



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Outorga Conjugal no Aval

Dirceu Gomes Machado Filho

Rio de Janeiro

2009

DIRCEU GOMES MACHADO FILHO

A Outorga Conjugal no Aval

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2009

A OUTORGA CONJUGAL NO AVAL

Dirceu Gomes Machado Filho

Graduado pela Universidade Estácio de Sá, Campus Campos dos Goytacazes. Advogado.

Resumo: Este artigo aborda a inovação trazida pelo Código Civil, Lei 10.406/2002, em vigor desde 1º de Janeiro de 2003, a condicionar a validade do aval à autorização expressa do outro cônjuge, salvo os casados pelo regime da separação total de bens. Tal proposição trouxe problemas à garantia dos Títulos de Crédito, instrumentos primordiais de circulabilidade de riquezas. No desenvolver do assunto, busca-se traçar breves comentários sobre a disciplina do Aval, e, em sequência, discorrer sobre a tendência da doutrina e o tratamento hodiernamente dado pela jurisprudência.

Palavras-Chave: Aval. Garantia. Outorga Conjugal. Patrimônio Familiar. Título de Crédito. Circulabilidade.

Sumário: Introdução; 1. Breves Considerações sobre o Instituto do Aval; 2. Semelhanças e Diferenças entre o Aval e a Fiança; 3. Da Outorga Conjugal e o Aval. 3.1 Suprimento Judicial da Recusa Injustificada; 3.2 Dos Efeitos da Outorga Conjugal; 3.3 Da Outorga na União Estável. Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Não obstante a importância da vasta disciplina sobre os títulos de crédito e suas intrincadas particularidades, esse trabalho tem como escopo a análise da disciplina do importante instituto do aval, declaração cambial consistente na garantia fidejussória do título,

atendo-se ao requisito legal da outorga conjugal para sua validade, conforme disciplina o vigente Código Civil.

A crescente necessidade de movimentação de crédito em substituição da moeda mostrou-se imperiosa na Idade Média, porém, a cessão ordinária de créditos dos romanos não mais garantia a celeridade e confiança que a atividade econômica clamava para seu desenvolvimento.

Foi nos meados do século XVII, nos mercados da Itália, que surgiram as primeiras manifestações da circulação de documentos que substituiriam a moeda nas negociações, quando se entregava a um banqueiro moeda de uma espécie, e este, por sua responsabilidade fazia a entrega ao credor do depositante na espécie de moeda adotada por esse credor, quando toda essa negociação era subscrita por documentos que representariam o pagamento.

Com o passar dos séculos e o fortalecimento da economia de capitais, os títulos de crédito tornaram-se o mais importante instrumento de rotação da economia. Por eles, todos os dias, milhões e milhões de pessoas movimentam capitais, circulam o crédito, contratam aquisições de produtos, serviços e demais atividades comerciais e não-comerciais, desenvolvendo a economia capitalista no mundo globalizado.

A doutrina clássica, liderada por ASCENSÃO (1992), ao reconhecer a grande importância dos Títulos de Créditos, assevera que a vida econômica moderna seria incompreensível sem a densa rede de títulos de crédito e que as invenções técnicas ficariam isoladas, pois faltariam normas jurídicas para sua implementação na sociedade, assim como as relações comerciais tomariam necessariamente outro rumo.

Segundo ASCARELLI (1943, p.3), em sua festejada obra Teoria geral dos Títulos de Crédito, graças aos títulos de crédito pôde o mundo moderno mobilizar as próprias riquezas; graças a eles o direito consegue vencer tempo e espaço, transportando, com a maior

facilidade, representados nestes títulos, bem distantes e materializando, no presente, as possíveis riquezas futuras.

Diante da importante função dos Títulos de Crédito de circularem riquezas ao redor do mundo, vários países assinaram a Convenção de Genebra sobre normas uniformes para sua disciplina que substituiriam legislações esparsas dos entes soberanos, evitando assim divergências sobre a matéria.

Todavia, em respeito à soberania dos Países, foram dispostas algumas possibilidades de reservas, que consistiam na possibilidade de edição pelos signatários de normas internas que disporiam de maneira diversa do disciplinado no tratado internacional até mesmo como forma de assegurar as peculiaridades e costumes de cada país signatário.

O Brasil é signatário da Convenção de Genebra, introduzindo-a no seu ordenamento jurídico com a edição do Decreto 57.663/66 que dispõe de normas gerais e uniformes sobre letra de câmbio e nota promissória, sendo também utilizada subsidiariamente às demais espécie de títulos de crédito ante a falta de legislação específica para regulamentá-los.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DO AVAL

A origem do termo não é bem definida tendo em vista que há quem diga que o nome aval tem origem no francês *valoir*, *à valoir* ou ainda *faire valoir*, no latim *a valere*, ou ainda no italiano *a valle*.

Corroborando com essa etimologia, WHITAKER (1963, p. 177) leciona que a "palavra aval deriva provavelmente do francês *à val*, ou de seu correspondente italiano *a*

valle, que quer dizer em baixo, por ser esta a colocação que se lhe dava comumente na letra de câmbio."

Da lição de ROSA JR. (2009), extrai-se que o aval nada mais é do que uma declaração cambiária sucessiva e eventual, decorrente de uma manifestação unilateral de vontade, pela qual uma pessoa, natural ou jurídica, estranha à relação cartular, ou que nela já figura, assume obrigação cambiária autônoma e incondicional de garantir, total ou parcialmente, no vencimento, o pagamento do título nas condições nele estabelecidas.

O aval é considerado uma declaração sucessiva posto que, como se sabe, inicialmente para a formação do título de crédito, no campo do direito civil, ocorre um negócio jurídico, negócio este que pode ser celebrado à vista ou a prazo.

Sendo celebrado a prazo, uma das partes cumpre a sua obrigação de imediato e a outra vai cumprir a sua obrigação no futuro, e para assegurar o cumprimento dessa obrigação no futuro, a parte emite um título de crédito.

Nesse sentido, afirma RIZZARDO (2006, p.5) que "crédito é o resultado de dois elementos: o subjetivo e o objetivo. O primeiro está na confiança, na segurança que a pessoa sente em face de uma prestação a ser cumprida – confia em receber o bem ou o valor".

O segundo é o próprio bem da vida ou a riqueza que está inserida na obrigação.

E conclui dizendo que o crédito revela confiança e certeza na probabilidade de solvência da pessoa que o reconheceu.

Portanto, de uma relação jurídica entre as partes, o título vem a mencionar um crédito em favor do beneficiário, e o aval nada mais é do que uma declaração inscrita depois da declaração essencial de constituição do título, ou seja, depois que o título já foi constituído, seja por meio da emissão ou do saque.

Dentre outras características do aval, considera-se, também, a sua eventualidade, visto que prescindível para a existência e validade do título; o fato de ter natureza jurídica de declaração unilateral de vontade, vez que não exige anuência da parte contrária para sua constituição; o seu caráter de obrigação autônoma, pois não depende da austeridade da obrigação do avalizado para ser exigida, exceto caracterizado vício de forma, não incidente o princípio da gravitação.

Não se pode esquecer que o aval é incondicional posto que a lei não permite que fique a eficácia da declaração dependente de acontecimento futuro em vista o princípio da confiança.

Trata-se de declaração típica e estritamente cambial que constitui o avalista na mesma obrigação do avalizado, em solidariedade cambial, que não se confunde com a solidariedade do direito civil.

O aval é disciplinado na Lei Uniforme de Genebra, Decreto 57.663/66, art. 31, alíneas 3ª e 4ª. Em matéria de Cheque na Lei 7357/85, art. 29 a 31. Na Lei das Duplicatas, Lei 5474/68, art. 12 com aplicação subsidiária da LUG diante o art. 25, e no Código Civil vigente, nos arts. 897 a 900.

Todavia diante do art. 903 do C.C, o regramento geral da lei substantiva civil não se aplica aos títulos de crédito com regramento próprio por leis especiais que dispõe sobre a matéria.

De acordo com as regras vigentes, dá-se o aval com simples assinatura do avalista ou mandatário com poderes especiais, neste caso permitido somente no anverso do título.

O aval pode ser dividido em aval em branco e aval em preto.

Considera-se aval em branco quando o avalista, assinando como tal, não identifica no título quem é o seu avalizado.

Ocorrendo o aval em branco, presume-se que o avalizado é o emitente do título de crédito, ou seja, o sacador ou emitente.

Já no aval em preto, ao contrário do aval em branco, o avalista, além de lançar sua assinatura na cédula, ele identifica quem é o avalizado.

É importante asseverar que não é permitido que se preste aval em documento separado, já que o Governo Brasileiro não adotou a reserva disposta no art. 4º do Anexo II da LUG, portanto o aval deve constar da própria cédula.

O aval pode ser parcial, não obstante o parágrafo único do art. 897 do CC vedá-lo, pois como dito acima somente se aplica o C.C. aos títulos de crédito cuja lei instituidora for silente.

A garantia parcial do aval se explica pela característica da autonomia, bem como ser uma espécie de caução para adimplemento da obrigação cambial, sendo muito melhor tê-la parcialmente do que não há ter. A LUG, no art. 30, al. 1ª; a Lei 7357/85, art. 29; a Lei 5474/68, art. 12 c/c art. 25, expressamente permitem o aval parcial.

Impende registrar que pelo princípio da literalidade que norteia os títulos de crédito em geral, o aval parcial só é válido quando expresso nesse sentido. Sendo assim, para que o aval parcial seja válido, deve constar expressamente do título o montante que está sendo avalizado, sob pena desse aval parcial ser considerado um aval integral, e o avalista ser demandado pelo valor integral do título.

O aval também pode ser simultâneo ou sucessivo. É denominado simultâneo quando o devedor cambial tem sua obrigação garantida por diversos avalistas. Já no aval sucessivo um avalista é que garante o aval do outro, ou seja, se torna um “avalista do avalista”.

Na prática, a colocação dos nomes dos avalistas em linhas superpostas, com número de ordem, é considerada como sendo avais sucessivos, apesar de não haver declaração expressa de sucessividade no título.

Acerca do tema, cumpre lembrar o teor da Súmula 189 do Supremo Tribunal Federal: “Avais em branco e superpostos, consideram-se simultâneos e não sucessivos”.

O aval pode ser prestado por pessoa jurídica quando é realizado por da assinatura de um dos sócios na cártula desde que devidamente indicado no contrato social da empresa.

Caso não haja especificação no contrato social e mesmo assim um sócio prestar aval, o mesmo não será invalidado, mas a empresa assumirá a responsabilidade no aval e, internamente, deverá tomar as providências legais cabíveis para apurar as responsabilidades desses sócios, valendo-se até mesmo de ação regressiva contra o mesmo.

O Aval pode também ser dado de forma antecipada, ou seja, antes da responsabilização do avalizado, nos termos do art. 30, al. 2 da LUG, devido à característica da autonomia das obrigações cambiais.

Entretanto, discute-se na doutrina se o avalista estaria obrigado a garantir o título mesmo quando o avalizado não tenha responsabilidade pela falta de aceite ao título.

Dentre aqueles que advogam tese em defesa da responsabilidade do avalista está REQUIÃO (2005, p.434), para quem a “recusa total ou parcial do aceite nenhuma influência exercerá sobre a responsabilidade do avalista, que independentemente do aceite assumiu a obrigação de garantir o pagamento do título”.

Esta corrente doutrinária baseia-se na autonomia da declaração cambiária, bem como em sua incondicionalidade, uma vez que não se permite que a eficácia do aval fique subordinada à ocorrência de evento futuro e incerto, no caso, o aceite.

Na doutrina, encontra-se, também, posição contrária, sustentando que a obrigação decorrente do aval antecipado só subsiste se ocorrer de maneira formal a obrigação do avalizado, ainda que eivada de nulidade.

Para os defensores deste entendimento, dentre eles, MARTINS (2000), não pode mesmo ser de outra forma, pois se o avalista obriga-se da mesma maneira que seu avalizado, este haverá de estar obrigado para que seja convalidada a obrigação do seu avalista.

Esse posicionamento defende que não obstante ser o aval autônomo à posição do sacado, não se poderia existir a garantia sem haver o que ser garantido, uma vez que na recusa de aceite pelo sacado, este não contrai obrigação cambiária, sendo um contra-senso ser obrigado o avalista a garantir quando não a nada a ser garantido.

Outro argumento que reforça a tese defendida por essa corrente doutrinária, é que uma vez exigido o débito do avalista, este nem ao menos teria a possibilidade de regressar contra o avalizado, uma vez que na falta de aceite o sacado não se responsabiliza pela cártula, nada podendo dele ser cobrado, o que, se mostra irrazoável e desproporcional, privilegiando o enriquecimento sem causa do avalizado em detrimento de seu avalista.

Outra divergência pende sobre o aval prestado depois do vencimento do título, o chamado aval póstumo. Para WHITAKER (1963) não teria validade uma vez que o vencimento causaria a extinção da força cambiária do título, impossibilitando assim de ser avalizado, podendo, todavia, ser considerado uma fiança, se respeitado os requisitos legais.

Em sentido diametralmente oposto, BORGES (1976) afirmava a validade e eficácia do aval, haja vista que não seria o vencimento que retiraria a natureza cambiária do título, utilizando-se a regra do art. 20 da LUG analogicamente.

Todavia, a partir da vigência do C.C. de 2002, o art. 900 pacificou o tratamento do aval póstumo, considerando-o com os mesmos efeitos do aval prestado antes do vencimento.

Esta norma é perfeitamente aplicável uma vez que não há regra expressa em sentido contrário na legislação especial, e como já citado em linhas acima, nada obsta que na omissão da legislação especial atinente a títulos de crédito, se busque solução no Código Civil.

O aval também pode ser cancelado e quanto ao cancelamento do aval, a Lei Uniforme de Genebra é silente o que faz o operador do direito se socorrer de legislação especial sobre títulos de crédito e, nos termos do art. 44, § 1º, do Decreto n. 2.044/1908, “o aval cancelado é considerado não escrito”.

O Código Civil de 2002 também prescreve em seu art. 898, § 2º que: “Considera-se não escrito o aval cancelado”.

Sendo assim, o aval pode ser cancelado, mas, uma vez formalizado o título, encaminhado ao credor, não mais se admite o cancelamento unilateral, ou por vontade do devedor, porque chegando às mãos do titular do crédito, consuma-se a relação contratual, com a exigibilidade da quantia perante aqueles que se obrigaram.

Nesse sentido concluiu ROSA JR. (2009) destacando que a norma contida no mencionado dispositivo legal (Decreto n. 2.044/1908, art. 44, § 1º) comporta as inúmeras observações dentre elas, a possibilidade de cancelamento do aval ainda que não tenha havido o pagamento do título, mas nessa hipótese o avalista só poderá cancelar a sua assinatura se o título ainda estiver em seu poder, antes, portanto de entrar em circulação.

Adverte, também, que se considera não escrito somente o aval cancelado, permanecendo válidas as demais declarações cambiárias, em razão do princípio da autonomia das obrigações cambiárias.

O cancelamento do aval pode ser realizado com o escopo de prejudicar o direito alheio, e já prevendo esse dolo, a doutrina sustenta que após a entrada do título em circulação, se o avalista, sem ter efetuado o pagamento, riscar a sua assinatura, agindo com má-fé por

prejudicar direito de terceiros, responderá civilmente, pela via ordinária, por perdas e danos a quem o cancelamento prejudicar.

Tal orientação vem a fortalecer o princípio da autonomia que orienta a relação cambial que é uma importante forma de circulação do crédito e fomento da economia mundial.

Existe no ordenamento pátrio um instituto que muito se assemelha com o aval, e até mesmo a legislação, sempre procura tratar desses institutos de maneira conjunta, como fez o Código Civil no art. 1647, III.

Portanto, após uma análise sumária do instituto do aval, passa-se a analisar as semelhanças e as diferenças entre o aval e o instituto da fiança.

2. DAS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE O AVAL E A FIANÇA

Conforme afirmado acima, não são poucas as semelhanças entre o aval e a fiança, e tais semelhanças são objeto de constante equívoco entre os operadores do direito, especialmente aqueles que se aventuram nos intrincados meandros do Direito Empresarial.

A confusão entre os institutos levou um dos juristas pátrios, a escrever algumas linhas para diferenciar os institutos e auxiliar os operadores do direito cambiário a entender e utilizar os institutos de maneira correta.

Discorrendo sobre a diferença entre os dois institutos, PONTES DE MIRANDA (2000, p. 188), foi categórico ao afirmar que o “aval não é fiança”, e em preciosas palavras, disse que o fiador garante o cumprimento da obrigação de outrem, já o avalista promete esse cumprimento. Em continuidade concluiu que não seria admissível dizer-se que o avalista é o

fiador do avalizado, ou que o aval é a fiança cambiária, pois a fiança é negócio jurídico bilateral, é contrato; o aval, declaração unilateral de vontade.

Verifica-se que a doutrina mais autorizada da época de Pontes de Miranda já se preocupava em diferenciar o aval da fiança quando escreviam sobre o direito cambiário, o que demonstra que a confusão entre os institutos remonta aos tempos.

REQUIÃO (2005, p. 337) atribui tal equívoco e confusão à legislação uniforme ao dizer que: “é o aval, muitas vezes, aproximado da fiança pela doutrina, em virtude da tradução portuguesa equivocada que fala em "pessoa afiançada", no art. 32 da LUG.”

Nas próximas linhas, passa-se a fazer uma distinção entre os institutos, tangenciando as características mais marcantes que os diferenciam, deixando assente que tal diferenciação é imprescindível para se entender melhor o instituto do aval e porque o legislador estendeu a necessidade da outorga conjugal para tal instituto como já fazia com a fiança desde 1916.

A primeira semelhança entre os institutos é que tanto o aval quanto a fiança, são garantias pessoais, ou seja, uma terceira pessoa se compromete, perante o credor, a pagar a obrigação, se não o fizer o devedor.

A segunda e talvez a mais importante semelhança, é que em ambos os institutos, é exigível a vênua conjugal para que sejam prestados. Essa peculiaridade é uma inovação do Código Civil de 2002, pois o Código Bevilacqua (Código Civil de 1916), só exigia a outorga uxória para a fiança, e conforme já afirmado, tal inovação aproximou ainda mais os dois institutos.

Tanto o aval quanto a fiança tem como escopo garantir o adimplemento de uma obrigação, mas trazem em seu bojo algumas diferenças que serão abaixo elencadas.

O aval é instituto afeto exclusivamente ao direito cambiário, assim só pode ocorrer o aval em um título de crédito, ao passo que a fiança é um instituto genérico do direito civil, podendo ser utilizado para garantir qualquer obrigação, inclusive uma obrigação cambiária.

Há de se ressaltar que existe séria controvérsia a respeito da possibilidade do instituto da fiança ser utilizado em títulos de crédito, uma vez que para eles existe na legislação especial institutos próprios, mas tal divergência foge do escopo desse trabalho.

Tal característica leva alguns doutrinadores a concluir que o instituto da fiança é muito mais amplo do que o instituto do aval, e quando se tem um *aval* apostado em um contrato que não seja um título de crédito, devemos considerá-lo como um ajuste de fiança que garante aquele contrato.

O aval, conforme sumariamente explanado acima, é uma declaração unilateral de vontade que surgiu da prática comercial enquanto a fiança é contrato previsto e inserido na legislação pelo Código Civil. Portanto, o aval tem natureza jurídica de declaração de vontade enquanto a fiança de contrato típico.

A autonomia que rege o aval não é extensiva à fiança, pois essa é contrato acessório e pela Teoria da Gravitação, o acessório segue o principal, assim sendo nula ou extinta a obrigação principal, extinta também será a fiança.

Já o aval pelo princípio da autonomia, que permeia também outros institutos dos títulos de crédito, não é extinto com a anulação da obrigação principal, exceto se houver vício no próprio título ou se faltar no título algum elemento essencial.

No que tange ao princípio da autonomia das obrigações cambiais, é interessante ressaltar que, numa perspectiva dualista da obrigação, o *schuld*, que é o débito, e o *haftung* que é a responsabilidade, estariam reunidos na posição do avalista, não sendo ele um mero responsável pelo pagamento, mas sim, o propriamente obrigado.

A respeito desse rigor do aval, ASCENSÃO (1992, p. 173) chega mesmo a escrever que "nem podemos dizer que o aval é uma fiança, nem sequer, em rigor, que é uma garantia. No regime legal funciona como uma obrigação autônoma."

Em razão do princípio da literalidade, o aval tem que ser sempre prestado no próprio título, ao passo que a fiança pode ser dada em outro documento, diverso do contrato principal.

O avalista, ao prestar o aval, se obriga perante pessoa indeterminada, pois o título de crédito é dotado do atributo da circulabilidade, e o avalista se obriga a pagar àquele que lhe apresentar o título, já no contrato de fiança, o fiador se obriga perante pessoa determinada, no caso, o credor do afiançado.

Por derradeiro, o aval não comporta o benefício de ordem, que é aquele em que o executado exige que se execute primeiro os bens do devedor principal, visto que o avalista é considerado solidariamente responsável.

Já na fiança, o benefício de ordem decorre expressamente do comando legal previsto no artigo 827 do Código Civil, ao dizer que o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor afiançado, pois a responsabilidade do fiador é subsidiária à do devedor principal.

Trata a fiança da aplicação dos princípios consagrados pelo Direito Civil, que é mais genérico, já o aval, apesar de ter características dos meios gerais de Direito, se apresenta como um instituto específico do Direito Cambiário.

Portanto, apesar de se apresentarem, inicialmente, com a mesma proposta, qual seja garantir o cumprimento de obrigação de outrem, pode-se concluir que o aval e a fiança são institutos com requisitos especiais e com características peculiares que apresentam muitas diferenças embora haja freqüente equívoco na sua utilização.

Após discorrer sobre as características do Aval tangenciando as principais controvérsias que permeiam esse instituto e também de diferenciá-lo do instituto da fiança, passa-se à análise da necessidade da outorga conjugal no aval após o advento do Código Civil de 2002.

3. DA OUTORGA CONJUGAL E O AVAL

O vigente Código Civil, em plena busca de efetivar um Direito Civil Constitucional, trouxe inúmeras regras para limitar o princípio da autonomia da vontade que rege o direito privado.

E imbuído pelo espírito protetor instituído pela Carta Constitucional de 1988, o Novo Código, dentre outras garantias instituiu também a exigência de autorização do cônjuge, em um casamento não regido pelo regime da separação de bens, para prestar garantia fidejussória – fiança e aval.

Portanto, verifica-se que a limitação não alcança os cônjuges casados sobre o regime da separação absoluta de bens, seja ele obrigatório ou convencional.

Para VENOSA (2005) tal regra se justifica, porque quando não se comunicar de forma alguma os bens de cada consorte, não haveria sentido, como fora estabelecido no sistema anterior, que o cônjuge obtivesse a autorização do outro para a prática de determinados atos de responsabilidade patrimonial.

A professora DINIZ (2007), explicando as inovações do Código Civil de 2002, deixou assente que o citado diploma estabelece limitações ao poder de administração dos cônjuges, pois, embora tenham a direção da sociedade conjugal (CC, arts. 1.565 e 1.567), para praticar

certos atos de conteúdo patrimonial, necessitam de outorga do outro, sem a qual não se encontrará legitimado para efetivá-los.

O objetivo do diploma legal foi assegurar, não só a harmonia e segurança da vida conjugal, mas também preservar o patrimônio familiar, forçando os consortes a manter o acervo familiar, porque a renda para manutenção da família, geralmente, advém desse, e, assim, evita-se a dissipação, garantindo, conseqüentemente, certa receita.

Para a fiança, o Código Civil de 1916 já previa a necessidade de outorga conjugal para a sua validade, mas silenciava-se quanto o aval.

Diante de tal silêncio tanto do Código Civil quanto das leis extravagantes, toda doutrina não incluía a outorga como requisito para a prestação do aval, não cabendo analogia com a fiança apesar de tantas semelhanças, pois como visto anteriormente, as diferenças são essenciais para utilização dos institutos.

Todavia com a entrada em vigor do art. 1647, III, do C.C/2002, a autorização conjugal para prestar aval passou a ser exigência para a sua validade, haja vista a disposição do art. 1649 do mesmo diploma que consagra anulável o ato praticado sem a referida autorização ou seu suprimento judicial.

Relevante mencionar o entendimento explanado por GONÇALVES (2005, p.400) no sentido de que, em observância ao disposto no art. 2.039 do novo Código Civil, a restrição contida no art. 1.647, inciso III, em relação ao aval, “somente se aplica aos casamentos celebrados após a entrada em vigor do aludido diploma, uma vez que não era imposta nos regimes de bens disciplinados pelo Código de 1916”.

Doutrina especializada critica a instituição de outorga conjugal para a validade do aval, tendo em vista a total incompatibilidade do instituto com a realidade comercial.

Nas primeiras linhas desse artigo foi descrito que os títulos de crédito foram criados visando a uma maior rapidez e segurança nas tratativas comerciais, fomentando a circulação do crédito e conseqüentemente o crescimento da economia mundial.

Nesse sentido, em 1963, já advertia WITACKER (1963, p.183-184) reconhecendo a dinamicidade cambiária, que: “Ao avalista casado não se exige outorga da mulher. O aval não é fiança e, ainda que o fôsse, não poderia ser submetido a uma exigência manifestamente contrária aos princípios sobre que repousam a rapidez e a segurança da circulação cambiária.”

Não obstante a regra constante do art. 1647, III do C.C. ir de encontro com as características e funções do aval nos títulos de crédito, não se deve, por questão de hermenêutica, desconsiderar por si só o descrito na lei.

É certo que o art. 903 do Código Civil é expresso em dizer que os títulos de crédito disciplinados por leis especiais por estas continuaram a ser regidos, mas somente naquilo que forem contrários às normas do Código Civil. Neste caso, considera-se que no que forem silentes, incidiriam as regras gerais da lei substantiva civil.

Não se vislumbra na legislação especial de regência dos títulos de crédito nenhuma norma que disciplina o assunto.

Sendo silentes as leis especiais, incide a regra do Código Civil, sendo necessária a outorga conjugal para o aval.

Aqueles que defendem a necessidade de outorga conjugal no aval, dentre eles COSTA (2004), sustentam que não encontrando solução na LUG e nem havendo reserva, haverá de ser aplicado o Decreto 2.044/1908 ou outra norma interna, se existente, para solução do caso concreto.

E citam como exemplo o aval, asseverando que o Código Civil exigiu a autorização expressa do outro cônjuge, quando casado em qualquer regime, exceto no regime de separação absoluta (inciso III do art. 1.647 do Código Civil).

E arrematam dizendo que hoje, com a edição do Código Civil, pode o aval ser invalidado se, casado o avalista, e se não houve consentimento prévio de seu consorte.

Instalada a controvérsia, há que se observar um conflito entre as normas, tanto normas-princípios quanto normas-regras.

De um lado verifica-se a preocupação de resguardar o interesse do outro cônjuge, bem como do patrimônio familiar, buscando a valorização e manutenção da família, instituição elevada à proteção constitucional (art. 226 da CRFB/88).

De outro lado, também corolário do princípio da livre iniciativa e desenvolvimento econômico (art. 3º, II c/c art. 175 da CRFB/88), tem-se a busca da circulabilidade de riquezas com segurança e rapidez.

Em casos como esses é preciso que haja uma solução para o conflito de modo que nenhum daqueles interesses sucumba perante outro, vale dizer, um não pode extinguir o outro totalmente.

Assim, em uma interpretação razoável e proporcional, foi aprovado pelo Conselho da Justiça Federal – CJF – o enunciado 114, que dispõe: “o aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu”.

Com esse enunciado a doutrina, mesmo desconsiderando o art. 1649 do CC, conciliou os escopos legais: reafirmou a proteção ao patrimônio do cônjuge e garantiu a eficácia do aval em relação ao cônjuge avalista.

Assim, uma vez dado o aval sem a outorga conjugal nos casos em que a lei diz necessário, aquele que se obrigou responde por sua liberalidade com sua meação, sendo resguardada a meação do cônjuge dissidente, salvo comprovado o proveito econômico do negócio jurídico ao patrimônio familiar.

Todavia, como não poderia ser diferente, divergências se postaram em relação à presunção do proveito ao casal dos negócios jurídicos praticados por um dos cônjuges.

Entende a jurisprudência que o ônus recairia ao cônjuge dissidente, que deveria provar que determinado negócio jurídico praticado por seu consorte não reverteu em benefício da família, podendo assim resguardar a sua meação.

Porém, em se tratando de aval gratuito, destaca ROSA JR. (2009, p.292) no sentido de que: “tratando-se de aval, que corresponde a mero ato de liberalidade, presume-se o prejuízo decorrente do ato, e cumpre ao credor demonstrar que o aval proporcionou vantagens ou proveito à família do avalista. (CPC, art. 333, I).”

Para o citado jurista, quando o cônjuge prestar o aval de forma gratuita, o ônus da prova de que o outro cônjuge dissidente não se beneficiou do negócio jurídico, compete ao credor.

O Superior Tribunal de Justiça, como se verá mais a frente, tem jurisprudência entendendo que constitui ônus do cônjuge provar que as dívidas contraídas pelo outro não reverteram em benefício da família e no caso de aval gratuito, presume-se o prejuízo.

Entendeu também que a exclusão da meação do cônjuge deve ser considerada em cada bem do casal e não na indiscriminada totalidade do patrimônio. Neste sentido foi o posicionamento adotado em ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 200.251-SP, em 24/04/2002.

Em outro julgado (RESP 346995/RS), referendando a posição anteriormente adotada, o STJ entendeu que a meação da mulher casada não responde pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, exceto quando em benefício da família.

Quanto ao ônus da prova, deixou assente que se tratando de aval oneroso, se impõe o ônus probatório ao cônjuge dissidente tendo em vista a presunção de benefício ao casal.

Vale ressaltar que a jurisprudência também pacificou que para ver resguardada a sua meação, o prejudicado deve se valer da Ação Anulatória, como proclama o art. 1.650 do Código Civil de 2002, que é privativa do outro cônjuge, ou de seus herdeiros após sua morte, tendo em vista que os interesses tutelados são privados, podendo ser pleiteada até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal, nos termos do art. 1.647 do novo Código Civil.

3.1 SUPRIMENTO JUDICIAL DA RECUSA INJUSTIFICADA

A recusa injustificada de um dos cônjuges em conceder a autorização necessária ao outro para a prática dos atos elencados no art. 1.647 do Código Civil, pode ser suprida pelo juiz, nos termos do art. 1.648 do mesmo diploma que é expresso em dizer que: “Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem justo motivo, ou lhe seja impossível concedê-la”.

O suprimento da autorização é o ato exclusivo da autoridade judicial que reconhece ser injustificável a recusa do cônjuge em consentir em negócio pleiteado por seu consorte, ou que reconheça a impossibilidade de alcançar o consentimento do referido cônjuge, e, portanto, determina a dispensa de tal concordância, a fim de que o negócio seja levado a cabo por meio da manifestação de vontade do requerente.

Por outro lado, a lei não esclarece quando se mostra justa a negativa, deixando ao arbítrio do juiz o exame das situações que caracterizam ou não o justo motivo para a denegação.

Dentre outras causas, entende a doutrina que poderá ser suprido pelo juiz quando a obtenção do consentimento se mostra impossível, o que ocorre geralmente quando há incapacidade de consentir, como no caso de interdição.

Obtido o suprimento, o cônjuge que o solicitou fica autorizado a prestar o aval, conforme concluiu PERIM (2007).

3.2 EFEITOS DA OUTORGA CONJUGAL

Outra questão debatida na doutrina pátria diz respeito aos efeitos da autorização dada pelo cônjuge no título.

Parte da doutrina expressa que o consorte passa a ser co-obrigado pelo título, tornando-se também um avalista do título, tendo em conta o princípio da literalidade, corolário da proteção ao terceiro de boa-fé e a regra de que aquele que assina na letra, por ela se obriga. (art. 892 C.C.; art. 8º LUG).

Com o merecido respeito, esta não parece ser a melhor interpretação, uma vez que, mesmo apondo sua assinatura no título, o cônjuge outorgante não o faz no desiderato de ser também garantidor da letra, mas somente de cumprir um requisito legal para que o aval pudesse ser prestado por seu consorte.

Em que pese o princípio da literalidade, não se deve entender que a assinatura do cônjuge no título represente também a garantia do mesmo, pois com a exigência de outorga

conjugal para que o outro consorte preste o aval, o destinatário do título deve entender que aquela assinatura não constitui mais do que o preenchimento de uma formalidade essencial à validade do aval.

Insta considerar que o aval é ato jurídico, uma declaração unilateral de vontade, que, pela teoria dos atos jurídicos, deve haver a intenção livre e consciente de praticá-lo para ser considerado como tal.

BORGES (1976) ensina que na declaração, que não pode enganar a boa-fé de ninguém, existe justamente a tradução da vontade de não obrigar-se cambialmente, seria iníquo, mesmo em face do rigorismo cambial, atribuir a uma assinatura um significado que evidentemente não tem.

A norma insculpida no art. 1.649, parágrafo único, do Código Civil de 2002, leva a concluir que a autorização do cônjuge para validação do aval poderá ser feita por instrumento público ou particular, desde que autenticada a assinatura.

Sendo assim, levando em consideração que a autorização do cônjuge pode estar em documento estranho ao título de crédito, não pode a referida outorga ser confundida com o aval, pois quem autoriza não quer ser avalista, mas sim autorizar que seu cônjuge o seja, e não sendo avalista não há que se falar em obrigado ou garantidor do pagamento.

3.3 DA OUTORGA NA UNIÃO ESTÁVEL

Com o advento da Carta Constitucional de 1988, a união estável foi reconhecida como entidade familiar, no artigo 226, §3º, desde que, entre homem e mulher, configurada na

convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O art. 1.723 do Código Civil de 2002, já é expresso em dizer que, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens.

Em virtude do regramento legal no regime da comunhão parcial de bens, levantaram-se vozes na doutrina que exigiam também a outorga conjugal aos companheiros em união estável.

Aqueles que assim entendem, lecionam que nos casos da união estável, havendo aval de um dos companheiros, o que se sentir prejudicado poderá pretender invalidar o aval dado pelo outro companheiro.

Tal entendimento é firmado no sentido de embora a lei seja expressa em relação ao cônjuge, que é a pessoa ligada à outra por casamento, na união estável ocorre grande semelhança sendo natural que, nas relações patrimoniais entre os companheiros tal semelhança aumente ainda mais.

Afirmam que, se aplicáveis à união estável, na forma do artigo 1725 do Código Civil, os efeitos patrimoniais do regime de comunhão parcial de bens, por razões óbvias as regras dos artigos 1642 a 1652 do mesmo diploma, também ser-lhe-ão aplicáveis, por evidente analogia e decorrente reflexo.

Na linha de tal entendimento, para a concessão do aval, deverá os integrantes da união estável comparecer ao ato, pessoalmente, ou ao menos um deles outorgar procuração autorizando expressamente o outro a praticá-lo, sob pena de invalidade do ato.

Neste caso, até mesmo por aplicação da analogia, o desejo e até o direito de proteção do patrimônio comum, levam ao companheiro a vontade de invalidar o aval dado pelo outro.

Fortes nesses argumentos entendem que, mesmo nos casos de união estável, é possível ao companheiro que se sentir prejudicado buscar invalidar o aval dado pelo outro, assim possibilitando a defesa do patrimônio comum, como ocorre no casamento.

Entretanto, esta não parece ser a melhor interpretação para a questão, uma vez que o art. 1647 do C.C. dispõe expressamente sobre cônjuges, nada se pronunciando sobre os companheiros.

Quando o Código Civil quis estender a companheiros uma obrigação, o fez expressamente e se tratando de regras que excepcionam a liberdade de contratar, o interprete deve fazer uma interpretação restritiva da mesma, conforme orienta as norma de hermenêutica jurídica.

Há também outros argumentos a considerar, como os trazidos por GALIZZI e FERES (2005), que entendem, que a exigência de autorização para concessão de aval não se estende às relações de união estável e de concubinato, reguladas atualmente, de modo, pelo Código Civil em vigor. E trazem à baila os seguintes argumentos:

Em primeiro lugar, porque assim não quis a lei, como o fez, expressamente, em relação ao regime matrimonial da comunhão universal de bens. De outro lado, a concessão de aval em título de crédito é ato cambiário que, a exemplo dos demais desta natureza, deve ser revestido de extrema segurança.

Entidades familiares como a união estável, ou mesmo o concubinato, cuja matriz radica na informalidade, sem, em princípio, qualquer ato documental, não constitui hipótese idônea a amparar a necessidade de mútua autorização dos consortes para lançamento de aval em títulos de crédito.

Ademais, a se entender necessário tal assentimento, restaria aberta uma brecha incomensurável para toda sorte de fraudes. Por meio de núcleos familiares forjados por simples declarações, por exemplo, a segurança cambial estaria totalmente comprometida.

Para ilustrar seus argumentos, os citados autores dão o seguinte exemplo: imagine-se um solteiro que, após dar um aval, combinasse com uma terceira conhecida a simulação de união estável, com o intuito único de subtrair parcela de seu patrimônio do âmbito de disposição do respectivo credor. Indiscutivelmente, pois, não se pode admitir tal entendimento.

A jurisprudência pátria parece ter se firmado nesse sentido, pois, ainda que o companheiro seja equiparado ao cônjuge, é necessário seu reconhecimento por meio de ação própria para que ocorra a divisão dos bens, não havendo que se falar em necessidade de outorga conjugal para o aval, tendo em vista que o instituto é incompatível com a informalidade derivada do estado de fato existente nas uniões estáveis, o que certamente causaria grande insegurança nos beneficiários de títulos de crédito garantidos por aval.

Prudente mencionar que, a união estável deve ser equiparada ao casamento naquilo que for compatível, pois um ato jurídico realizado com terceiro de boa-fé não poderá ser anulado, em razão de declaração superveniente de existência de união estável.

CONCLUSÃO

Da análise empreendida neste estudo, verifica-se a divergência hoje existente na doutrina e jurisprudência sobre a (des) necessidade da outorga conjugal para a validade do aval.

Observa-se que no cotejo dos textos legais do Código Civil vigente e da legislação especial aos títulos de crédito, há a necessidade de outorga como requisito de validade, podendo ser o ato anulado pelo cônjuge dissidente, ou na sua falta, pelos herdeiros.

Não obstante, parte da doutrina e jurisprudência vem aplicando interpretação calcada na ontologia, e do ponto de vista prático da função dos títulos de crédito, estabelecendo a desnecessidade da outorga para a validade do aval, somente não operando eficácia perante o cônjuge dissidente, salvo comprovado proveito ao patrimônio comum.

Na comprovação do proveito pelo cônjuge dissidente, cabe ao credor essa prova se tal ato tiver natureza de liberalidade. Já quando se tratar de aval oneroso, ou quando o avalista/cônjuge for o sócio de uma empresa avalizada, há presunção de proveito, cabendo ao outro cônjuge o ônus de provar que não houve o referido proveito econômico.

Com razão o CJF na I Jornada de Direito Civil ao emitir o enunciado 114, pois realizou exegese conformativa dos escopos constitucionais e infraconstitucionais dos institutos.

A outorga conjugal como requisito de validade do aval acaba por travar a celeridade das negociações empresariais, representado um retrocesso da normatividade do instituto.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Tradução de Nicolau Nazo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito comercial*. Lisboa: FDL, 1992.

BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. 3. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GALIZZI, Gustavo Oliva; FÉRES, Marcelo Andrade. *O aval e a outorga conjugal instituída pelo Código Civil de 2002*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 858, 8 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7526>>. Acesso em: 03/09/2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. VI.

MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 11. ed. Rio de Janeiro, 2000. v. II.

MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I.

PERIM, Ana Luisa Coelho. *O aval e a outorga conjugal instituída pelo Código Civil de 2002*. 2007. 82 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2007. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/POSGGRADUACAO/MESTRADO%20DIREITO/dissertacoes/analisacoelhoperim.pdf>>. Acesso em: 07/09/2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito cambiário*. Atualizado por: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. v. I e II.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio da. *Títulos de crédito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. VI

WHITAKER, José Maria. *Letra de câmbio*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.