

Luther.

Como evitar disputas sobre garantias bancárias

No comércio internacional, nenhum projeto de grande porte acontece sem garantias bancárias. Nos últimos anos, tem havido um número crescente de disputas sobre esse assunto, e é provável que essa tendência continue devido aos conflitos globais. Os advogados Stephan Bausch, Stephanie Quass e Vanessa Meireles Schilling explicam como essas disputas podem ser evitadas com antecedência.



Garantias e fianças bancárias à primeira demanda

As garantias bancárias são um instrumento para assegurar as reivindicações de pagamento de exportadores ou de cumprimento de obrigações de compradores estrangeiros, por exemplo. A chamada garantia bancária à “primeira demanda” (*Bankgarantie auf erstes Anfordern*) é o método de escolha aqui. Ela é usada para a execução rápida e fácil da reivindicação garantida, pois nesse caso o banco geralmente não verifica os requisitos da reivindicação garantida. O comprador (que recebe a garantia) tem aqui uma posição forte. Ele é quem pode recorrer à garantia bancária em caso de reivindicação e em regra receberá do banco o valor da garantia em poucos dias. Devido à autonomia da garantia, o banco geralmente não verificará o conteúdo, mas apenas excluirá casos evidentes de abuso. Se a empresa fornecedora reclamar o pagamento do valor da garantia, ela assume o papel de reclamante e deverá demonstrar em um processo de reembolso contra seu parceiro contratual (comprador) que o caso de garantia não existia de acordo com os termos contratuais.

Há também as fianças bancárias à primeira demanda (*Bankbürgschaft auf erstes Anfordern*). A fiança bancária à primeira demanda também oferece ao comprador a vantagem da rápida obtenção de liquidez. No entanto, no caso de uma eventual garantia ou fiança paga dever ser reembolsada, é aqui que os dois tipos diferem. No caso de uma garantia bancária, o pedido de reembolso contra o comprador é geralmente devido ao fornecedor e não ao banco, uma vez que a garantia é autônoma, ou seja, independente do crédito principal. O banco é mantido fora da relação contratual entre o comprador e o fornecedor. A situação é diferente no caso de uma fiança bancária. Devido ao seu carácter acessório, ou seja, à dependência da fiança em relação ao crédito principal, o pedido de reembolso contra o comprador recai sobre o banco enquanto fiador e não sobre o fornecedor. O banco pode igualmente atuar contra o seu parceiro contratual, o fornecedor. No entanto, se o banco debitar a conta do fornecedor - como é habitual - após o pagamento da garantia, o fornecedor poderá também tentar uma ação contra o comprador para reclamar a garantia paga.

O fato de ter sido acordada uma garantia bancária ou uma fiança bancária depende da intenção das partes, que deve ser determinada pela interpretação do contrato de garantia ou fiança. Deve-se ter em mente o seguinte: a fiança bancária à primeira demanda desempenha um papel mais raro em transações de comércio exterior porque raramente há como uma combinação de elementos de garantia e fiança em sistemas jurídicos internacionais. Portanto, o parceiro comercial estrangeiro geralmente exigirá a garantia bancária à primeira demanda com a qual ele está familiarizado.

O que deve ser considerado na elaboração de um contrato?

O fornecimento de garantia bancária naturalmente traz riscos para o fornecedor, mas muitas vezes há alternativa. No entanto, o fornecedor tem a possibilidade de moldar o conteúdo do contrato a seu favor. Isso se aplica, por exemplo, ao escopo da garantia ou fiança, não apenas com relação ao valor da garantia, mas principalmente com relação aos casos cobertos pela garantia. Dessa forma, o fornecedor pode negociar restrições que possibilitem, por exemplo, o direito de retificação ou correção pelo fornecedor antes do uso da garantia. Nesse caso, o comprador poderia fazer uso da garantia bancária somente após (várias) retificações mal sucedidas.

Além disso, é aconselhável observar as particularidades específicas do país para reduzir o risco de uso não autorizado do título bancário pelo comprador residente no exterior.

É importante, no entanto, examinar a relação contratual como um todo. Qual lei é aplicável ao relacionamento contratual entre comprador e fornecedor? Qual tribunal deve ter jurisdição internacional? Há cláusula arbitral? Qual lei deve reger o fornecimento de garantia bancária e quais tribunais devem ter jurisdição sobre disputas decorrentes da garantia? Essas perguntas parecem ser de natureza teórica e legal, mas elas têm um potencial de risco considerável.

Por exemplo, se o contrato de fornecimento estiver sujeito à lei canadense e a empreiteira alemã tiver que fornecer ao comprador canadense uma garantia de adiantamento sujeita à lei alemã, pode ser muito mais difícil convencer o banco de garantia de um caso de abuso dentro do curto período de revisão antes do pagamento da garantia.

O que observar no caso de uma disputa?

As empresas na função de comprador são aconselhadas a não sacar uma garantia bancária prematuramente, mas sempre verificar todas as condições do contrato de garantia ou fiança e a reivindicação substantiva decorrente do contrato comercial subjacente. Do ponto de vista da parte fornecedora, a proteção legal provisória garantida por tribunais estatais contra o banco ou o beneficiário pode ser conveniente para impedir o pagamento da garantia. A esse respeito, a rapidez é sempre essencial, pois a análise do banco geralmente leva apenas alguns dias. Dessa forma, podem ser evitados processos judiciais ou arbitrais potencialmente onerosos para o reembolso da garantia.



Dr Stephan Bausch, D.U.

Advogado, Partner
Colônia
T +49 221 9937 25782
stephan.bausch@luther-lawfirm.com



Stephanie Quaß

Advogada, Senior Associate
Francoforte do Meno
T +49 69 27229 25782
stephanie.quass@luther-lawfirm.com



Vanessa Meireles Schilling, LL.M. (Geneva MIDS)

Advogada, Senior Associate
Hamburgo
T +49 40 18067 10759
vanessa.meireles@luther-lawfirm.com

