

## OS CONTRATOS AUTÔNOMOS DE GARANTIA

VERA MARIA JACOB DE FRADERA

Advogada, Professora de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
e das Escolas da Magistratura e do Ministério Público

1. Introdução — 2. A utilização, no âmbito do “Droit des Affaires” de contratos autônomos de garantia — 2.1 Conceito de contrato autônomo de garantia — 3. As diferentes espécies de garantias autônomas e sua aplicação no comércio internacional — 3.1 A garantia à primeira demanda — 4. Conclusão — 5. Bibliografia.

### 1. INTRODUÇÃO

O conceito de Relação Jurídica Contratual traz, insita, a idéia de garantia,<sup>1</sup> com função precípua de proteção, segurança do credor, de que o débito será solvido, pelo próprio devedor ou por seu fiador, avalista ou ainda mediante a realização de contratos de garantia, cujo objeto é constituído por bens, móveis ou imóveis.

Classificam-se as Garantias em dois grandes grupos, ou seja, garantias gerais, constituídas pelo patrimônio do Devedor, e garantias especiais, fidejussórias ou reais, todas previstas na Legislação.

Outras modalidades de garantia existem que, não obstante a impossibilidade de serem reconduzíveis às espécies legisladas, foram surgindo, e sendo admitidas, sobretudo no plano dos contratos internacionais, reguladores do comércio entre particulares ou entre o Estado e particulares, sujeitos a distintas Ordens Jurídicas.

A origem destas novas formas reguladoras da atividade dos que se dedicam ao comércio internacional, à exportação e importação, reside, não apenas na prática comercial como também no que Carbonnier denomina *faits-droits*, ou seja, fatos que, por sua própria natureza, têm o dom de se transmutarem em direito.<sup>2</sup> Na raiz de um uso, existe um comportamento

1. Obrigação acessória, cujo objeto é reforçar a execução da obrigação principal e tornar, por ela, o credor certo da realização concreta da vinculação do devedor.

2. Ao realizar estudo sociológico da mecânica do contrato, chega Carbonnier à conclusão de que, no direito, existe um elemento político, o que faz da sociologia jurídica uma sociologia aplicada a fins políticos, quais sejam, fins de política legis-

isolado, que constitui um fato; a sua difusão no espaço e sua repetição no tempo, igualmente constituem fatos, bem como o estado de consciência das partes, de terem superado algo, que se situa antes e depois deles, surgindo, da combinação de todos esses elementos a *Règle de Droit*.<sup>3</sup>

Especificamente com relação às garantias surgidas no Comércio Internacional, observa-se que 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 exportador, via de regra, em sentido diverso, uma da outra. Face a todos estes fatores, o risco no comércio internacional foi multiplicado.

Como corolário do aumento do risco, surge a necessidade de aumento da garantia. A par da crescente multiplicidade do mercado, outro elemento contribui para a evolução da noção de garantia no plano do comércio internacional, qual seja, a transformação do Mercado, de "vendedor", para Mercado "comprador", o que trouxe uma mudança de perspectiva em relação à garantia, isto é, a garantia passa a ser exigida pelo comprador.<sup>4</sup>

Não constitui um fato novo, nos círculos comerciais, tal exigência, mas, a condição atual dos mercados, torna-a mais preocupante, porquanto, riscos de cunho jurídico, tais como a inexecução do contrato, seja total, seja parcial, a quebra positiva, o adimplemento ruim ou defeituoso<sup>5</sup> são acompanhados, freqüentemente, por riscos econômicos, como falência ou impossibilidade de reembolso das quantias pagas como adiantamento, pelo comprador. Tais riscos, no âmbito econômico, constituem preocupações análogas à inexecução.

Dada a atual situação dos Mercados e a incerteza das condições políticas e econômicas da maioria dos Estados, condições essas que têm marcante influência no desenvolver das relações negociais, a garantia prestada

lativa ou jurisprudencial. Dentro desta perspectiva do contrato, visão sociojurídica da convenção entre particulares, identifica o renomado professor francês o que ele denomina *Faits-droits*, fatos que se transformam em Direito. O Costume é o seu protótipo. Também são incluídos, na categoria, os "Bons Costumes" (Jean Carbonnier, *Le Flexible Droit*, Paris, 1983, pp. 260 e ss.).

3. *Idem*, *ibidem*, p. 260.

4. Esta questão, segundo afirmam Stoufflet e Galvada, não é de todo nova, mas, devido a fatores tais como as condições hoje existentes nos mercados, transformou-se em algo grave e até mesmo preocupante, porquanto, no passado, as exigências dos vendedores eram menores, no que tange às garantias (in "la Lettre de garantie internationale", *Rev. Trim. Droit Com. et de Droit Econ.*, n. 1, Janvier-Mars, 1980, p. 2).

5. Deve ser mencionado o fato de que estão os importadores sujeitos a riscos não só de cunho jurídico, v.g., a todos os prejuízos decorrentes da inexecução do contrato, como outros, tais como a falência do exportador ou o não reembolso das quantias pagas adiantadamente pelo comprador, que apresentem aspectos econômicos paralelamente aos jurídicos. V. art. supra cit., p. 2.

pelo exportador (fornecedor) é, hoje, considerada como insuficiente, exigindo-se a vinculação de um terceiro, de posição financeira inabalável.<sup>6</sup> Mais ainda, os Importadores vem exigindo que este terceiro se obrigue de forma autônoma, isto é, em condições não vinculadas ao contrato principal, surgindo, destarte, a figura do Contrato Autônomo de Garantia, que possibilita, ao beneficiário (importador) a cobrança autônoma da garantia, sem alusão ou invocação ao contrato que deu origem à exigência de segurança. O rompimento entre os dois contratos evita que sejam examinadas a causa do negócio originário, que sejam levantadas exceções, como a do contrato não cumprido e outras mais que, em não existindo a garantia autônoma, impediriam ou retardariam a cobrança do débito.

Tendo em vista a perspectiva em que deve ser desenvolvido este painel e, considerando o fato de este Fórum de Debates estar voltado para a concretização efetiva, no Continente Sulamericano, de uma integração, nossa exposição, dentro da temática que nos coube, considerará as garantias autônomas com maior ênfase aos contratos internacionais. Este trabalho será dividido em duas partes: na primeira parte, examinaremos os Contratos Autônomos de Garantia e, na segunda, as diferentes espécies de garantias autônomas e sua aplicação no Comércio Internacional.

## **2. A UTILIZAÇÃO, NO ÂMBITO DO "DROIT DES AFFAIRES" DE CONTRATOS AUTONÔMOS DE GARANTIA**

As garantias autônomas, surgidas na prática do Comércio Internacional e, em seguida, difundidas quase em todos os Ordenamentos Jurídicos, encontram alguns precedentes no Direito Comparado, notadamente, no Direito alemão, italiano, inglês e americano do norte.

No Ordenamento Jurídico Germânico, é clássica a distinção entre fiança, submetida ao princípio da subsidiariedade, e Garantia Abstrata. O Direito italiano reconhece e admite a possibilidade de tornar autônoma a obrigação de Fiança, com relação ao credor, utilizando, para tanto, um "remanejo" contratual,<sup>7</sup> criando uma autêntica garantia do tipo abstrato.

6. A medida que os empreiteiros (a grande maioria desses contratos tem como objeto a entrega de obras executadas sob o regime de empreitada) encontram-se em condições de fazer exigências, o que é possibilitado face às circunstâncias do Mercado, a intervenção de um terceiro, Banco ou Seguradora, faz-se necessária, de vez que a garantia dada pelo fornecedor é, hoje em dia, nos grandes mercados de bens e equipamentos, tida como insuficiente.

A origem dessas garantias, fornecidas por um terceiro, remonta à cláusula denominada "Isabel" nome de uma empresa cubana que, pela vez primeira, fez o comprador cubano inserir, no contrato de fornecimento de equipamentos, disposições neste sentido, destinadas a facilitar o financiamento de credores, a médio e longo prazo, obtido por exportadores franceses. Vide art. cit. supra, p. 2, nota 3.

7. Cf. Stoufflet e Galvada, ob. cit., p. 4.

Nos países da *Common Law*, encontramos uma técnica semelhante à da Garantia Autônoma, denominada *indemnity*, no Direito inglês, enquanto nos Estados Unidos da América do Norte o *Performance Bond* desempenha função de cobrir obrigação de terceiro, mediante vinculação autônoma.<sup>8</sup>

Passemos ao conceito de Contrato Autônomo de Garantia.

## 2.1 Conceito de contrato autônomo de garantia

De acordo com a lição de Mirella Viale, “por Contrato Autônomo de Garantia entendemos aquele contrato pelo qual uma pessoa, dotada de sólida posição financeira, normalmente um Banco ou Companhia de Seguros, se compromete a pagar uma determinada quantia ao beneficiário, com a finalidade de garantir a prestação de um terceiro, mediante simples requisição do próprio beneficiário, via de regra, com renúncia a fazer valer quaisquer exceções relativas à existência, validade e a coercibilidade da relação garantida, existente entre beneficiário e devedor principal, a qual o garante permanece estranho”.<sup>9</sup>

Os Contratos Autônomos de Garantia, derivados da prática do comércio internacional, não encontram reconhecimento ou previsão nas normas jurídicas, da maioria dos ordenamentos, exceção feita à Checoslováquia, República Democrática Alemã, República Federativa da Iugoslávia e em alguns países árabes.<sup>10</sup>

Ainda que social e juridicamente aceitos, os contratos autônomos de garantia constituem espécie atípica, derivando desta sua condição o problema de compatibilizá-los com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a maioria da Doutrina tem procurado aproximá-los da Fiança,<sup>11</sup> como se fosse absolutamente necessário vincular o contrato

8. A *Performance Bond* garante o beneficiário contra riscos tais como inadimplemento, inadimplemento parcial ou dos efeitos da mora no cumprimento.

Na França, pela *Garantie de Bonne Fin*, a Seguradora se compromete a tomar medidas para que os trabalhos da empresa devedora se desenvolvam até a sua conclusão, em caso de ocorrer falência da segunda. Vide: Viale Mirella, in “I contratti autonomi a di garanzia” in *La Nuova giurisprudenza Civile comentada* 1990, ano VI, 175.

9. Obra cit., p. 175.

10. Idem, *ibidem*, p. 176.

11. Esta aproximação resulta de certas semelhanças entre as novas formas de garantia e a fiança, garantia tradicional, na qual intervém, como naquelas, três pessoas, o exportador, o garante e o importador, ou seja, o beneficiário da garantia. A aproximação cessa aqui, porquanto a fiança tem caráter subsidiário e as novas formas de garantia são autônomas. A fiança, contrato acessório, tem por finalidade, permitir ou facilitar a execução do contrato do qual ela depende e é instituída, pelo titular do Direito, no contrato principal, tendo em vista a garantia contra os riscos de um adimplemento parcial, defeituoso ou do inadimplemento. É o que Teysse denomina “conjunto de contratos com dependência unilateral, concluídos entre partes distintas”. Vide Bernard Teysse, *Les Groupes de Contrats*, Paris, 1975, p. 120.

atípico a um tipificado, quando as “prestações de garantia não se submetem a *numerus clausus* nem a nomenclatura exaustiva”.<sup>12</sup>

Para melhor situar a natureza e o mecanismo de constituição dos Contratos Autônomos de Garantia, convém distingui-los de outras espécies de garantia, tais como as fidejussórias e garantias pessoais atípicas.

### **Distinções entre contrato-autônomo de garantia e outras formas de garantias pessoais**

#### **A) Com relação às Garantias Fidejussórias.**

Como já anteriormente referido, têm as garantias autônomas seu modelo teórico na garantia fidejussória, embora não a ela reconduzíveis, pelo fato de ultrapassarem-na.

Estabelecendo um paralelo entre as duas espécies de Garantia, temos que: 1) A Fiança tem caráter acessório e subsidiário, enquanto que a Garantia Autônoma é estabelecida, justamente, para superar esse caráter, típico da fiança, de vez que o garante está vinculado a uma obrigação não ligada à obrigação principal; 2) Em se tratando de Fiança, o devedor pode opor exceções fundadas no contrato principal; poderá, v.g., contestar a obrigação principal e, assim, ganhar tempo;<sup>13</sup> 3) Ainda que ambas as espécies de garantia tenham idêntica função, a do tipo abstrato, por estar desvinculada da obrigação principal, funciona, em alguns casos, v.g., na garantia a primeira demanda, como uma nota promissória, emitida pelo Banco, em favor do credor.

#### **B) Com relação às garantias pessoais atípicas.**

Tem sido reconhecido, inclusive pela Jurisprudência de nosso Tribunal Estadual,<sup>14</sup> que as clássicas garantias fidejussórias, fiança e aval, não esgotam todas as hipóteses possíveis de prestação de garantia, do tipo pessoal, admitindo-se, neste âmbito, contratos inominados e atípicos. Com esta configuração temos:

12. Neste sentido, vide o Ac. TJERGS, Relator Des. Furtado Fabrício, Ap. Cív. n. 586.015.794, unânime, no qual decidiu-se que “...aval e fiança não esgotam as modalidades possíveis de prestações de garantia, que, aliás, não se submetem a *numerus clausus*, nem a nomenclatura exaustiva. É perfeitamente possível, a partir da investigação da real intenção dos contratantes, como impõe a boa interpretação dos contratos, identificar-se a modalidade atípica de garantia solidária. Publicado in RTJRGs n. 118, 1986, p. 395, espec. p. 397.

13. A natureza causal da fiança e das demais garantias clássicas, possibilita ao devedor contestar a obrigação principal, o que lhe traz, inegavelmente, vantagens.

14. Vide Acórdão supra-referido, p. 397, 2.ª parte.

## 1) As declarações de garantia:

### 1.1) As *Lettres de Patronage*.

Forma peculiar de garantia, originada da prática do Direito dos Negócios, pela qual uma sociedade-mãe (controladora), mediante emissão de uma *lettre*, garante ao credor de sua controlada (soc.-filha), o pagamento de débito desta última, sendo variáveis a extensão e o alcance da expressão "garante", porquanto esta dependerá da modalidade de *Lettre* emanada.

Num rápido esboço, poder-se-ia descrever a *Lettre de Patronage* como uma declaração unilateral de vontade, dotada de estrutura trilateral (o que ocorre, igualmente, na fiança e expropriação) e menos vinculante do que a fiança, e com a função de garantia.

### 1.2) As *Warranties*.

Originadas na *Common Law*, têm vários sentidos, mas no âmbito do Direito dos Negócios são consideradas como um acordo, que se relaciona com o objeto do contrato, mas que é secundário sob o ponto de vista do objeto do contrato principal.

As *Warranties* podem ter o sentido de uma afirmação de fato, v.g., publicidade que promete devolver o preço pago pelo cliente de certa empresa, se o produto apresentar certo defeito, ou se for encontrado por preço inferior na praça, p. ex. Carrefour e Imcosul.<sup>15</sup>

Neste caso, estamos frente a uma *express warranty*.

As *Implied Warranties* constituem garantia implícita, ou seja, mesmo quem não estiver em relação contratual com as partes, poderá exigir o seu cumprimento.<sup>16</sup>

Em nosso Ordenamento Jurídico admite-se garantias deste tipo, sem atribuir-lhes a mesma denominação, com fundamento no princípio da boa-fé, autonomia de vontade e no art. 82 do CC.

Examinados os tipos de garantias pessoais típicas e atípicas mais utilizados no Direito dos Negócios, podemos observar que, comparados com o conceito de Contrato Autônomo de Garantia, antes estabelecido, têm aquelas, invariavelmente, vinculação com o contrato principal ou com o seu objeto, existindo uma dependência entre este e o Contrato de Garantia.

15. Estas empresas costumam veicular, pela imprensa escrita e falada, anúncios pelos quais garantem serem os preços dos produtos por elas oferecidos, os mais baixos do mercado, comprometendo-se a pagar a diferença de preço, a mais, de seu produto, se alguém encontrar, em outra loja, o mesmo produto, por preço inferior ao por elas praticado.

16. O vocábulo *Warranty*, no direito contratual da *Common Law*, tem várias acepções, sendo comumente entendido como um acordo que se relaciona com o objeto do contrato, mas que é secundário relativamente a seu objeto principal. Vide *CJS*, v. 93, § 342, p. 536.

Isto posto, passaremos a examinar as formas de que se revestem os Contratos Autônomos de Garantia.

### 3. As diferentes espécies de Garantias Autônomas e sua aplicação no Comércio Internacional

#### 3.1 A garantia à primeira demanda

##### A) Conceituação.

“Consiste a garantia à primeira demanda em uma obrigação, assumida por um Banco (garantidor), por solicitação de um cliente seu (ordenador ou devedor) que dela, garantia necessita, de pagar certa quantia, por exigência do beneficiário, referindo-se, tão-somente, ao texto da obrigação, sem que possam ser invocados meios de defesa ou exceções, com base no contrato que ensejou a operação, sem prejuízo do desatendimento do direito do credor, nos casos de fraude, abuso de direito e má-fé”.<sup>17</sup>

A origem desta modalidade de garantia é recente, tendo seu aparecimento não mais de 20 anos, e no mercado internacional, onde esta garantia, concedida por instituições financeiras, substituiu as canções em dinheiro ou os títulos, formas demasiadamente onerosas na prática. As primeiras utilizações deram-se nos contratos de obras públicas.

A ocorrência, cada vez mais freqüente, de contratos internacionais envolvendo pessoas jurídicas e leis distintas aplicáveis aos participantes, determinou o aparecimento desta garantia autônoma, com uma função semelhante a da fiança, porém desvinculada da obrigação principal. A prática e a doutrina lograram constituir uma técnica própria de garantia cuja característica marcante é a abstração e a autonomia.

A garantia vale por si mesma, independentemente da justificação de sua causa, pelo credor. Atua como um título auto-executivo.

É de indagar-se qual a razão prática de desvincular-se a garantia do contrato principal. A resposta está no fato de, dadas as características do contrato internacional e, em geral envolvendo negócios de empreitada, obras públicas, obras em geral, ocorrem ao negócio instituições financeiras desvinculadas das partes, constituindo-se, então, um conjunto de contratos, de diferente natureza (financiamento, fornecimento, garantia, obra, etc.), de tal sorte que cada um dos integrantes do grupo de contratos, passa a ter uma situação individual e definida, face aos demais.

Na lição do Prof. Arnaldo Wald, a finalidade da garantia autônoma é ‘evitar uma equação com tantas incógnitas que o comportamento das partes seja difícil de ser definido, tanto por elas, como pelo Poder Judiciário’.<sup>18</sup>

17. Vide Arnaldo Wald, “Alguns aspectos da Garantia à Primeira Demanda no Direito Comparado”, *Rev. Ajuris*, v. 40, pp. 64 e ss.

18. *Idem*, p. 66.

## B) A 'lettre de garantie internationale'

Fórmula menos enérgica que a espécie precedente, a *lettre de garantie internationale* é uma garantia, fornecida por um Banco ou estabelecimento similar, ou ainda por uma companhia de seguros, caracterizada por ser contratual e abstrata, nela intervindo o exportador (ordenador), o garante e o importador (beneficiário). Suas condições de execução são autônomas.

A *lettre de garantie internationale* é utilizada com três finalidades principais:

1) Garantia de manutenção da oferta: denominada, na prática comercial, *bid bond*, consiste em garantir o beneficiário contra o risco de a outra parte não firmar o contrato (normalmente de empreitada) nas mesmas condições precedentemente estabelecidas. Ocorrendo a hipótese, o garante deverá pagar ao beneficiário uma soma predeterminada, não superior a 10% do valor do contrato base, em função de exigência do beneficiário, estando este dispensado de fazer a prova do inadimplemento do devedor principal.<sup>19</sup>

2) Garantia de boa execução: denominada nos círculos comerciais internacionais de *performance bond*, tem por função resguardar o beneficiário dos riscos de inadimplemento, inadimplemento parcial ou mora no cumprimento do contrato principal. A soma a ser paga pelo garante ao beneficiário pode ser estabelecida em torno de 10% do valor do contrato principal, mas, em certos casos pode chegar a 80 ou mesmo 100% desse valor.<sup>20</sup>

3) Garantia de reembolso: denominada *repayment bond* ou *advance payment bond* usada quase com exclusividade no contrato de empreitada. O montante a ser pago pelo garante corresponde ao valor adiantado pelo beneficiário, quando da feitura do contrato.<sup>21</sup>

## 4. CONCLUSÃO

De acordo com o que vimos de expor, a prática do comércio internacional tem elaborado, e vem se utilizando, de variados tipos de contratos de garantia, do tipo abstrato, os quais assumem configurações diversas, conforme a finalidade pretendida ou tendo em vista o objeto da própria garantia.

Foi observado, no decorrer deste breve estudo que, na maioria das Ordens Jurídicas, não existe previsão legal dessas novas formas de segurança do credor, lacuna que dificulta a solução de litígios porventura ocorrentes.

É nosso entendimento que a admissão e a liceidade da utilização de garantias contratuais autônomas repousa no reconhecimento, pelas Ordens Jurídicas, da Autonomia de Vontade, "aparelho propulsor de qualquer

19. Vide Viale, M. ob. cit., p. 175.

20. Idem, p. 176.

21. Idem, p. 176, 2.ª parte.



consciência de regulamentação recíproca de interesses privados”, como se expressou Betti. Gera a convivência social, por si mesma, entre os particulares, a busca de meios aptos a suprir suas necessidades e, dentre esses meios, os contratos representam a forma mais antiga dessa regulamentação, antes mesmo de qualquer intervenção do legislador.<sup>22</sup>

Comprovadas a origem e a liceidade da criação, pela prática, de contratos de garantia, resta-nos realizar rápida abordagem acerca das possíveis soluções para a hipótese de surgimento de conflitos na aplicação ou utilização das garantias autônomas.

Dadas as lacunas, referentemente ao tema, nas Ordens Jurídicas em geral, seriam aplicáveis, em caso de situações como insolvência do ordenador, de dúvidas acerca da extensão da vinculação do garante, enfim, quaisquer vicissitudes pelas quais pode passar um contrato, os princípios gerais do Comércio Internacional,<sup>23</sup> a *Lex Mercatoria*, embora, em relação a esta, haja certa hostilidade, por parte dos Tribunais<sup>24</sup> os Costumes Comerciais Internacionais, como complementos à Lei do Contrato.

22. Emílio Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Coimbra, 1969, I/88.

23. A utilização dos Princípios Gerais do Comércio Internacional tem sido incrementada graças ao extraordinário desenvolvimento do comércio internacional, nos últimos 30 anos. Esta modalidade de comércio deu origem a novas formas contratuais, algumas delas testemunhas da nova situação técnica e econômica da Sociedade Internacional, outras buscando concretizar uma nova ordem econômica e política. Por outro lado, os progressos da técnica, facilitando as comunicações, transformaram a juridicidade dos espaços nacionais, dando lugar ao surgimento do que Philippe Kahn denomina “espaço transnacional”, no qual têm livre trânsito os “usos comerciais corporativos” cuja prática é assinalada nas novas modalidades contratuais e pelos princípios gerais, enumerados pelos árbitros do comércio internacional, transmitidos em uma espécie de jurisdição de direito comum, neste espaço.

São variadas e, muitas vezes opostas, as opiniões a respeito da natureza do mencionado espaço, desde a sua consideração como uma espécie de “Terceiro Direito”, uma “*Lex Mercatoria Moderna*”, ou um “Direito Internacional Adaptado”, chegando alguns a sua negação. Vide Kahn, “Les Principes généraux du Droit devant les arbitres du Commerce International”, in *Journal du Droit International*, 1989, I, pp. 305 e 306. Com relação à consideração do Direito do Comércio Internacional, como uma nova *Lex Mercatoria*, ver o excelente artigo de René David, “Il Diritto del Comercio Internazionale: un nuovo compito per il legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?” in *RDC*, 1976, I/577, espec. p. 587. Ver, igualmente, Wengler, “Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat”, in *Rev. Crit. du Droit Intern. Priv.*, 1982, p. 469. Contribuição interessante e original ao tema, devido ao estudo comparativo da diferença de métodos utilizados pelos juristas europeus em relação aos americanos do norte, no que se refere ao papel atribuído aos princípios no Direito Internacional privado, temos no estudo de Batiffol, “De l’usage des principes en droit international privé”, in *Boletim de Coimbra*, 1986, p. 103.

24. A origem desta hostilidade, com relação à *Lex Mercatoria*, por parte dos Tribunais estaria no fato de juristas renomados, como Wengler e Boggiano, entre outros, não admitirem que particulares, no caso, comerciantes, regulassem contratos, sobretudo em aspectos tais como os seus efeitos em relação a terceiros. Admitir-lo seria incluir a *Lex Mercatoria* como uma fonte autônoma de Direito, além de estar

Outra solução para deslinde de litígios em relações desta ordem, seria a arbitragem. No caso do Brasil, tal solução dificilmente teria sucesso, pois o Direito brasileiro não é favorável ao Juízo Arbitral, além de não existirem entre nós órgãos institucionais de arbitragem. Outra grande dificuldade reside em que, entre nós, exige-se o duplo *exequatur*, homologação da sentença estrangeira pela justiça estrangeira e pela brasileira. Alguns países não exigem a homologação judicial da sentença e isto torna a sentença não executável no Brasil.<sup>25</sup>

## 5. BIBLIOGRAFIA

1. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1984.
2. ASCARELLI, Tálío. *Panorama de Direito Comercial*, Saraiva, 1947.
3. BANCHIO, Enrique. "Fundamento de la responsabilidad Obligatoria Del Deudor por el hecho de otro", in *Contratos*, obra colectiva, Buenos Aires, 1989, p. 335.
4. BATIFFOL, H. "De l'usage des principes en Droit International Privé", *Boletim de Coimbra*, 1986, p. 103.
5. ————. "Recensão sobre a obra do Prof. Boggiano, A. Derecho Internacional Privado", *Rev. Critique du Droit Inter, Privé*, 1980, p. 213.
6. BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.
7. BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Coimbra, 1969, v. II.
8. BULGARELLI, Valdívio. *Contratos Mercantis*, Ed. Atlas, São Paulo, 1989.
10. CARBONNIER, Jean. *Fléxible Droit*, Paris, 1983.
11. Corpus Juris Civilis Secundum (CJS), American Law Book Co., Verbetes: "Warranty" e "Bonds".
12. COUTO E SILVA, Clóvis V. *A Obrigação como Processo*, São Paulo, 1976.

o Estado abrindo mão ou abdicando de sua competência sobre estas matérias. Vide Antonio Boggiano, in *Derecho Internacional privado*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, e o comentário crítico da obra, por Batiffol, in *Rev. Crit. Dr. Intern. Privé*, 1980, pp. 213 e ss.

25. O Juízo Arbitral constitui-se em fato muito raro, em nosso Direito. A razão disso estaria na adoção, por parte de nosso legislador, do que se denomina "Estado Judicial", estatuída em regra constitucional, determinando que toda e qualquer lesão a direito não pode ser subtraída ao exame do Poder Judiciário (inc. XXXV do art. 5.º da CF de 1988). É um dispositivo tradicional em nosso sistema, e tem sido interpretado, por alguns autores, como preceito que afasta a apreciação de questões por juízo arbitral, de vez que, por ele, estaria excluída a apreciação, pelo Poder Judiciário, de alguma questão de direito. Esta é, contudo, posição extrema, porquanto somente direitos disponíveis podem ser discutidos nesta jurisdição. Outro entrave ao recurso à solução arbitral, entre nós, é a falta de Câmaras de Comércio especializadas, com o objetivo, dentre outros, de colaborar para a difusão de julgamento mediante árbitros. Vide, a respeito, o excelente estudo de Couto e Silva, "O Juízo Arbitral no Direito Brasileiro", in *Ajuris*, v. 41, pp. 80 e ss.

Vide, igualmente, Porto, Sérgio J., "Perspectivas da Arbitragem Comercial no Brasil", in *RT* n. 638, dez.-88, pp. 42 e ss.

13. ———. "O Jufzo Arbitral no Direito Brasileiro", *Revista Ajuris*, n. 41, p. 80, 1987.
14. COSTA, Martins Judith H. "As Cartas de Intenção e as Lettres de Patronnage: os graus de Eficácia dos Contratos", Dat. inédito.
15. ENNECERUS-LEHMANN. *Derecho de Obligaciones*, v. I, t. II, Barcelona, 1954.
16. GALVADA ET STOUFFLET. "Le Letre de Garantie Internationale", *Rev. Dr. Civ. et Com.*, 1980, pp. 3 e ss.
17. KESSLER AND FINE. *Culpa in Contrahendo, Bargainin in Good Faith and Freedom of Contract*, HLR, 1964, p. 401.
18. KHAN, Philippe. "Les Principes généraux du Droit devant les arbitres du Commerce International", *Journal du Droit Internal*, 1989, I/305.
19. LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, t. II, Madri, 1954.
20. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1963, v. 45.
21. MOTTA PINTO, C. A. da. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1985.
22. MOZOS, J. L. de los. *Derecho Civil, Métodos, Sistemas y Categorías Jurídicas*, Madrid, 1988.
23. DE NOVA, Giorgio. "I Nuovi Contratti", *Rivista di Diritto Civile*, 1990, IV/506.
24. PORTO, Sérgio José. "Perspectivas de Arbitragem Comercial no Brasil", *RT* 638, 1988, p. 42.
25. RAGUSA-MAGGIORE. "Suller fideiussone per debito futuro", *Riv. Dir. Com.*, 1980, II/121.
26. RIEG, Alfred. "Le Rôle de la Volonté dans la Formation de l'acte Juridique, d'après les doctrines allemandes du XIX ème', siècle, APD, 1957, p. 2.
27. ROUBIER, Paul. *Le Rôle de la Volonté dans La Création des Droits et de Devoirs*, APD, 1957.
28. SIMONETTA. La Fideiussone e il sonno dogmático, *Riv. Dir. Civ.*, 1985, v. II, pp. 231 e ss.
29. SOURIOUX, Jean Louis. *Source du Droit Privé*, APD, 1982.
30. STOLFI, G. "In tema di fideiussone general", *Riv. Dir. Civil*, 1972, I/529.
31. VASSEUR, Michel. "Garantie à la Première Demande", *Com.*
32. ———. "Un Nouvel Essor du Concept Contractuel", *RTDC*, 1964, p. 5.
33. VIALE, Mirella. "I Contratti Autonomi di Garanzia", *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, 1990, anno VI, p. 175.
34. WALD, Arnoldo, "Alguns Aspectos da Garantia à 1.ª Demanda no Direito Comparado", *Rev. Ajuris*, 40/64.
35. WEILL, Alex. *Drot Civil, Les Obligations*, Paris, 1971.
36. WENGLER, W. "Les Principes généraux du droit en tant que loit du contrat", *Rev. Critique du Droit Intern, Privé*, 1982, p. 469.
37. TEYSSIE, B. *Les Groupes de Contrats*, Paris, 1975, p. 120.
38. ZWEIGERT, Konrad. "Du Sérieux de la Promesse. Remarques de Droit Comparé sur la Distinction des Actes qui Obligent de ceux que n'obligent pas". *Rev. Int. Droit Comparé*, 1964.