

Direito Comparado

Alemanha-Brasil

temas de direito privado
em estudos originais e traduzidos



Lisiane Feiten Wingert Ody
Organizadora

ISBN: 978-65-5973-019-3

Direito Comparado

Alemanha-Brasil

temas de direito privado
em estudos originais e traduzidos

Lisiane Feiten Wingert Ody
Organizadora

Porto Alegre, 2021

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Reitor: Carlos André Bulhões Mendes

Vice-Reitora: Patrícia Helena Lucas Pranke

Faculdade de Direito

Diretora: Claudia Lima Marques

Vice-Diretora: Ana Paula Motta Costa

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Reitor: Prof. Dr. Dr. h.c. Bernhard Eitel

Vice-Reitores: Prof. Dr. Jörg Pross, Prof. Dr. Karin Schumacher,

Prof. Dr. Anja-Désirée Senz, Prof. Dr. Matthias Weidemüller e Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Juristische Fakultät

Diretor: Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A.

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Reitor: Ir. Evilázio Teixeira

Vice-Reitor: Ir. Manuir José Mentges

Escola de Direito

Decano: Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Decana Associada: Regina Linden Ruaro

Este livro foi impresso com o apoio financeiro do Ministério das Relações Exteriores da República Federal da Alemanha através do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD).

Núcleo de Produção Editorial – NUPE/Gráfica da UFRGS

Capa e Projeto Gráfico: Michele Bandeira

Diagramação: David Raksa e Michele Bandeira

Revisão de padrão: Tayná Werlang

Ilustração da capa: Maria Eduarda Gomes Lins Pastl

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598

Direito comparado Alemanha-Brasil: temas de direito privado em estudos originais e traduzidos / Lisiane Feiten Wingert Ody (organizadora). – Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2021.

Vários autores
Referências
ISBN 9786559730193

1. Direito civil. 2. Direito comparado. 3. Direito privado. I. Ody, Lisiane Feiten Wingert (org.). II. Título.

CDU – 340.5

Garantia autônoma à primeira demanda no direito alemão e inglês no contexto do comércio internacional

Amanda Lemos Dill*

Sumário: Introdução. I. Perfil funcional: Caracterização do instituto. 1. Autonomia. 2. Automaticidade e a interpretação da garantia. II. Perfil estrutural: a compreensão das relações necessárias. 1. Relação de garantia: os limites ao pagamento incondicional e automático. 2. Relações adjacentes à garantia: as controvérsias atinentes a relação jurídica subjacente e a relação de cobertura. Conclusão. Referências.

Introdução

“Garantia é, para o Direito, fenômeno indicado por palavra polissêmica que admite vários níveis de concretização”.¹ Diante do vasto campo das garantias, novas figuras são continuamente arquitetadas, haja vista as necessidades práticas, em especial, as do comércio.² A garantia autônoma à primeira demanda é uma dessas novas figuras que nasceu e foi modelada pela prática do comércio internacional.³

Referida garantia, também denominada garantia à primeira solicitação, constitui um contrato, pelo qual o garantidor se compromete a entregar uma soma pecuniária previamente acordada ao beneficiário da garantia, quando

* Advogada, bacharel em Direito pela UFRGS, mestranda em Direito Privado pela UFRGS.

¹ MARTINS-COSTA, Judith; BENETTI, Giovana. As Cartas de Conforto: modalidades e eficácia. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coord.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 433.

² MARTINS-COSTA, Judith. BENETTI, Giovana. As Cartas de Conforto: modalidades e eficácia. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coord.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 433.

³ FRADERA, Vera. Os contratos autônomos de garantia. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 53, p. 170-180, 1991. p. 170.

este simplesmente o interpele, sem que se possam ser invocados meios de defesa ou exceções com base no contrato que ensejou a operação.⁴

É também designada de garantia bancária autônoma, em razão de ser muito utilizada por bancos, no entanto, sua aplicabilidade não se limita ao contexto bancário.⁵ A designação dessa garantia no âmbito português e brasileiro é bastante controversa, já que a nomenclatura “garantia autônoma à primeira demanda” dá azo a confusões terminológicas indesejadas. Cita-se, exemplificativamente, que no direito brasileiro o termo “demanda” remete a processo judicial, no entanto, o substantivo “demanda”, no caso da garantia, significa o pedido do beneficiário frente ao garantidor. Ainda, poder-se-ia entender que o uso da palavra “primeira” significaria que haveria outros pedidos, todavia, pretende-se designar que o pagamento é imediato, tão logo seja realizado o pedido pelo beneficiário.

No âmbito do direito internacional, a terminologia em inglês também é objeto de confusões semânticas e conceituais, sendo necessários alguns esclarecimentos.⁶ Em sua origem, a palavra *guarantee* denota um contrato de fiança, em que o garantidor assume a responsabilidade de responder pelo débito ou inadimplemento de outra pessoa. Nessa perspectiva a responsabilidade do garantidor é secundária, sendo o contrato acessório. Quando a garantia é autônoma, o termo utilizado normalmente é *bond*, sendo designada *demand guarantees*, *performance bond* ou *bank guarantee*. Essa garantia tem um caráter documental, cuja característica é o pagamento pela simples apresentação do documento ao garantidor.⁷

⁴ Ver JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 13: “A garantia autônoma, igualmente conhecida por garantia pura, incondicional, abstrata, independente, ou por garantia (bancária) automática, à primeira solicitação, à primeira interpelação ou de pagamento imediato, trata-se de um tipo de garantia que, na formula mais comum, é prestada por uma entidade, normalmente um banco, que se obriga a entregar, a pedido de um terceiro, uma soma pecuniária previamente acordada, ao beneficiário da garantia logo que este prove o incumprimento de determinado contrato por parte do terceiro (contrato autônomo de garantia simples) ou de imediato, quando este simplesmente o interpele a realizar essa prestação (contrato autônomo de garantia automática ou à primeira solicitação), mas abdicando desde logo, em ambos os casos, a opor ao beneficiário quaisquer exceções derivadas tanto da sua relação com o terceiro garantido, como da relação jurídica cujo cumprimento garante.” No direito brasileiro ver: WALD, Arnoldo. *A garantia a primeira demanda no direito comparado*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico Financeiro*, ano XXVI, n. 66, abr./jun. 1987. p. 5.

⁵ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2016. 5. ed. p. 137-138.

⁶ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 3. No mesmo sentido: MCKENDRICK, Ewan. *Goode on Commercial Law*. London: Penguin Group, 2010. p. 1124.

⁷ MCKENDRICK, Ewan. *Goode on Commercial Law*. London: Penguin Group, 2010. p. 1129.

A matéria de garantias é regulada pela ICC, atualmente pelo *Uniform Rules for Demand Guarantees* (URDG) 758 (publicada em 2010),⁸ que utiliza o termo *demand guarantee* ou *guarantee* para designar o tipo autônomo de garantia. Há regulação, também, pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional (CNUDCI ou UNCITRAL) através da Convenção sobre Garantias Independentes e as cartas de crédito *stand-by*, que entrou em vigor em 2000, mas foi ratificada apenas por 8 Estados.⁹ A FIDIC¹⁰ aprovou oficialmente a URDG 758, sob recomendação de seu comitê de contratos em março de 2012. A garantia prevista é referenciada nos contratos FIDIC e há modelos de cláusulas em seus livros.¹¹

A teorização inicial do contrato de garantia deve-se a Rudolf Stammler¹², que em 1886 publicou um trabalho distinguindo as garantias acessórias de uma obrigação principal (fiança, mandato de crédito) das garantias autônomas, independentes da relação garantida, cujo fundamento decorre da autonomia privada (contrato de garantia – *Garantievertrag*).¹³

Esse tipo de garantia começou a ser usado durante o início da década de 1970. O aumento da riqueza com produção de petróleo nos países oriente médio possibilitou a conclusão de contratos com empresas ocidentais para projetos de larga escala, como planos de construção de infraestrutura (rodovias, aeroportos, instalações portuárias), obras públicas (habitação, hospitais, comunicação, estações de energia elétrica), projetos industriais e agrícolas e relacionados à defesa nacional. Essa foi a área de origem e da demanda

⁸ Essa publicação é sucessora do URDG 458, que vigeu de 1991 a 2010. Conforme AFFAKI, Georges; GOODE, Roy. *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*. Paris: ICC Services Publications, 2011, prefácio: "The need for a change. Yet URDG 458 were the first attempt by ICC to codify independent guarantee practice. Over the years, the application of their provisions shed light on the need for various drafting adjustments, clarifications, expansion of scope or corrections of the adopted standard".

⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 208.

¹⁰ É a sigla de *International Federation of Consulting Engineers*, que em Português é *Federação Internacional de Engenheiros Consultores*.

¹¹ Disponível em: <http://fidic.org/node/832>. Acesso em: 3 maio 2019.

¹² STAMMLER, Rudolf. Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung. *Archiv für die civilistische Praxis*, 69. Bd., H. 1, p. 1-141, 1886. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41039199>. Acesso em: 7 maio 2019.

¹³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio; PINTO MONTEIRO, Antônio. Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação. *Colectânea de jurisprudência*, ano XI, t. V, p. 15-34, 1986. p. 18. Ver também: BENATTI, Francesco. Il contratto autonomo di garanzia. *Banca Borsa e titoli di credito*, II, p. 171-192, 1982. p. 171; JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 17.

inicial das garantias aos bancos e especialmente daquelas cujo pagamento era a primeira demanda.¹⁴

O “boom” petrolífero a partir de 1973 aumentou a liquidez das moedas dos países produtores de petróleo, o que acarretou uma enorme procura de bens e serviços. Esses países passaram a ser um mercado para empresas de construção e de fornecimento de produtos manufaturados. Em 1973 as despesas com a construção civil no oriente médio rondavam o montante de quinze milhões de Dólares norte-americanos; em 1980 esse número passou para quarenta e seis milhões de Dólares norte-americanos.¹⁵

As transações nesse contexto passaram a ser maiores e os investimentos em grandes projetos se ampliaram.¹⁶ Além disso, as operações de importação e exportação tornaram-se cada vez mais complexas “devido a existência de questões envolvendo as partes em problemas não só jurídicos, como técnicos, administrativos, econômicos, industriais, além de sujeitarem os contratantes às normas cogentes, traçadas pelas Ordens Jurídicas nacionais, do importador e do exportador”.¹⁷

Nesse âmbito, as garantias até então conhecidas não estavam sendo suficientes para afastar os riscos de inadimplemento de obrigações que não apenas relacionadas ao pagamento do preço.¹⁸ A fiança, acessória e subsidiária por natureza, não era vantajosa diante da possibilidade de serem invocadas defesas para o não pagamento. Da mesma forma, o aval não respondia às exigências do comércio, diante sua dependência em relação a certos títulos de crédito, rigidez e limitada autonomia.¹⁹

Em decorrência do aumento dos riscos no comércio internacional, surgiu a necessidade ampliação das opções de garantias.²⁰ Foi a partir de então

¹⁴ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 1.

¹⁵ JARDIM, Mônica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 19.

¹⁶ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 1.

¹⁷ FRADERA, Vera. Os contratos autônomos de garantia. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 53, p. 170-180, 1991. p. 171.

¹⁸ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 2. No mesmo sentido: MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo (coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105.

¹⁹ CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992. p. 518.

²⁰ FRADERA, Vera. Os contratos autônomos de garantia. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 53, p. 170-180, 1991. p. 171.

que o contrato de garantia autônoma (*Garantievertrag*), antes teorizado por Stammler, passou a ser utilizado na prática internacional. Mas esse contrato de garantia ainda deixava aberto o risco de contestação acerca da existência dos pressupostos da obrigação do garante (prova do inadimplemento do devedor principal). Então, a prática comercial criou, para evitar esse risco, a cláusula de pagamento “à primeira demanda”.²¹

Com esse tipo de garantia consegue-se uma segurança total, isso porque a garantia não só se desliga (porque autônoma) da relação principal (entre beneficiário e devedor), mas também se elimina o risco de litigância e de não pagamento em razão de ausência de algum de seus pressupostos.²² Esse tipo de garantia foi o que atraiu a atenção dos investidores, pois possibilitou ao beneficiário o recebimento do pagamento do garantidor sem a necessidade de apresentação de qualquer prova do inadimplemento da obrigação principal pelo devedor.²³

Esse trabalho buscará na primeira parte expor as principais características da garantia autônoma à primeira demanda, quais sejam, a autonomia e a automaticidade, utilizando os modelos alemão e inglês para a compreensão e comparação do instituto.

Na segunda parte deste artigo a estrutura da garantia e as problemáticas envolvendo as relações jurídicas necessárias a formação da garantia serão analisadas, também sob o viés comparatista do direito alemão e inglês.

I. Perfil funcional: caracterização do instituto

A compreensão da garantia autônoma à primeira demanda perpassa pela exposição do significado das duas características que lhe são essenciais: (1.1.) a autonomia e (1.2.) a automaticidade.

²¹ BENATTI, Francesco. Il contrato autónomo di garanzia. *Banca Borsa e titoli di credito*, II, p. 171-192, 1982. p. 17.

²² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio; PINTO MONTEIRO, Antônio. Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação. *Colectânea de jurisprudência*, ano XI, t. V, p. 15-34, 1986. p. 19.

²³ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 2. No mesmo sentido: CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992. p. 518; JARDIM, Monica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 19-20.

1. *Autonomia*

A característica essencial do contrato autônomo de garantia à primeira demanda é a sua autonomia, ao contrário da fiança.²⁴ Entende-se que a autonomia corresponde à impossibilidade de o garantidor opor os meios de defesa próprios do devedor garantido, bem como significa a ininvocabilidade, em regra, de quaisquer objeções sobre a subsistência ou a validade do crédito.²⁵

No âmbito das regulações internacionais, o artigo 5.º (a) da URDG 758 preceitua que a garantia autônoma é por natureza independente da relação subjacente. Referido artigo estabelece, ainda, que a obrigação do garantidor não se sujeita a pretensões ou defesas derivadas da relação jurídica subjacente. No mesmo sentido aponta a Convenção sobre Garantias Independentes e as cartas de crédito *stand-by*, que, no artigo 3.º, atribui à independência da obrigação assumida pelo garantidor, não só a sua desvinculação quanto à existência ou validade da relação jurídica base ou de qualquer outra obrigação, mas também a sua não sujeição a qualquer termo ou condição não constante da garantia, ou a qualquer ato, ou evento futuro e incerto – a não ser na hipótese de apresentação de documentos ou outro ato ou evento dentro da esfera de operação do garantidor.²⁶

Isto é, a obrigação que emerge do contrato de garantia é autônoma em dois aspectos: tanto atinente à relação jurídica subjacente (relação de atribuição), quanto face à relação de cobertura estabelecida entre o garantidor e o devedor principal.²⁷ A autonomia face ao contrato base significa que o garantidor não pode opor ao beneficiário as exceções fundadas na relação principal entre

²⁴ CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992. p. 532; CORREIA, A. Ferrer. Notas para o estudo da garantia bancária. *Revista de Direito e Economia*, jul./dez 1982. p. 5-6.

²⁵ CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992. p. 532; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio; PINTO MONTEIRO, Antônio. Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação. *Colectânea de jurisprudência*, ano XI, t. V, p. 15-34, 1986. p. 20.

²⁶ As convenções internacionais, apesar de indicarem com precisão o significado da autonomia da garantia, fornecendo segurança jurídica ao instituto, normalmente são aplicáveis apenas como parâmetros hermenêuticos, isso porque somente é possível utilizar-se de suas regras, quando as partes expressamente as escolherem. Nada obstante, a prática do comércio internacional vem endossando a adoção das regras das referidas convenções, principalmente após a incorporação da URDG 758 nos contratos modelos da FIDIC. Nesse sentido ver: MCKENDRICK, Ewan. *Goode on Commercial Law*. London: Penguin Group, 2010. p. 1131.

²⁷ JARDIM, Monica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 115; BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 175.

devedor e credor. Assim, o pagamento ao beneficiário depende tão somente da verificação das condições definidas no contrato de garantia²⁸.

As cortes Inglesas há muito enfatizam que o propósito da garantia autônoma à primeira demanda é ser um remédio expedito, condicionado apenas à apresentação do pedido (*demand*) e de documentos contidos no contrato.²⁹ É clássica, e significativa nesse sentido, a decisão da *Court of Appeal* no caso *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.*³⁰, julgado em 1978.

Nesse caso³¹, Edward Owen Engineering Ltd. obrigou-se fornecer materiais de vidro a um importador líbio, este que exigiu a contratação de uma garantia à primeira demanda junto ao Barclays Bank International Ltd. com o objetivo de assegurar o fornecimento dos materiais. Em contraprestação, o importador líbio comprometeu-se a pagar o preço através de cartas de crédito. Todavia, em determinada ocasião, parte do pagamento do preço deixou de ser efetuada, conseqüentemente, Edward Owen Engineering Ltd. suspendeu o fornecimento dos materiais de vidro. Diante dessa situação, o importador líbio acionou a garantia para pagamento imediato. Os Ingleses apresentaram imediatamente pedido liminar para que a garantia não fosse paga pelo garantidor, já que não teria havido o pagamento pelos produtos. A liminar foi concedida em primeira instância, mas revogada pela Corte de Apelação.

Entendeu-se ser irrelevante para o banco garantidor as questões entre o credor e o devedor da relação jurídica subjacente, ou seja, entre o fornecedor de vidros e o importador líbio. O banco garantidor deve pagar de acordo com a garantia estipulada, assim que for demandado. Lord Denning, o julgador desse caso, enfatizou que as cortes não podem interferir nas obrigações irrevogáveis assumidas pelos bancos. Ainda, utilizou-se da seguinte passagem do julgamento de *Harbottle (Mercantile) Ltda. v. National Westminster Bank Ltd.*, que havia ocorrido naquele mesmo ano: "it is only in exceptional cases that the courts will interfere with the machinery of irrevocable obligations assumed bus banks. They are the life-blood of international commerce."³²

²⁸ JARDIM, Monica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 115.

²⁹ MCKENDRICK, Ewan. *Goode on Commercial Law*. London: Penguin Group, 2010. p. 1138.

³⁰ Edward Owen Engineering Ltd V Barclays Bank International Ltd: CA 1978.

³¹ Sobre a descrição do caso na doutrina ver: CARR, Indira; STONE, Peter. *International Trade Law*. London: Routledge, 2014. 470.

³² R D Harbottle (Mercantile) Limited V National Westminster Bank Limited: CA 1978.

Essa racionalidade do direito inglês também é adotada no direito alemão. Barillà, analisando a garantia autônoma na Alemanha, aponta que é irrelevante o fato de ter havido pagamento parcial pelo devedor na relação jurídica subjacente. A responsabilidade do garantidor diante do beneficiário é aquela determinada pelas disposições contidas no texto da garantia, já que esta é juridicamente autônoma ao contrato da relação jurídica subjacente.³³

Do mesmo modo, em função da autonomia, a doutrina alemã entende que as modificações realizadas no contrato da relação jurídica subjacente não podem impactar a obrigação do garante, devido à natureza independente de sua prestação. Aliás, se o devedor e o credor modificam o contrato-base, as disposições da garantia não são automaticamente modificadas, ante a sua autonomia.³⁴ A modificação somente teria efeito, no âmbito do direito alemão, se o garantidor, a pedido do devedor da relação jurídica subjacente, comunicasse expressamente ao beneficiário e este aceitasse a alteração.³⁵ Isto é, sempre que as modificações da relação de base tenham por consequência a alteração substancial dos riscos assumidos pelo garantidor, para que os riscos sejam garantidos, é necessária a comunicação do garantidor, sob pena de desvinculação por alteração dos riscos inerentes à obrigação assumida.³⁶

Em razão da característica da autonomia, muito se questionou se a garantia seria um negócio jurídico causal ou abstrato. As respostas a essa questão variam conforme o ordenamento jurídico.

No direito alemão, alguns autores se pronunciam pela causalidade do contrato autônomo de garantia (*Garantievertrag*), outros qualificam-no como um negócio “externamente abstrato”.³⁷ A respeito, Klemens Pleyer afirma haver uma preferência ao tratamento abstrato da garantia, porque corresponde

³³ BARILLÀ, Giovanni. *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*. Categorie civilistiche e prassi del commercio. Frankfurt: Ed. Peter Lang, 2005. p. 76.

³⁴ PORTALE, Giuseppe. Le garanzie bancarie internazionale (Questioni). *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I, p. 57-119, 1985. p. 14.

³⁵ BARILLÀ, Giovanni. *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*. Categorie civilistiche e prassi del commercio. Frankfurt: Ed. Peter Lang, 2005. p. 76.

³⁶ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 119. “O garante, tendo assumido a responsabilidade pela produção de um determinado resultado, com base em determinados pressupostos, não pode ver esses pressupostos modificados ou acrescentados, sem poder manifestar sua posição concordante ou discordante. Parece-nos, assim, que o garante deve ser consultado sobre as alterações da relação de base, sob pena de se poder considerar desvinculado por alterações dos riscos inerentes à obrigação assumida. Tal posição não determina que se considere, neste caso, a garantia como juridicamente dependente do contrato-base, pois o que está em causa é a alteração dos pressupostos de funcionamento da garantia relativos ao resultado garantido.”

³⁷ BARILLÀ, Giovanni. *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*. Categorie civilistiche e prassi del commercio. Frankfurt: Ed. Peter Lang, 2005. p. 52-53.

melhor às necessidades práticas e, também, porque não é possível opor as defesas previstas nos §§ 821, 812, do BGB.³⁸

Haja vista que o direito alemão prevê a existência de negócios jurídicos abstratos, é irrelevante divagar sobre a natureza causal ou abstrata do contrato de garantia (*Garantievertrag*), segundo Barillà.³⁹ De forma geral, entende-se haver um alto grau abstração, sobretudo porque o garantidor assume um débito próprio, independente da relação jurídica subjacente.⁴⁰

Na Inglaterra, os tribunais entendem pela natureza abstrata da figura, aceitando a sua validade,⁴¹ e que a caracterização da garantia “is a matter of construction”.⁴² Assim, de forma geral, a natureza causal ou abstrata da garantia não inquieta os tribunais britânicos, que são pragmáticos.⁴³ O Inglêses buscam compreender casuisticamente qual foi o tipo de garantia estipulada, se é possível a oposição de exceções da relação jurídica subjacente, se houve fraude, abuso etc.; tudo voltado para a resolução do caso.

Por outro lado, em países como Portugal, Itália e França a discussão sobre a natureza do contrato de garantia foi mais aprofundada, já que, para a sua admissão pelo ordenamento jurídico, não seria possível considerá-la como negócio jurídico abstrato⁴⁴. Foi difícil compreender que a autonomia significa que a existência e a validade da obrigação do garantidor não dependem

³⁸ PLEYER, Klemens. República Federal da Alemanha. LESGUILLONS, Henry. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 156.

³⁹ BARILLÀ, Giovanni. *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*. Categorie civilistiche e prassi del commercio. Frankfurt: Ed. Peter Lang, 2005. p. 53. Ver também: BENATTI, Francesco. Il contratto autonomo di garanzia. *Banca Borsa e titoli di credito*, II, p. 171-192, 1982. p. 177: “La discussione sulla astrattezza o causalità di tale contratto, sorta per il fatto che esso obbliga il garante ad eseguire la prestazione anche nel caso di nullità del contratto base o di sopravvenuta impossibilità della prestazione principale, incide solo sulla sua disciplina, ma è irrilevante ai fini della sua validità, in quanto il codice tedesco conosce l'atto astratto.”

⁴⁰ BARILLÀ, Giovanni. *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*. Categorie civilistiche e prassi del commercio. Frankfurt: Ed. Peter Lang, 2005. p. 53.

⁴¹ CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992. p. 572.

⁴² SEALY, L. S.; HOOLEY, J. A. *Commercial Law: text, cases and materials*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 1151-1152. “A court may also have to decide whether an instrument is a contract of guarantee as opposed to a ‘demand guarantee’, ‘performance bond’ or ‘demand bond’, where the liability of the issuer of the instrument is primary and not secondary, although the intention is that it should not be enforced except in a case of default by the principal debtor.”

⁴³ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 411.

⁴⁴ CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992. p. 573.

da existência e da validade da relação subjacente.⁴⁵ A grande questão era compreender como o contrato de garantia autônoma permanecia vinculante se o contrato base fosse nulo.⁴⁶

Essas dificuldades foram superadas a partir da compreensão de que as partes podem acordar a não invocabilidade de exceções, cujo limite é o próprio ordenamento jurídico; e de que a *ratio* do contrato de garantia autônoma é assegurar a posição do credor de forma célere e segura, e que só depois, por iniciativa do devedor, discute-se a ausência de causa.⁴⁷

Nesse sentido, Almeida Costa e Pinto Monteiro são esclarecedores acerca da confusão que foi criada: o fato de a garantia autônoma abstrair as vicissitudes do contrato-base significa apenas que esta garantia, ao contrário da fiança, não é acessória, mas sim autônoma – o que não significa que esse negócio não tenha causa.⁴⁸ Diante dessa racionalidade, em Portugal, Itália e França foi construída a admissibilidade da garantia autônoma, entendendo-a como um negócio jurídico causal, porquanto comporta em si uma função econômico social própria, a função de garantia.⁴⁹

Diz-se que “a garantia à primeira solicitação não se configura como um ato mudo acerca da causa, sucedendo apenas que, por vontade das partes, o seu relevo é reduzido nos limites previstos por elas próprias.”⁵⁰ A causa da garantia autônoma, isto é, a sua finalidade econômico-social, o seu escopo, é garantir determinado contrato-base, “finalidade esta objetivada na própria carta de garantia e nos contratos (entre credor e o devedor e entre este e o banco) que precedem.”⁵¹

Analisada a autonomia, faz-se necessário compreender a automaticidade da garantia à primeira demanda. E, se referida automaticidade implica necessariamente na existência de uma garantia autônoma.

⁴⁵ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio; PINTO MONTEIRO, Antônio. Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação. *Colectânea de jurisprudência*, ano XI, t. V, p. 15-34, 1986. p. 22.

⁴⁶ CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992. p. 534.

⁴⁷ CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992. p. 534.

⁴⁸ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio; PINTO MONTEIRO, Antônio. Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação. *Colectânea de jurisprudência*, ano XI, t. V, p. 15-34, 1986. p. 21.

⁴⁹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 140.

⁵⁰ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio; PINTO MONTEIRO, Antônio. Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação. *Colectânea de jurisprudência*, ano XI, t. V, p. 15-34, 1986. p. 22.

⁵¹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio; PINTO MONTEIRO, Antônio. Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação. *Colectânea de jurisprudência*, ano XI, t. V, p. 15-34, 1986. p. 21.

2. Automaticidade e a interpretação da garantia

A automaticidade é característica da garantia bancária autônoma quando lhe é incluída a cláusula “à primeira demanda”, pela qual o garantidor fica obrigado a entregar imediatamente o valor objeto da garantia, independentemente de prova do inadimplemento da obrigação⁵². Afirmar-se haver a elevação do grau de autonomia da garantia com a inserção dessa cláusula de pagamento automático, porque isenta o beneficiário da garantia de provar a existência de seu direito.⁵³

No entendimento de Francisco Cortez, a automaticidade só introduz alterações na estrutura tradicional da garantia bancária autônoma ao nível da exigibilidade do cumprimento da obrigação do garantidor, pois esta será imediatamente exigível com a simples demanda do beneficiário.⁵⁴ A inserção dessa cláusula ao primeiro pedido teve como objetivo eliminar qualquer risco de contestação sobre a ocorrência ou não das hipóteses que legitimam o pedido de pagamento da garantia⁵⁵.

Por muito tempo se pensou que a inclusão dessa cláusula ao primeiro pedido fosse capaz de tornar autônoma a garantia da prestação principal. No entanto, o Tribunal Federal Alemão, BGH, desmitificou essa questão.⁵⁶ Na decisão de 2 de maio de 1979, o BGH⁵⁷ considerou que, embora a cláusula ao primeiro pedido seja um indício de constituição de uma garantia autônoma, a inclusão dessa cláusula não deveria excluir a hipótese de existir uma fiança.⁵⁸

Em 24 de novembro de 1983 o BGH decidiu novamente sobre essa questão, dessa vez relacionada a um contrato internacional, mas mantendo a posição de que a inclusão de uma cláusula “a primeira demanda” não

⁵² CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992. p. 536; PORTALE, Giuseppe B. Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria. In: PORTALE, Giuseppe B. *Le garanzie bancarie internazional*. Milano: Giufrè Editore, 1989. p. 11.

⁵³ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 147. No mesmo sentido: GOMES, Manuel Januário da Costa. *A Chamada “fiança ao primeiro pedido”*. Estudos de direito das garantias. Coimbra: Almedina, 2003. p. 142.

⁵⁴ CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992. p. 536.

⁵⁵ PORTALE, Giuseppe B. Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria. In: PORTALE, Giuseppe B. *Le garanzie bancarie internazional*. Milano: Giufrè Editore, 1989. p. 11.

⁵⁶ PORTALE, Giuseppe. Le garanzie bancarie internazional (Questioni). *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I, p. 57-119, 1985. p. 63.

⁵⁷ ALEMANHA. BGH, S. 2 maio 1979.

⁵⁸ GOMES, Manuel Januário da Costa. *A Chamada “fiança ao primeiro pedido”*. Estudos de direito das garantias. Coimbra: Almedina, 2003. p. 146.

tornaria a garantia *per se* autônoma. Os juristas alemães diante dessa decisão tentaram descrever a diferença existente entre a fiança ao primeiro pedido e o *Garantievertrag*, explicando que a cláusula ao primeiro pedido tem apenas um valor processual, não rompendo a acessoriedade da fiança.⁵⁹

Em 1990 o BGH,⁶⁰ aceitando a possibilidade de fiança ao primeiro pedido, asseverou que essa prestação era reservada às instituições financeiras. Esse posicionamento foi atenuado pela decisão do BHG em 1997,⁶¹ em que se reconheceu a existência de uma fiança à primeira demanda em um contrato firmado por uma sociedade anônima no âmbito do direito internacional⁶².

Em 02 de abril de 1998 o BGH, enfim, fixou a jurisprudência no sentido de permitir, com base no princípio da liberalidade contratual, a prestação de fiança ao primeiro pedido por qualquer pessoa. A doutrina alemã esclareceu que a inserção da cláusula “à primeira demanda” apenas atenua a acessoriedade, que não é eliminada.⁶³ Canaris esclarece que, “uma vez que o litígio sobre a existência da dívida principal só pode ter lugar no *Rückforderungsprozess*, verifica-se um forte enfraquecimento da acessoriedade, mas não a sua total remoção”.⁶⁴

A partir de então, a existência dessa cláusula nos contratos deixou de ser critério de distinção da garantia autônoma e da fiança.⁶⁵ Ademais, ao ser admitida a cláusula “à primeira solicitação” numa fiança, destacou-se o fato de que nem toda garantia autônoma é acompanhada por essa cláusula.⁶⁶ Diante dessa realidade, concluiu-se que a cláusula “à primeira solicitação” perdeu o efeito quase mágico que permitia, só por si, identificar a autonomia da garantia autônoma e distinguir essa figura da fiança.⁶⁷

⁵⁹ JARDIM, Monica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 194.

⁶⁰ ALEMANHA. BGH, S. 05 jul. 1990.

⁶¹ ALEMANHA. BGH S. 23 jan. 1997.

⁶² GOMES, Manuel Januário da Costa. *A Chamada “fiança ao primeiro pedido”*. Estudos de direito das garantias. Coimbra: Almedina, 2003. p. 148.

⁶³ GOMES, Manuel Januário da Costa. *A Chamada “fiança ao primeiro pedido”*. Estudos de direito das garantias. Coimbra: Almedina, 2003. p. 148.

⁶⁴ GOMES, Manuel Januário da Costa. *A Chamada “fiança ao primeiro pedido”*. Estudos de direito das garantias. Coimbra: Almedina, 2003. p. 148.

⁶⁵ ATAÍDE, Daniel Medina. *Garantia autônoma e a fiança: distinções e divergências*. Aracaju: Portal Ciclo. p. 16.

⁶⁶ ATAÍDE, Daniel Medina. *Garantia autônoma e a fiança: distinções e divergências*. Aracaju: Portal Ciclo. p. 16.

⁶⁷ JARDIM, Monica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 194.

A decisão paradigmática do BGH de 1998 influenciou a doutrina de todo o mundo. Na Itália, Portale assentou que autonomia e automaticidade são “coisas perfeitamente distintas”.⁶⁸ A doutrina Portuguesa, por seu turno, passou a entender pela inconfundibilidade entre autonomia e automaticidade, esta decorrente da cláusula ao primeiro pedido⁶⁹.

A doutrina alemã buscou esclarecer que a referida cláusula na fiança tem apenas valor processual, na medida em que há a suspensão temporária da acessoriedade no momento do pagamento, sendo possível posteriormente opor exceções fundadas no contrato-base.⁷⁰ Assim, entende-se que há a transferência para o fiador dos custos e riscos do litígio.⁷¹

A fiança ao primeiro pedido seria então uma figura intermediária entre a fiança e a garantia autônoma automática. A partir do momento em que a garantia é demandada, a fiança ao primeiro pedido funciona como a garantia autônoma automática. Após, é possível recuperar o regime da fiança, numa lógica *solve et repete*, a acessoriedade adormecida.⁷² A lógica para a doutrina e jurisprudência alemãs é pagar primeiro e discutir depois, no *Rückforderungsprozess*⁷³.

Nessa hipótese, o fiador, depois de efetuar o pagamento, poderá se insurgir contra dois patrimônios: o do devedor e o beneficiário. Já na garantia autônoma à primeira demanda, o garante autônomo só pode exigir o pagamento ao devedor.⁷⁴

De toda a sorte, a identificação da autonomia ou acessoriedade da garantia que contém a cláusula de pagamento “à primeira demanda” depende do contrato das partes. É difícil saber na prática se nos encontramos diante de

⁶⁸ PORTALE, Giuseppe. Le garanzie bancarie internazionale (Questioni). *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I, 1985. p. 8.

⁶⁹ GOMES, Manuel Januário da Costa. *A Chamada “fiança ao primeiro pedido”*. Estudos de direito das garantias. Coimbra: Almedina, 2003. p. 140.

⁷⁰ PORTALE, Giuseppe. *Nuovi sviluppi del contratto di garanzia*. *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I, 1985, p. 35-55. p. 38. No mesmo sentido: ATAÍDE, Daniel Medina. *Garantia autônoma e a fiança: distinções e divergências*. Aracaju: Portal Ciclo. p. 16. p. 17; JARDIM, Monica. *A Chamada “fiança ao primeiro pedido”*. Estudos de direito das garantias. Coimbra: Almedina, 2003. p. 195.

⁷¹ ATAÍDE, Daniel Medina. *Garantia autônoma e a fiança: distinções e divergências*. Portal Ciclo, p. 17

⁷² GOMES, Manuel Januário da Costa. *A Chamada “fiança ao primeiro pedido”*. Estudos de direito das garantias. Coimbra: Almedina, 2003. p. 162.

⁷³ GOMES, Manuel Januário da Costa. *A Chamada “fiança ao primeiro pedido”*. Estudos de direito das garantias. Coimbra: Almedina, 2003. p. 147.

⁷⁴ GOMES, Manuel Januário da Costa. *A Chamada “fiança ao primeiro pedido”*. Estudos de direito das garantias. Coimbra, 2003. p. 184. No mesmo sentido: JARDIM, Monica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 195.

uma garantia bancária ou de uma fiança bancária⁷⁵. No âmbito do direito inglês, essa dificuldade é bastante perceptível nos tribunais.

É bastante elucidativo quanto a essa matéria o caso *Marubeni Hong Kong and South China Ltda. v. Mongolian Government*, julgado pela *Court of Appeal* em 2005.⁷⁶ Nesse caso, o Requerente (*Marubeni Hong Kong and South China Ltda.*) assinou um contrato com os compradores da Mongólia, em que o Ministro das Finanças da Mongólia prestou uma garantia. Nos termos dessa garantia, o Ministro das Finanças garantiu pagar ao Requerente *upon your simple demand* todo o valor do contrato de compra e venda se os compradores da Mongólia não o fizerem no prazo devido.⁷⁷

Os compradores da Mongólia deixaram de fazer os pagamentos, apesar de diversas novações. Diante dessa situação, o Requerente noticiou o governo da Mongólia e requereu o pagamento da quantia inadimplida, já que ele havia se comprometido garantir “a primeira demanda”. O governo da Mongólia se defendeu dizendo que as alterações substanciais no contrato fizeram com que sua garantia se tornasse acessória e que ele estaria liberado pela regra do precedente *Holme v. Brunskill*, de 1878. Consoante esse precedente, o garantidor é liberado automaticamente se há qualquer alteração do acordo com o devedor principal sem o seu consentimento. A *Court of Appeal* analisou a questão e entendeu que a garantia assinada pelo governo da Mongólia era acessória e aplicou o precedente *Holme v. Brunskill*, liberando o Governo da Mongólia de pagar a garantia, diante das alterações contratuais realizadas.

A justificativa dessa decisão foi que a garantia foi estipulada fora de um contexto bancário, e que seus termos não estavam claros o suficiente para atribuir o efeito da autonomia e automaticidade a garantia. A ausência de uma linguagem clara fora do contexto bancário cria uma forte presunção de acessoriedade.

Também é esclarecedor o caso *Vossloh Aktiengesellschaft v. Alpha Trains (UK) Ltd*⁷⁸. Alpha arguiu que a garantia prestada por Vossloh era à primeira demanda, ou seja, era uma garantia incondicional e independente, em que Vossloh deveria pagar assim que demandado. Por outro lado, Vossloh defendeu que a sua responsabilidade era condicional, somente podendo ser demandado

⁷⁵ PLEYER, Klemens. República Federal da Alemanha; LESGUILLONS, Henry. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 157.

⁷⁶ *Marubeni Hong Kong and South China Ltd v Ministry of Finance of Mongolia*: CA, 13 apr. 2005.

⁷⁷ SEALY, L. S.; HOOLEY, J. A. *Commercial Law: text, cases and materials*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 1152.

⁷⁸ *Vossloh Aktiengesellschaft v Alpha Trains (UK) Ltd*. [2010] EWHC 2443 (Ch) (5 oct. 2010).

através da prova de quebra do contrato principal. O tribunal concordou com Vossloh e afirmou que não era uma garantia autônoma. Novamente houve o fundamento do contexto bancário, em que o uso das palavras *on demand* não seria suficiente para tornar a garantia autônoma.

Portanto, a automaticidade e a incondicionalidade da garantia dependerão da análise do contrato firmado entre as partes, havendo uma presunção de autonomia quando o contrato é firmado no contexto bancário.

Expostas as características centrais da garantia autônoma à primeira demanda, faz-se necessário compreender a sua estrutura, bem como as relações adjacentes à sua formação.

II. Perfil estrutural: a compreensão das relações necessárias

A garantia autônoma institui uma relação triangular, em que é possível distinguir três relações jurídicas: a relação de atribuição ou relação jurídica subjacente (entre devedor/ordenador e credor/beneficiário), a relação de cobertura (entre o devedor/ordenador e o garante) a relação de execução (entre o credor/beneficiário e o garante)⁷⁹.

A relação entre o credor/beneficiário e o garante, na qual há a formação do contrato de garantia autônoma, é também denominada de relação de garantia, e será exposta no item 1 dessa segunda parte. Para a existência da referida relação, duas outras são necessárias: a relação entre devedor e credor e a relação entre devedor e garante, que serão analisadas no item 2 dessa segunda parte.

Convém advertir que a referida estrutura de relações é a básica da garantia autônoma, podendo apresentar-se de forma mais complexa conforme a relação comercial exigir, o que ocorre normalmente nas transações internacionais com a formação de contragarantias. No entanto, em razão do propósito desse estudo, somente será desenvolvida as questões atinentes a sua estrutura básica.

1. Relação de garantia: os limites ao pagamento incondicional e automático

A relação de execução é formada pelo garantidor, enquanto sujeito passivo ou devedor, e pelo beneficiário, enquanto sujeito ativo ou credor. É neste nível que surge o contrato de garantia autônoma, em que o garantidor

⁷⁹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. 5. ed. Coimbra, 2016. p. 143.

se vincula perante o credor a pagar certa quantia em dinheiro, assim que este lhe demande para tanto.⁸⁰

Há a formação de um verdadeiro contrato, em que exige a aceitação do beneficiário, ainda que tácita. O contrato formado é unilateral, porquanto cria obrigações apenas para o garantidor⁸¹. É um contrato consensual, inominado, não-real e gratuito, porque o garantidor obtém a contrapartida pela emissão da garantia apenas ao nível da relação de cobertura, com o devedor.⁸²

No Direito Inglês, para que haja a vinculação de uma garantia acessória, como a fiança, esta deve ser documentada ou baseada em uma *consideration*.⁸³ A fiança é uma promessa de um terceiro que assume responder por uma dívida, por um inadimplemento ou por uma perda do devedor, que somente será vinculante sob o *Statute of Frauds* se estiver evidenciada *by note or memorandum* escrito assinado pelo garantidor ou por alguém autorizado para tanto. Esse documento deve identificar as partes e todos os termos materiais, mas não necessita especificar a *consideration*.⁸⁴

Muito se questionou se essas disposições seriam aplicáveis às garantias autônomas à primeira demanda. Entendeu-se, então, que em razão de a garantia ser fundada no desenvolvimento do comércio internacional, e que sua exequibilidade decorre de sua própria natureza, não se aplicam as doutrinas tradicionais que regem os contratos.⁸⁵

As garantias autônomas, em especial as *demand guarantees*⁸⁶, têm sido caracterizadas como *commitments*, um tipo contratual *sui generis* e como *engagements*. Independentemente da natureza exata desse instrumento, ele é aceito como uma promessa de pagamento, sendo considerado vinculante

⁸⁰ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 60.

⁸¹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 144.

⁸² JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 103.

⁸³ Sobre *consideration*, ver GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1995. p. 20. "A formula which became fashionable put it in terms of benefit and detriment. If a promisor received any benefit from a transaction, that was sufficient consideration to support his promise. On the other hand, if a promisee suffered any detriment, that, likewise, was sufficient to support the promise. Any benefit would do; any detriment would do." Ver também: GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. New York: Oxford University Press, 1991. p. 171-175.

⁸⁴ MCKENDRICK, Ewan. *Goode on Commercial Law*. London: Penguin Group, 2010. p. 889-890.

⁸⁵ MOFLEH, Amer Ibrahim. *Abstract payment undertakings: to what extent are they truly abstract?* Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester, Faculty of Law, University of Leicester, 2005. p. 37.

⁸⁶ *Demand guarantees* é o termo usado pela *Uniform Rules for Demand Guarantees*, n. 758, 2010, para designar uma obrigação de garantia autônoma, a definição está no art. 2(a): *Demand guarantee or presentation means any signed undertaking, however named or described, providing for payment on*

pela comunicação ao beneficiário, assim a doutrina da *consideration* não afeta a sua obrigatoriedade.⁸⁷

No âmbito dessa relação, é importante salientar que a demanda da garantia pelo beneficiário é o momento em que os efeitos da garantia autônoma à primeira demanda irão se manifestar visivelmente no mundo dos fatos. Ou seja, as características de autonomia e automaticidade serão percebidas com maior intensidade quando do pedido de pagamento da garantia pelo beneficiário.

Segundo Almeida Costa e Pinto Monteiro, o princípio fundamental que deve pautar o garantidor quando da demanda da garantia é da estrita neutralidade.⁸⁸ Esse princípio foi objeto de diversas decisões em vários os países⁸⁹, merecendo destaque, para os fins desse artigo, as alemãs e as inglesas.

O referido princípio é fundado tanto na função de garantia bancária de que deve assegurar ao beneficiário uma execução rápida da pretensão do devedor, quanto no interesse do banco garantidor em não manchar sua reputação.⁹⁰ No entanto, há limites que devem ser observados, em que pese o objetivo da garantia autônoma à primeira demanda seja a realização do pagamento de forma expedita. Um dos limites é a não realização do pagamento da garantia quando o pedido do beneficiário for manifestamente abusivo ou fraudulento.⁹¹

Uma das primeiras decisões alemãs sobre essa matéria foi a *Landgericht de Frankfurt am Main*, de 14 de dezembro de 1979.⁹² Um exportador alemão havia concluído com uma entidade estatal iraniana um contrato referente ao

⁸⁷ MOFLEH, Amer Ibrahim. *Abstract payment undertakings: to what extent are they truly abstract?* Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester. Faculty of Law, University of Leicester, 2005, p.37-38. No mesmo sentido ver: BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 56.

⁸⁸ ALMEIDA COSTA, Mario Julio; PINTO MONTEIRO, Antonio. *Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação. Colectanea de jurisprudencia*, ano XI, t. V, 1986. p. 20.

⁸⁹ POULLET, Yves. *La jurisprudence recente em matiere de garantie bancaire dans les contrats internationaux. Banca Borsa e Titoli de credito*, III, 1982. p. 408.

⁹⁰ POULLET, Yves. *La jurisprudence recente em matiere de garantie bancaire dans les contrats internationaux. Banca Borsa e Titoli de credito*, III, 1982. p. 408.

⁹¹ LESGUILLONS, Henry. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 9. No mesmo sentido: POULLET, Yves. *La jurisprudence recente em matiere de garantie bancaire dans les contrats internationaux. Banca Borsa e Titoli de credito*, III, 1982. p. 408; ALMEIDA COSTA, Mario Julio; PINTO MONTEIRO, Antonio. *Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação. Colectanea de jurisprudencia*, ano XI, t. V, 1986. p. 20.

⁹² LESGUILLONS, Henry. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 11.

fornecimento de 100 máquinas. Segundo o contrato, o exportador não tinha a obrigação nem de transportar as máquinas, nem de instalá-las. O fornecedor alemão contratou uma garantia de boa execução junto ao Banco Melli Iran, e esta havia sido contragarantida pelo *Dresdner Bank*. Foram entregues noventa e sete máquinas, no entanto, a entidade iraniana teve dificuldades para instalá-las e montá-las. Foi dada a ordem ao exportador alemão para não entregar as máquinas e foi pedida a execução da garantia.⁹³

Diante desse cenário, o exportador alemão ajuizou uma ação cautelar pedindo que o *Dresdner Bank* fosse impedido de pagar a garantia, o que foi deferido. De acordo com o Tribunal, o exportador cumpriu todas as suas obrigações contratuais e a entidade não teve nenhuma razão para recusar a entrega das últimas máquinas. Entendeu-se que houve a invocação abusiva da garantia no caso.⁹⁴

A exceção de não pagamento em razão de pedido manifestamente abusivo ou fraudulento é mais restrita no âmbito inglês. O maior obstáculo para impedir o pagamento da garantia é a exigência da comprovação da existência de fraude cometida pelo beneficiário, e que esta era clara para e evidente para o garantidor.⁹⁵ Exemplo disso é o caso clássico decidido pelo juiz J. Kerr em 1977 entre *Harbottle v. National Westminster Bank*.⁹⁶

Neste caso, um vendedor inglês celebrou três contratos com um comprador egípcio (o beneficiário) que estipulou que o pagamento pelo comprador deveria ser feito por cartas de crédito. O *National Westminster Bank* emitiu garantias autônomas à primeira demanda em favor do beneficiário. As garantias continham uma cláusula exigindo que o banco pagasse ao beneficiário à primeira demanda a garantia sem qualquer referência ou qualquer necessidade de confirmação ou verificação.

Durante o cumprimento dos contratos, o beneficiário não forneceu as cartas de crédito a título de pagamento conforme convencionado. O vendedor, então, deixou de cumprir os contratos. O comprador/beneficiário pediu o pagamento da garantia. O vendedor entrou com pedido cautelar para que *National Westminster Bank* não realizasse o pagamento da garantia, o que foi deferido em primeira instância. A *Court of Appeal* reverteu a decisão,

⁹³ LESGUILLONS, Henry. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 11.

⁹⁴ LESGUILLONS, Henry. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 11.

⁹⁵ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 287.

⁹⁶ *Harbottle (RD) (Mercantile) Ltd v. National Westminster Bank* [1977] 3 WLR 752; [1977] 2 All ER 862.

porque são somente em casos excepcionais que as cortes podem interferir no mecanismo das obrigações irrevogáveis assumidas pelos bancos. Elas são o sangue da vida do comércio internacional. Exceto em casos claros de fraude em que os bancos tenham conhecimento, a garantia à primeira demanda deve ser paga. Caso contrário, a confiança no comércio internacional pode sofrer danos irreversíveis.

Na Alemanha, Klemens Pleyer considera que o garante, face a solicitação do beneficiário, só pode recusar a entrega da soma objeto da garantia baseando-se nas seguintes objeções: de validade, ou seja, quando a garantia infringe a lei alemã; de fato proveniente da relação entre garante e beneficiário que afete o débito, como por exemplo a existência de compensação; de conteúdo relacionado à garantia, como a expiração do prazo para solicitação; e manifesto abuso de direito do beneficiário⁹⁷. Compreende-se a possibilidade de apresentar referidas objeções, porque há princípios cogentes em todo e qualquer ordenamento jurídico que devem ser respeitados, não podendo as garantias autônomas os violarem⁹⁸.

Portanto, verifica-se que, no contrato autônomo de garantia à primeira demanda, o garantidor deve pagar a quantia da garantia tão logo ela seja demandada pelo beneficiário, havendo raras exceções em que é possível reter o pagamento. Afinal, o objetivo dessa garantia é fornecer segurança para as relações comerciais, reforçando o cumprimento da obrigação principal.

2. *Relações adjacentes à garantia: as controvérsias atinentes a relação jurídica subjacente e a relação de cobertura*

Ao lado da relação de garantia, há a relação de atribuição e a relação de cobertura, sem as quais a garantia não seria formada. A relação de atribuição é formada entre devedor e credor, tendo por fonte o contrato-base ou tão somente a relação entre eles, quando inexistente contrato. Essa relação é a que justifica a instituição da garantia autônoma a primeira demanda⁹⁹.

Um esclarecimento precisa ser feito quanto a essa relação. Na origem do contrato de garantia autônoma no direito alemão, inexistia essa relação subjacente ou o contrato base. Inclusive, o caso típico do *Garantievertrag*,

⁹⁷ PLEYER, Klemens. República Federal da Alemanha; LESGUILLONS, Henry. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 157.

⁹⁸ ALMEIDA COSTA, Mario Julio; PINTO MONTEIRO, Antonio. *Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação*. *Colectanea de jurisprudencia*, ano XI, t. V, 1986. p. 20.

⁹⁹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2016. 5. ed. p. 143.

referido por Stammmler, é quando inexistente obrigação subjacente: é a promessa pela qual o Estado garantia aos subscritores de ações emitidas por uma sociedade ferroviária um rendimento mínimo.¹⁰⁰

No *Garantievertrag* o garantidor indeniza o beneficiário se um certo resultado ocorrer, ou se um certo resultado não ocorrer, sendo responsável ainda por riscos atípicos. Essa garantia é exclusivamente uma relação de duas partes, não existindo um contrato base ou uma relação jurídica subjacente.¹⁰¹ Ainda que essa tenha sido a origem da moderna garantia autônoma, essa figura se desenvolveu para adequar-se às necessidades do comércio internacional, e, nesse escopo, a garantia é pactuada para assegurar o cumprimento de uma relação subjacente.

Conquanto a garantia seja um contrato entre duas partes, o garantidor e o beneficiário, esse contrato está inserido em uma relação multiparte. Para além do contrato de garantia, há uma relação subjacente entre credor e devedor, em que o contrato de garantia não existiria sem essa relação.¹⁰² É no âmbito dessa relação que deve ocorrer o gatilho para a demanda da garantia, e é em razão dessa relação que devedor se obriga a conseguir alguém que se vincule a prestar garantia, em uma determinada modalidade e por um valor fixado, em favor do credor.¹⁰³

Tendo em vista a função que será desempenhada pela garantia na relação subjacente, é possível destacar, pelo menos, três modalidades de garantia autônoma.¹⁰⁴ A garantia pode ser emitida para garantir a honorabilidade da proposta ou a subsistência da oferta¹⁰⁵, normalmente representando de 2 a 5% do valor do contrato a ser celebrado. O pagamento da garantia nesse caso terá por objetivo compensar a perda de tempo e os gastos que o credor terá para analisar as outras ofertas submetidas¹⁰⁶.

Outra modalidade é a garantia de boa execução do contrato, que se destina a garantir, perante o credor/beneficiário a correta execução das obri-

¹⁰⁰ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 47.

¹⁰¹ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 34.

¹⁰² BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 9.

¹⁰³ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 48.

¹⁰⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. Direito das obrigações. v. X. Coimbra: Almedina, 2017. p. 554-555.

¹⁰⁵ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 68.

¹⁰⁶ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 26.

gações contratuais.¹⁰⁷ Nesse caso, o valor da garantia é bastante variável, mas normalmente as partes estabelecem de 5 a 10% do valor do contrato base.

Há, por fim, a garantia de reembolso de pagamentos antecipados a fim de garantir a restituição dos valores. O valor da garantia será correspondente ao montante antecipado. Todavia, as partes podem estipular que o valor da garantia pode diminuir gradativamente à medida que houver o cumprimento da obrigação.¹⁰⁸ Essa modalidade de garantia também pode ser demandada em caso de cancelamento do contrato por mútuo consentimento ou em caso de inexecução do contrato¹⁰⁹.

As modalidades de garantias até então mencionadas tem por objetivo reestabelecer o equilíbrio contratual, distinguindo-se da garantia de pagamento que tem por objetivo assegurar à parte credora o pagamento da dívida na hipótese de descumprimento do contrato base.¹¹⁰ Essa garantia pode cobrir o valor global da transação ou o valor de uma prestação.¹¹¹

Além da relação jurídica subjacente, é essencial para a formação da garantia autônoma à primeira demanda a relação de cobertura. Esta relação é formada pelo devedor da relação subjacente e o garantidor, que normalmente é um banco.¹¹²

Nessa relação, o garantidor se compromete a emitir uma garantia em favor da pessoa que venha a ser designada pelo devedor, exigindo como contrapartida o pagamento de uma comissão. Por outro lado, o devedor compromete-se ao pagamento da comissão e ao reembolso imediato do garantidor, caso este tenha que efetuar a prestação ao beneficiário da garantia.¹¹³

Através desse contrato, o garantidor assume a obrigação de efetuar uma prestação a favor de terceiro (o credor, beneficiário da garantia). A prestação que o garantidor se obriga a efetuar perante o devedor principal é a celebração de um contrato de garantia autônoma com o credor do contrato base.¹¹⁴

¹⁰⁷ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 70.

¹⁰⁸ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 72.

¹⁰⁹ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 29.

¹¹⁰ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 75.

¹¹¹ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 76.

¹¹² JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 47.

¹¹³ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 143.

¹¹⁴ JARDIM, Mónica. *Garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 50.

O contrato celebrado entre o devedor e o garantidor é de adesão, uma vez que as cláusulas são de antemão e unilateralmente predispostas pelo banco garante que oferece ao público um modelo uniforme.¹¹⁵ Normalmente há um formulário designado “pedido de garantia”, que é fornecido pelo banco e que o devedor se limita a preencher, assumindo o estilo de uma carta através do qual o devedor solicita a emissão da garantia bancária.¹¹⁶

Uma das questões que surge no âmbito dessa relação é sobre a natureza jurídica do contrato firmado entre o devedor e o garantidor. A resposta a esse questionamento varia de acordo com a jurisdição a que o contrato se sujeita.

No direito português a doutrina majoritária entende que o contrato celebrado entre o devedor e o banco garante assume a natureza de mandato sem representação.¹¹⁷ Isso porque no mandato uma pessoa, o mandante, encarrega outra pessoa, o mandatário, a realizar determinado ato no interesse e por conta do primeiro. O ato ao qual o mandatário fica encarregado é jurídico. O mandatário, portanto, age no interesse alheio, em benefício ou vantagem do mandante.¹¹⁸

No caso da garantia autônoma, o devedor encarrega o garantidor de emitir uma garantia a favor do credor da relação jurídica subjacente. Consequentemente, a prestação que o garantidor se obrigou tem por objeto um ato jurídico.¹¹⁹

Nota-se que o garantidor, ao celebrar o contrato de garantia, atua no interesse do devedor, pois ou a emissão da garantia é condição imposta pelo credor ou é imprescindível para que o devedor não incorra em responsabilidade contratual pelo não cumprimento de estipular uma garantia.¹²⁰

¹¹⁵ CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992. p. 525; JARDIM, Mónica. *Garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 56.

¹¹⁶ JARDIM, Mónica. *Garantia autônoma*. Coimbra, Almedina, 2002. p. 56.

¹¹⁷ CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992. p. 526; JARDIM, Mónica. *Garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 53; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio; PINTO MONTEIRO, António. *Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação. Colectânea de jurisprudência*, ano XI, t. V, 1986. p. 19. No entanto, encontram-se posições contrárias, como a de ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III. Contratos de liberdade, de cooperação e de risco*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 2010. “Parece-me porém que a qualificação mais rigorosa aponta para o contrato de prestação de serviço, mas não especificamente para o contrato de mandato, porque o garante, praticando embora um ato jurídico no interesse de outrem, não age por conta de outrem, visto que assume na garantia uma posição jurídica que o ordenador não poderia pessoalmente assumir.”

¹¹⁸ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 53.

¹¹⁹ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 55.

¹²⁰ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 55.

Não se estabelece qualquer representação entre ordenador/devedor e garantidor, porquanto este agirá em nome próprio perante o beneficiário. O devedor é alheio à relação entre garantidor e beneficiário, ainda que a garantia autônoma seja firmada em seu interesse.¹²¹ Esse posicionamento também tem adeptos no direito brasileiro¹²², ainda que careça de um debate mais aprofundado.

Na Alemanha, é controverso afirmar que esse contrato seja de mandato. Há, de fato, um grande número de regras relacionadas à relação entre o devedor e o garantidor que derivam ou seguem as previsões estatutárias pertinentes ao mandato, mas não é possível caracterizá-lo como tal.¹²³ Isto é, na relação entre o garante e o devedor aplicam-se as normas atinentes ao mandato e à comissão, em especial os §§ 670 e 675 do BGB.¹²⁴

O *Geschäftsbesorgungsvertrag* da sec. 675 do BGB é um contrato geral, de natureza indistinta em que diversas relações específicas são agrupadas sob o seu escopo¹²⁵. A seção 675 do BGB declara diversas previsões do mandato – seções 662-674 – aplicáveis ao *Geschäftsbesorgung*. O Mandato é um tipo muito genérico de contrato. Nenhum desses tipos, nem previsões individuais do mandato se encaixariam a natureza especificada relação entre devedor e garantidor, como parte de uma relação de garantia multiparte.¹²⁶

Importante salientar, ainda, que o § 662 do BGB¹²⁷ considera a gratuidade como essencial ao mandato. Portanto, no Direito Alemão não é possível caracterizar a relação de cobertura como uma relação de mandato. O garantidor, quando se vincula a essa relação, assume algumas obrigações como: analisar cuidadosamente os termos em que a garantia vai ser prestada; alertar o cliente das irregularidades e vícios que o texto proposto encobre; esforçar-se por

¹²¹ JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 64.

¹²² GUILHARDI, Pedro. *Garantias Autônomas: instrumento para proteção jurídica do crédito*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 69.

¹²³ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 98.

¹²⁴ BARILLÀ, Giovanni. *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag*. Categorie civilistiche e prassi del commercio. Frankfurt: Ed. Peter Lang, 2005. p. 55.

¹²⁵ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 98-99.

¹²⁶ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 99.

¹²⁷ Alemanha. BGB, § 662: "By accepting a mandate, the mandatary agrees to carry out a transaction entrusted to him by the mandator for the mandator gratuitously".

redigir cláusulas não ambíguas, precisando as condições em que a garantia será exigível e seus limites; seguir as instruções do devedor/dador da ordem¹²⁸.

Para além desses deveres, quando é solicitada a garantia ao garantidor, este deve informar o devedor, confirmar se todas as condições fixadas no contrato de garantia se verificaram e pagar ao beneficiário.¹²⁹

Em relação aos deveres do devedor, este deve assegurar ao garantidor o seu direito de reembolso, obrigando-se, também, a pagar-lhe uma comissão a título de contraprestação pela emissão da garantia.¹³⁰ Imediatamente após ter realizado o pagamento pelo qual o beneficiário executou a garantia, o garantidor buscará perante o ordenador recuperar os valores desembolsados.¹³¹

No âmbito do Direito português, Monica Jardim entende que o garantidor terá direito ao reembolso, com fulcro no art. 1182 do Código Civil português.¹³² Esse direito ao reembolso está subordinado à condição de que o pagamento tenha sido efetuado nos termos do contrato firmado entre o garantidor e o ordenador da garantia.¹³³ No mesmo sentido é o entendimento de Menezes Cordeiro, que afirma que o garantidor que realiza o pagamento da garantia não fica sub-rogado na posição do credor, pois ele é estranho ao contrato firmado na relação jurídica subjacente¹³⁴.

Em sentido diverso, na concepção de Menezes Leitão, “após a efetivação da garantia, fica naturalmente o garante sub-rogado nos direitos que o beneficiário tinha contra o garantido, nos termos do art. 592.”¹³⁵ Segundo este autor, caso a garantia seja à primeira demanda, um dos termos do negócio é que o reembolso do garantidor seja também efetuado a primeira demanda, excluindo a possibilidade de o devedor opor ao garantidor as exceções relativas ao crédito que sobre ele tinha o beneficiário, devendo realizar automaticamente

¹²⁸ JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 57.

¹²⁹ JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 59.

¹³⁰ JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 60.

¹³¹ DESMET, Paul. O contrato de garantia: exame de alguns problemas técnicos específicos. In: LES-GUILLONS, Henry. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 107.

¹³² JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 313.

¹³³ JARDIM, Mónica. *A garantia autónoma*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 313.

¹³⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Direito das obrigações. v. X. Coimbra: Almedina, 2017. p. 567.

¹³⁵ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 146.

o pagamento e reclamar posteriormente do beneficiário o que ele obteve do garante, caso tenha acionado indevidamente a garantia.¹³⁶

No direito brasileiro, o garantidor é qualificado como terceiro interessado que paga a dívida. Incide, portanto, os artigos 304 e 346, III, do Código Civil, de forma que o garantidor, com o pagamento, sub-roga-se¹³⁷ aos direitos do credor.¹³⁸

De acordo com Bertrams, no âmbito internacional um grande número de autores rejeita a sub-rogação, porque fundada em previsões estatutárias gerais ou porque há uma aplicação análoga das previsões de fiança. O argumento persistente é que a garantia, ao contrário da fiança, é independente da relação subjacente e o garantidor paga um débito próprio, não o débito do devedor. Essa contradição é falsa, de acordo com Bertrams. Assim como no caso de fiança, o garantidor satisfaz tanto um débito seu, quanto o débito do devedor.¹³⁹

A maioria dos escritores alemães defende da aplicação analógica das previsões da fiança referentes à sub-rogação, como Von Westphalen e Canaris.¹⁴⁰ No entanto, Barillà, analisando o direito alemão, afirma que é fora de discussão que o garante tem direito ao reembolso dos valores pagos com base no § 675 do BGB, mas se ele não cumpre o dever de examinar os documentos apresentados pelo beneficiário, ele perde o direito a tal reembolso.

No Direito Inglês, para além da sub-rogação, há o *Indemnity*¹⁴¹. O direito a receber *indemnity* decorre do contrato implícito entre o garantidor e o devedor. Esse direito somente surge com o inadimplemento do devedor, antes do pagamento da garantia. O garantidor pode entrar uma ação para obter a

¹³⁶ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 146

¹³⁷ A sub-rogação importa em assumir todos os direitos, pretensões e ações do credor. Sobre o conceito de sub-rogação, ver: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XLIV. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. § 4789, 5, p. 169.

¹³⁸ MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz et al. (org.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 120.

¹³⁹ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 131.

¹⁴⁰ BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. p. 131.

¹⁴¹ Importante mencionar que essa figura não se confunde com o *Contract of Indemnity*. Para isso, ver: SEALY, L. S.; HOOLEY, J. A. *Commercial Law: text, cases and materials*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 1151.

declaração que ele deve receber *indemnity* e obter uma ordem para o devedor principal pagar o credor¹⁴².

A problemática no direito inglês quanto a essa questão tende a ser mais pragmática, de forma que não há aprofundamento teórico quanto à natureza dos valores que devem ser reembolsados pelo devedor ao garantidor que efetuou o pagamento da garantia.

Conclusão

A título de conclusão desse estudo é possível constatar que foi a liberdade contratual e as necessidades práticas do comércio que criaram as bases para o desenvolvimento da garantia autônoma à primeira demanda, cujas características e estrutura foram aqui expostas.

A teoria e o aprofundamento teórico do instituto foram inicialmente realizados na Alemanha, no entanto, dada a praticidade da garantia autônoma à primeira demanda, esta rapidamente transbordou suas fronteiras. Foi muito utilizada no comércio internacional, em especial, por empresas do Reino Unido. Assim, grande parte da reflexão teórica e prática da garantia perpassou pela *Court of Appeal*, que estabeleceu diversas balizas interpretativas do instituto com o pragmatismo típico inglês.

Desde o princípio deste estudo foi possível verificar a existência de confusões terminológicas em inglês, pois o termo *guarantee* tende ser associado a uma garantia acessória. Em português a terminologia tampouco é adequada, a importação e tradução de *guarantee on first demand* atualmente não reflete de imediato as características da autonomia, incondicionalidade e automaticidade, estas que foram objeto da primeira parte deste artigo.

A autonomia significa a impossibilidade de o garante opor exceções decorrentes da relação jurídica subjacente. A automaticidade, dada pela inclusão da cláusula “à primeira demanda”, significa a abreviação do procedimento de pagamento da garantia, porque o garantidor é obrigado a pagar o valor integral da garantia assim que lhe for pedido, independentemente de prova do inadimplemento da obrigação pelo devedor. A inserção dessa cláusula, todavia, não torna a garantia autônoma. É possível que as partes estabeleçam uma fiança automática. Nesse caso, o fiador deve pagar o valor garantido de imediato, podendo, posteriormente, opor exceções e recuperar o valor pago perante o devedor e o beneficiário.

¹⁴² SEALY, L. S.; HOOLEY, J. A. *Commercial Law: text, cases and materials*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 1184.

Na segunda parte deste artigo foi exposta a estrutura básica da garantia à primeira demanda. A principal relação que forma essa estrutura é a de garantia. No âmbito dessa relação há um verdadeiro contrato entre as partes. O momento de pedido da garantia é o que mais atrai a atenção dos estudiosos, pois é quando as características da autonomia e automaticidade se manifestam na prática com maior intensidade.

Ao lado da relação de garantia, estão as relações de atribuição e de cobertura. A relação de atribuição, ou relação jurídica subjacente, é a que justifica a formação da garantia autônoma à primeira demanda. Por sua vez, é na relação de cobertura que o devedor adimple com a obrigação de estipular a garantia em favor do beneficiário. Viu-se ser bastante controversa a natureza jurídica dessa relação.

Após o estudo da garantia autônoma à primeira demanda no direito inglês e alemão é possível concluir que no direito brasileiro há, ainda, um grande caminho a ser trilhado. É papel da doutrina entender o que significa a autonomia e automaticidade, bem como verificar os limites dessas características e compatibilidade com nosso ordenamento. Nesse sentido, a experiência alemã e inglesa é essencial para a compreensão da garantia autônoma à primeira demanda, espera-se que esse estudo tenha contribuído para tanto.

Referências

- AFFAKI, Georges; GOODE, Roy. *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*. Paris: ICC Services Publications, 2011.
- ALEMANHA. BGH, 02.05.1979 - VIII ZR 157/78.
- ALEMANHA. BGH, 05.07.1990 - III ZR 229/89.
- ALEMANHA. BGH, 23.01.1997 - VII ZR 65/96.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio; PINTO MONTEIRO, Antônio. *Garantias Bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação. Colectânea de jurisprudência*, ano XI, t. V, 1986.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III. Contratos de liberdade, de cooperação e de risco*. Coimbra: Almedina, 2015.
- ATAÍDE, Daniel Medina. *Garantia autônoma e a fiança: distinções e divergências*. Aracaju: Portal Ciclo.
- BARILLÀ, Giovanni. *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*. Frankfurt: Ed. Peter Lang, 2005.
- BENATTI, Francesco. *Il contratto autônomo di garanzia. Banca, Borsa e titoli di credito*, v. 45, 1982.

BERTRAMS, Roeland. *Bank guarantees in international trade*. Amsterdam: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

CARR, Indira; STONE, Peter. *International Trade Law*. London: Routledge, 2014.

CORREIA, A. Ferrer. Notas para o estudo da garantia bancária. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, ano 8, n. 2, 1982.

CORTEZ, Francisco. A garantia bancária autônoma – alguns problemas. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, 1992.

DESMET, Paul. O contrato de garantia: exame de alguns problemas técnicos específicos. In: LESGUILLONS, Henry. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

FRADERA, Vera. Os contratos autônomos de garantia. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 53, p. 170-180, 1991.

GILRMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

GOMES, Manuel Januário da Costa. *A Chamada “fiança ao primeiro pedido”*. Estudos de direito das garantias. Coimbra: Almedina, 2003.

GORDLEY, James. *The philosophical origins of modern contract doctrine*. New York: Oxford University Press, 1991.

GUILHARDI, Pedro. *Garantias Autônomas: instrumento para proteção jurídica do crédito*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

INGLATERRA. *CIMC Raffles Offshore (Singapore) Limited and Yantai CIMC Raffles Offshore Limited v Schahin Holding*, 2013. EWCA Civ 644. 7 jun. 2013.

INGLATERRA. *Marubeni Hong Kong and South China Ltd V Ministry of Finance of Mongolia*: CA 13 Apr. 2005.

INGLATERRA. *R D Harbottle (Mercantile) Limited V National Westminster Bank Limited*: CA 1978.

INGLATERRA. *Vossloh Aktiengesellschaft v Alpha Trains (UK) Ltd*. EWHC 2443 (Ch), 2010.

JARDIM, Mónica. *A garantia autônoma*. Coimbra: Almedina, 2002.

LESGUILLONS, Henry. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARTINS-COSTA, Judith. BENETTI, Giovana. As Cartas de Conforto: modalidades e eficácia. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coord.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017.

- MCKENDRICK, Ewan. *Goode on Commercial Law*. London: Penguin Group, 2010.
- MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo (coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Direito das obrigações: garantias. v. X. Coimbra: Almedina, 2017.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Garantias das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- MOFLEH, Amer Ibrahim. *Abstract payment undertakings: to what extent are they truly abstract?* Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester, Faculty of Law, University of Leicester, 2005.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Garantias no direito das obrigações: um ensaio de sistematização*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.
- PLEYER, Klemens. República Federal da Alemanha; LESGUILLONS, Henry. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. Versão brasileira organizada e anotada por Luiz Olavo Baptista e José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Saraiva, 1985.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XLIV. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- PORTALE, Giuseppe B. Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria. In: PORTALE, Giuseppe B. *Le garanzie bancarie internazional*. Milano: Giuffrè Editore, 1989.
- PORTALE, Giuseppe. Le garanzie bancarie internazional (Questioni). *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, I, 1985.
- PORTALE, Giuseppe. Le garanzie bancarie internazional (Questioni). *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, I, 1985.
- PORTALE, Giuseppe. Nuovi sviluppi del contratto di garanzia. *Banca Borsa e Titoli di Credito*, I, 1985.
- POULLET, Yves. La jurisprudence recente em matiere de garantie bancaire dans les contrats internationaux. *Banca Borsa e Titoli de credito*, III, 1982.
- SEALY, L. S.; HOOLEY, J. A. *Commercial Law: text, cases and materials*. New York: Oxford University Press, 2009.
- WALD, Arnaldo. A garantia a primeira demanda no direito comparado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico Financeiro*, ano XXVI, n. 66, abr./jun. 1987.