeira solicitação" tem sido suficiente para justificar o pagamento pelos Bancos. Várias decisões, notadamente de Tribunais europeus, têm entendido que uma garantia emitida sem ambigüidades será suficiente para justificar o pagamento, ainda que tenha havido oposição ou contra-ordem posterior levantadas pelo ordenador.

Garantia emitida sem ambigüidades é aquela em que surge nítida a obrigação autônoma do Banco pagar, mediante mera solicitação. Tais ambigüidades podem ocorrer quando se acrescenta ao texto simples da obrigação alguns qualificadores, como "primeira solicitação justificada", ou ainda a menção da dependência do beneficiário cumprir determinadas obrigações decorrentes ou previstas no contrato-base. O ordenador que determina ao Banco que efetue determinado pagamento ao beneficiário, contra mera solicitação deste, "após o cumprimento de suas obrigações contratuais", está criando para o garantidor a necessidade de fazer uma prévia análise do contrato-base e seu adimplemento ou não, situação essa que deveria ser estranha a uma eficiente garantia autônoma.

Na conceituação da garantia à primeira demanda é essencial se ter presente que a abstração existe em relação ao contrato-base, ou seja há uma desvinculação entre a garantia e a obrigação que, inicialmente, se pretendia garantir. Não pode haver, entretanto, qualquer dubiedade ou imprecisão quanto ao texto da própria garantia.

Sem constatar ambigüidades e, em face de um texto claro definindo a obrigação, cabe ao Banco pagar, tão logo receba a solicitação e independentemente de qualquer questionamento. Uma interessante decisão de 1981, relatada por Lesguillons, adotada pela Court d'Appel de Paris, condenou o Banco ao pagamento, considerando injustificada sua alegação de que o ordenador havia lhe solicitado a sustação do pagamento. A decisão reconhece a autonomia da obrigação e fundamenta a condenação por ter o Banco desrespeitado "o caráter autônomo da garantia por ele emitida", qualificando a resistência do Banco garantidor em pagar como pouco séria, puramente dilatória e indicadora de má-fé. [6]

Mesmo tratando-se de uma garantia autônoma e abstrata, não implica, quando solicitada pelo beneficiário, seu pagamento irresponsável e inconseqüente por parte do garantidor. O banqueiro não deve pagar descuidadamente. Deve analisar e ler atentamente a garantia por ele outorgada. Pode sustar o pagamento, por exemplo, quando a solicitação de pagar não corresponda aos termos da garantia, ou quando o pagamento está condicionado à exibição de determinados documentos ou certidões, que não lhe são apresentadas.

As partes e o Juiz, este quando chamado a julgar uma sustação de pagamento, devem ter sempre presente que a garantia usualmente é redigida pelo próprio banqueiro. Quando não há a redação feita pelo Banco garantidor, há por parte deste uma formal aceitação dos termos em que foi redigida. Tais circunstâncias não permitem ao banqueiro-garantidor alegar falta de conhecimento dos termos da garantia. A dúvida jamais lhe beneficiará.

Não deve o Banco honrar a garantia dependente de "solicitação justificada", quando faltar tal justificação. Não deve igualmente pagar, quando o prazo da garantia já se tenha vencido, sem a ocorrência de qualquer prorrogação. As expressões que qualificam a solicitação da garantia, ou mesmo a exigência de determinadas justificativas para que se torne exigível, desnaturam em parte a garantia à primeira solicitação, pois impõem eventos adicionais ao conceito de simplicidade na execução. Entretanto, tais exigências têm funcionado como válvulas de segurança para proteger o ordenador contra a possível má-fé ou inconseqüência do beneficiário.

5. A FRAUDE NA GARANTIA À PRIMEIRA SOLICITAÇÃO

Em comentada decisão judicial publicada na Inglaterra, na qual serviu como relator o conhecido internacionalista Lord Denning, excluiu-se claramente o Banco-garantidor da responsabilidade pelo pagamento de garantia à primeira solicitação, em caso de fraude comprovada. "The only exceptionis when there is a clear fraud of which the bank has noticed". [7]

A despeito da abstração da garantia, não pode ela ser executada por meios fraudulentos. Ante a fraude (ou uma razoável acusação de fraude), distintos são os comportamentos que se deve esperar do banqueiro garantidor e do Juiz chamado a sustar a execução da garantia. Para o banqueiro, a fraude deve ser evidente, nítida, não deixando margem a qualquer dúvida ou interpretação; não cabe ao banqueiro procurá-la, nem tampouco tem ele condições ou meios de analisar em profundidade se a solicitação do beneficiário é manifestamente abusiva ou fraudulenta.

Do banqueiro não se espera mais que um exame das condições e circunstâncias em que a solicitação da garantia lhe é apresentada. Já o Juiz, chamado, em medida cautelar, para sustar o pagamento, sob o fundamento de fraude ou manifestação abusiva do credor beneficiário, deve analisar detidamente o caso, usando de todos os meios de convicção, para, constatando o ilícito, determinar a sustação do pagamento da garantia.

6. MEDIDAS CAUTELARES

Paralelamente à consagração da autonomia da garantia à primeira demanda por parte de inúmeros Tribunais, particularmente os europeus, desenvolve-se a corrente jurisprudencial, que vem admitindo a medida cautelar como forma de sustação, ao menos temporária, do pagamento da garantia pelo Banco, quando a solicitação de pagamento é feita de maneira abusiva ou fraudulenta.

Ao se buscar, por meio de uma medida liminar no processo cautelar, a sustação do pagamento da garantia à primeira solicitação, há uma necessidade evidente de se recorrer ao contrato-base ou principal, pois a prova, ou mesmo a discussão sobre a existência de má-fé, abuso ou fraude somente poderá ser encontrada mediante um exame da operação que serviu de base à garantia. Esta busca que se faz no contrato ou na obrigação originária dá uma dimensão exata de que a autonomia da garantia à primeira demanda não pode ser tão autônoma, a ponto de sua execução levar à iniqüidade ou insensatez.

O abuso do beneficiário, a exigir o cumprimento da garantia, quando ele próprio deu causa ao não cumprimento do contrato, será suficiente para que o Juiz determine a suspensão do pagamento da garantia, como objetivamente decidiu o Tribunal de Frankfurt em 1979.[8]

7. A AUTONOMIA DA GARANTIA

Uma garantia efetivamente autônoma deve sobreviver à eventual nulidade, resilição ou extinção do contrato que pretenda garantir. A mera discussão da possibilidade de se atingir a garantia com a nulidade da obrigação dita principal, por si só já macularia seu conceito de perfeita autonomia. Essa independência da garantia em relação ao contrato ou obrigação-base caracteriza a autonomia da garantia oferecida.

A Jurisprudência Francesa, onde mais freqüentemente são encontrados casos versando sobre a matéria, tem apresentado soluções pouco conclusivas. Lesguillons reporta julgados em ambos os sentidos. Se, de um lado o Tribunal de Commerce de Paris, em 1981, entendeu que a resilição do contrato principal, por culpa do beneficiário da garantia, implicava a suspensão desta, já o Tribunal da Grande Instance de Montluçon decidiu que a garantia, por ser um acordo autônomo, firmado por partes distintas da obrigação-base (o Banco garantidor e o beneficiário), não estava sujeita ao destino do contrato cujo cumprimento originariamente garantia.

Na demarcação das fronteiras entre a obrigação-base e a garantia à primeira solicitação, encontram-se as maiores dificuldades para um correto equacionamento jurídico desta nova modalidade de garantia. É evidente a conclusão de que a execução da garantia quando a obrigação ou o contrato por ela garantido esteja findo, resilido ou considerado nulo, há de ser considerada como abuso de direito, ou ainda má-fé. Se a parte tem ciência

de que, nos termos do contrato-base, lhe falece o direito de acionar o garantidor, será juridicamente inaceitável o ato de buscar a execução da garantia, tão-somente por ser ela conceitualmente autônoma. Concretamente, sabe o beneficiário, que exige o cumprimento da garantia, que a obrigação da qual negocialmente aquela resultou, não mais é exigível. Cobrar a garantia, nessa hipótese, é ato de flagrante má-fé.

Para evitar tal abuso, faz-se necessário, de alguma forma, vincular a sorte da garantia ao contrato ou obrigação de base, retirando-lhe parcialmente a abstração e falta de causalidade que deveriam ser suas mais eficientes características.

A Court d'Appel de Paris, em decisão de 1981, levou longe demais essa vinculação, quando afirmava: "que, sem dúvida, a anulação do contrato de base acarretaria também a da carta de garantia, da qual ele constitui efetivamente a causa; que, entretanto, sua pretensa nulidade não pode produzir efeito antes de ter sido pronunciada pela jurisdição encarregada do julgamento". Tal decisão sofreu severas críticas, mesmo de autores franceses, pois vinculava diretamente a sorte da garantia à decisão que viria a ser tomada em relação ao contrato-base, desnaturando de vez a autonomia da garantia, considerada como principal apelo pelos atores do comércio internacional.

Cumpre finalmente lembrar o risco político. O risco político está presente em praticamente todas as operações do comércio internacional. Raramente sua ocorrência tem sido considerada como motivo de força maior a justificar o não cumprimento de qualquer contrato. O ordenador, quando ajusta a garantia com o Banco em favor do beneficiário, está correndo um risco político, tal qual no contrato-base. Assim, se não pode cumprir sua obrigação em decorrência de algum impedimento administrativo ou governamental, não terá fundamento para pedir a sustação do pagamento da garantia. A ocorrência de evento compreendido no conceito de risco político não será razão suficiente para que o ordenador, através contra-ordem ao Banco, determine o não pagamento da garantia ao credor-beneficiário.

O Tribunal de Commerce de Paris, em decisão igualmente relatada por Lesguillons, de certa forma amenizou o enfoque do risco político, dando-lhe contornos mais suaves. Numa decisão de 1981, entendeu aquela Corte de Justiça que o risco político será causa para a sustação da garantia, quando o evento impeditivo do cumprimento do contrato é oriundo de um órgão do Estado e o beneficiário da garantia é outro órgão do mesmo Estado. Assim, se daria a sustação da garantia quando o Estado reclamasse sua execução em decorrência do inadimplemento de uma obrigação que a outra parte estivesse impedida de cumprir, por força de ato ou manifestação de outro órgão do mesmo Estado beneficiário da garantia.

8. CONCLUSÃO

A garantia à primeira solicitação vem ganhando contornos mais nítidos para a formulação de uma teoria própria. Tal qual inúmeros outros institutos do direito do comércio internacional, primeiramente assumiu ela posição de destaque na prática comercial, para depois chamar a atenção dos juristas, convocados para sua definição.

Na análise dessa nova garantia sobressai a importância da boa-fé, cada vez mais importante no dinâmico pro-

cesso do comércio internacional. Custa a crer, quando se parte de uma perspectiva doméstica, quase provinciana, de garantias solidamente amarradas à sorte e destino da obrigação principal, que se venha a admitir um tipo de garantia em que a mera solicitação do credor, independentemente de qualquer evento, fato ou comprovação, seja suficiente para a execução da mesma perante o garantidor.

Entretanto, é justamente essa independência, essa praticidade, que transformam a garantia à primeira demanda em instrumento predileto de várias contratações internacionais. Sua liquidez quase absoluta, sua execução desvinculada do contrato-base, são as grandes razões de seu sucesso.

Cuidadosos e econômicos têm sido vários Tribunais nacionais, mesmo naqueles países profundamente integrados na sofisticada prática do comércio internacional, quando chamados a sustar a execução de tal garantia, já acionada pelo beneficiário-credor. Apenas a fraude evidente ou a notória má-fé do ordenador têm servido como argumentos suficientes para convencer os julgadores. Na verdade, estão os Juízes, principalmente os dos países desenvolvidos em matéria de comércio internacional, convencidos de que a consagração da garantia à primeira demanda como efetivo meio de dar mais segurança ao comércio internacional, passa necessariamente por seu reconhecimento pelo Judiciário. Se os Tribunais vierem a admitir, salvo casos excepcionalíssimos, que por meio de sentenças liminares em medidas cautelares, os Bancos deixem de honrar imediatamente a garantia assumida, certamente estará decretada a falência desse instituto de garantia, nascido e criado exclusivamente em nome da autonomia e da liquidez quase perfeitas. Da ponderação da Jurisprudência depende o futuro da garantia à primeira solicitação.

NOTAS

1. Rodrigo Etchenique, "Garantias Contractuales", in *Regimen Juridico de las Garantias Contractuales en el Comercio Internacional*, Ed. Centro de Estudos Comerciais do Ministério da Economia, Madri, 1981.

2. Irineu Strenger, *Contratos Internacionais do Comércio*, Ed. RT, S. Paulo, 1986, p. 154.

3. Ver análise do crédito documentado como forma de pagamento e garantia, in Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "O uso das cartas de crédito comerciais como instrumento de garantia", in *Direito Comercial*, 1976, pp. 3-29 e Waldírio Bulgarelli, "O crédito documentado irrevogável: Um novo título de crédito"?, in *RDM* 32/57-76, 1978.

4. Arnoldo Wald, "A garantia à primeira demanda no direito comparado", in *RDM* 66/7, 1987.

5. Henry Lesguillons, "As garantias bancárias: Tendências atuais", in *As Garantias Bancárias nos Contratos Internacionais*, Saraiva, 1985, p. 5.

6. Idem, ob. cit., p. 6.

7. Idem, ob. cit., p. 9.

8. Idem, ob. cit., p. 11.