

**O INSTITUTO DO AVAL À LUZ DO CÓDIGO CIVIL**

**Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Contratos Empresariais, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná em parceria com a Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná.**

**Orientador: Prof. Oksandro Osdival Gonçalves.**

**CURITIBA  
2004**

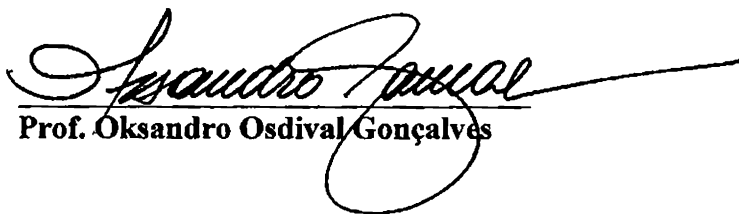
# TERMO DE APROVAÇÃO

MILTON PINHEIRO JUNIOR

O INSTITUTO DO AVAL À LUZ DO CÓDIGO CIVIL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Contrato Empresarias, promovido pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná em parceria com a Escola Superior da Advocacia, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

  
Prof. Oksandro Osdival Gonçalves

---

Prof. Idevan César Rauen Lopes

Curitiba, 07 de outubro de 2004.

# SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iii
<b>PENSAMENTO SOBRE A JUSTIÇA</b> .....	iv
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	5
<b>2 HISTÓRICO</b> .....	7
2.1 PERÍODO ITALIANO.....	9
2.2 PERÍODO FRANCÊS.....	9
2.3 PERÍODO GERMÂNICO.....	10
2.4 PERÍODO UNIFORME.....	10
<b>3 CONCEITOS DO AVAL E DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL</b> .....	13
3.1 CONCEITOS.....	13
3.2 CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO .....	15
<b>4 DIREITO COMPARADO</b> .....	20
4.1 DIREITO ITALIANO .....	20
4.2 DIREITO FRANCÊS .....	22
4.3 DIREITO ALEMÃO .....	22
4.4 DIREITO ANGLO-AMERICANO.....	22
<b>5 AVAL E FIANÇA</b> .....	24
5.1 AVAL .....	24
5.2 FIANÇA .....	25
<b>6 CAMBIARIEDADE</b> .....	29
6.1 PRINCÍPIOS .....	29
6.2 REQUISITOS EXTRÍNSECOS.....	33
6.3 REQUISITOS INTRÍNSECOS.....	34
6.4 CAMBIARIEDADE E CAMBIERIFORMIDADE .....	34
6.5 CANCELAMENTO E EXTINÇÃO DO AVAL .....	36
<b>7 ALGUMAS PECULIARIDADES DO AVAL</b> .....	37
<b>8 CONTRATOS BANCÁRIOS: GENERALIDADES</b> .....	47
8.1. O AVAL NOS CONTRATOS BANCÁRIOS .....	49
8.2 CONTRATOS BANCÁRIOS EM ESPÉCIE: CONTA CORRENTE E MÚTUA .....	50
8.2.1 Contrato de abertura de crédito em conta corrente.....	50
8.2.2 Contrato de mútuo financeiro .....	52
<b>9 O AVAL CONSOANTE O ARTIGO 1.647, III, CC</b> .....	54
9.1 A FALTA DE AUTORIZAÇÃO DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO .....	54
9.2 O AVAL EM CONTRATOS BANCÁRIOS .....	57
9.3 A LEI UNIFORME DE GENEBRA.....	58
<b>10 PROJETO DE LEI 2.982/04</b> .....	60
<b>11 CONCLUSÃO</b> .....	62
<b>REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA</b> .....	64

## RESUMO

Principiamos o século XXI sob os fundamentos da lealdade e da confiança recíprocas que permeiam as relações contratuais. Estamos sob a égide da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Sendo o contrato a veste jurídica das operações econômicas e sua essência consiste na instrumentalização e transferência de riqueza, resultado da livre iniciativa das partes, visualizamos indubitavelmente a presença de sua função social.

Os princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar e da força obrigatória dos contratos constituem-se em verdadeiros alicerces nas relações contratuais, mas agora permeados pela boa-fé objetiva e a função social do contrato. Esta, com um valor operativo e disciplinador na interpretação dos contratos e aquela como modelo de conduta social, onde cada pessoa deve ajustar a sua própria, contribuindo com a conduta do homem reto, por meio de honestidade, lealdade e probidade.

Estes institutos influenciam todas as relações contratuais civis, notoriamente os contratos que constituem garantias através de títulos de créditos, em especial o aval, por ser este, um típico instituto cambiarifome, e indubitavelmente o mais tradicionalmente aplicado aos contratos advindos das práticas comerciais.

Todavia, esses contratos que comumente utilizam o instituto do aval como forma de garantia, ora sofrem os impactos trazidos pela Lei 10.406/2.002. Em especial, os efeitos consignados pelo Livro IV, do Direito de Família, através de seu artigo 1.647, inciso III, quando se exige a outorga de ambos os cônjuges à prestação do aval, à exceção do casamento com separação absoluta de bens.

Logo, faz-se necessário o profundo exame das relações cambiárias da garantia do aval, à luz do Código Civil, uma vez que o aval é um instituto cambial autônomo, mas com exclusiva função de promessa de cumprimento de determinada obrigação.

O objetivo proposto é promovermos o estudo do instituto do aval, à luz do Código Civil, da Lei Uniforme de Genebra e Decreto 2.044/1.908; as conseqüências da prestação do aval com a determinação de autorização conjugal, visualizando de modo bastante genérico, essa afetação nos principais contratos bancários, analisando doutrina e jurisprudência pátrias e eventualmente o direito comparado.

Delimitou-se o tema ao problema do aval disposto pelo Código Civil, sem deixar de olvidar as nuances produzidas por sua especial utilização nos contratos bancários:

**a contratação de financiamentos envolve o maior dos riscos negociais, isto porque a mercadoria com que trabalham os banqueiros é da maior nobreza: dinheiro, sob forma de moeda corrente no país. Nada há que tenha liquidez igual. Toda vez que ocorre um empréstimo, a instituição financeira abre mão de sua liquidez para receber mera promessa de devolução da coisa emprestada, que pode até retornar, ou mesmo que retorne, é passível de não se dar pela mesma forma líquida como saiu. O risco, portanto, dificilmente poderia ser maior.<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> DA LUZ, A. D. Negócios Jurídicos Bancários. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999, p.309.

## PENSAMENTO SOBRE A JUSTIÇA<sup>2</sup>

Três graus de elevação do pólo invertem toda a jurisprudência, um meridiano decide sobre a verdade; em poucos anos, as leis fundamentais se transformam; o direito tem suas épocas, a entrada de Saturno em Leão nos assinala a origem de um tal crime. Bizarra justiça que um riacho delimita! Verdade deste lado dos Pirineus, erro do outro lado. Eles confessam que a justiça não está nos seus costumes, mas reside nas leis naturais, conhecidas em todos os países. Certamente isso seria sustentável se a temeridade do acaso que semeou as leis humanas tivesse deixado ao menos uma que fosse universal; mas a realidade é tão engraçada, e o capricho dos homens está tão diversificado que não existe nenhuma. O furto, o incesto, o assassinio de filho e de pais, tudo teve seu lugar entre as ações virtuosas. Pode haver alguma coisa mais divertida, que um homem tenha o direito de me matar porque ele mora do outro lado do rio e seu príncipe brigou com o meu, ainda mesmo que eu não tenha nada com ele? Há sem dúvida leis naturais; mas esta bela razão corrompida a tudo corrompeu: "*Nihil amplius nostrum est; quod nostrum dicimus, ars est. Ex senatus consultis et plebiscitis crimina exercentur. Ut olim uitis, sic nunc legibus laboramus*"<sup>3</sup>. Desta confusão decorre que um diz que a essência da justiça é a autoridade do legislador, outro a comodidade do soberano, outro o costume atual, e é o mais certo: nada, apenas pela razão é justo por si mesmo; tudo se transforma com o tempo. O costume realiza toda a equidade, pela simples razão de que ele é aceito; esse é o fundamento da sua autoridade. Quem pretenda reduzi-lo ao seu princípio, o aniquila. Nada é tão falível como estas leis que retificam os erros; quem as obedece porque elas são justas, obedece à justiça que imagina, mas não à essência da lei: todo o seu valor está concentrado em si mesma; ela é a lei, e nada mais. Quem quiser examinar o motivo, o encontrará tão fraco e superficial, que, se ele não está acostumado a contemplar os prodígios da imaginação humana, admirará que um século lhe tenha proporcionado tanta pompa e reverência. A arte de subverter os Estados é a de abalar os costumes estabelecidos, pesquisando até sua fonte, para assinalar sua falta de autoridade e de justiça. É preciso, diz-se, voltar às leis fundamentais e primitivas do Estado, que um costume injusto aboliu. É um jogo seguro para tudo perder; nada será justo nessa balança. Justiça, força. – É justo que o justo seja seguido, é necessário que o que é mais forte seja seguido. A justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirania. A justiça sem força é contraditada, porque os maus sempre existem; a força sem a justiça é acusada. É preciso, pois colocar juntos a justiça e a força; e assim fazer com que o que é justo seja forte, e o que é forte seja justo. A justiça é sujeita a discussão, a força é reconhecida sem discussão. Assim não se pode dar força à justiça, porque a força contradisse a justiça e afirmou que ela era injusta e disse que ela é que era justa. E, assim, não podendo fazer com que o que é justo fosse forte, acabou fazendo com o que é forte fosse justo.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> BLAISE, Pascal., *Pensées*, Paris: ed. Libr. Hachette, 1946, ns. 294 e 298 – (1623-62). Teísta (que crê em Deus) francês que afirmava que os sentidos e a razão são mutuamente enganosos, que a verdade está entre o dogmatismo e o ceticismo.

<sup>3</sup> "*Nada além disso, do que nossa causa a eles. O conselho consulta o plebiscito para o exercício do crime. Como antigamente faziam, desse modo assim legislamos e trabalhamos.*"

<sup>4</sup> MONTORO, A. F. *Introdução à ciência do direito*, 20ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 144 e 145.

# 1 INTRODUÇÃO

O mercado, *latu sensu*, é o âmago do mundo dos negócios. A celeridade perante o mundo adstrito ao mercado financeiro exige, especialmente em contratos de empréstimos bancários, quer sejam mútuo, ou as contas correntes, ou empréstimos externos, entre outros, as formações de garantias, reais ou pessoais, para a eventual satisfatividade de créditos de determinados credores.

Não há dúvida de que o aval, instituto pleno do direito cambial, título de crédito, utilizado irrestritamente como garantia, constitui-se na mais corriqueira forma de segurança consignada às operações de empréstimos bancários, quer por sua força executiva, literalidade, autonomia, independência e documentalidade, quando lançadas em uma nota promissória, por exemplo. Ou por sua complexidade jungida às cláusulas de certos contratos bancários, como as cédulas de crédito industrial e notas de crédito industrial, onde a solidariedade do avalista ao financiado é absoluta.

O instituto do aval, consoante a jurisprudência e doutrina pátrias, tem certa polêmica afeta às noções cambiais e obrigacionais. Há correntes afirmando sua indubitável e irrestrita autonomia e correntes tolhendo essa autonomia absoluta. Contudo, é uma garantia cambiária típica, bastante utilizada através de notas promissórias, nas formalizações massificadas de contratos de empréstimos (mútuo), ao lado das garantias reais e fidejussórias.

Mas para dirimir as eventuais dúvidas, deve-se identificar sempre como é dado o aval: na cambial apenas, no contrato apenas ou concomitantemente na cambial e no contrato. Essas duas últimas assertivas fixam o ponto outorgado às obrigações cartulares com funções de garantias.

São indubitáveis os erros de denominações apontados nas cláusulas de inúmeros contratos, que confundem o pleno e autônomo instituto do aval com a fiança e a solidariedade de determinadas obrigações.

Aliás, a Súmula 26 do STJ ensina: *“O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde solidariamente pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.”*

À luz da Lei 10.406/2.002, sem dúvida visualizamos o retrocesso do legislador na exigência de outorga uxória ou *vênia* marital, salvo na hipótese de casamento com separação absoluta de bens, para a prestação do aval, conforme estatui o artigo 1.647, inciso III.

Perante o instituto do aval, citamos alguns direitos e obrigações entre o avalista e o avalizado: a prevalente característica de *pro solvendo*; a intolerância das cambiais a eventuais

condicionantes; a ausência de descaracterização cambial em ocasionais pagamentos parciais, o óbice para discussões e exceções acerca da *causa debendi*, entre tantos outros.

Assim, também é importante ressaltar que os princípios da autonomia da vontade, da liberdade de contratar e da força obrigatória dos contratos constituem-se em verdadeiros alicerces nas relações contratuais, muito mais presentes hoje, porque estão permeados pela boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Logo, essas variáveis desses institutos ora comentados, influenciam o aval, a mais tradicional das formas de garantias, como assim visualizaremos.

## 2 HISTÓRICO

É importante citar o histórico dos direitos de garantia, lembrando outrora a fixação das relações contratuais entre os credores romanos que, autorizados pela Lei das XII Tábuas, tinham o poder de, após a realização de um concurso creditório, repartir o cadáver do devedor que não cumprisse com a obrigação devida. Já os credores egípcios, para cobrar suas dívidas, adjudicavam a própria pessoa do devedor e os hebreus optavam por escravizar não apenas o devedor inadimplente, mas também sua mulher e filhos.

Assim, o devedor na antiguidade respondia às suas eventuais obrigações inadimplentes perante os credores, com a sua liberdade, de seus familiares e a própria vida.

“**Manus iniectio** designa, em geral, a ação de colocar a mão sobre uma pessoa ou sobre uma coisa, de a agarrar. É a ação executória por excelência. Todavia, é certo que já na lei das XII Tábuas, a *manus iniectio* aparece como meio de execução em duas hipóteses: contra aquele que, em ação declaratória, fosse condenado a pagar certa importância, e contra aquele que, na fase *in iure*, confessasse, reconhecendo a razão do autor. Esta ação era assim: Quem agia dizia: QUOD TU MIHI IUDICATUS (SIVE DAMNATUS) ES SESTERTIUM X MILIA, QUANDO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIM IUDICATI MANUM INICIO (porque foste julgado – ou condenado – a pagar-me dez mil sestércios, e porque não pagaste, eu lanço a mão sobre ti por causa dos dez mil sestércios); ao mesmo tempo, pegava uma parte qualquer de seu corpo.<sup>5</sup>”

O Direito Romano constitui-se na principal fonte histórica para esboçarmos a evolução do direito civil e propriamente as formas das garantias adstritas às obrigações. Lentamente chegou à idéia da cessão de crédito, e assim mesmo, de forma indireta através da procuração em causa própria.

A ausência da admissão da circulação de direitos de crédito decorria das seguintes razões:

- a) a obrigação do devedor consistia em vínculo meramente pessoal e não de natureza patrimonial, tendo o credor direito sobre a própria pessoa do devedor e não sobre seu patrimônio, disso resultando que a mudança da pessoa do devedor implicava na extinção da obrigação;
- b) o excessivo formalismo das regras de direito comum e a falta de proteção ao terceiro adquirente do crédito obstavam a efetiva circulação dos direitos de crédito, porque o devedor podia opor ao terceiro, exceções pessoais baseadas na relação causal entre ele e seu credor primitivo;
- c) a não aplicação à circulação do crédito do princípio peculiar aos bens móveis (a posse de boa-fé vale como propriedade) fazia com que o adquirente do crédito corresse o risco da aquisição a *non domino*.

---

<sup>5</sup> SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é Cultura, 1990, p. 39 e 40.

Somente em 428 a.C a *Lex Poetelia Papiria* atribuiu natureza patrimonial à obrigação, porque proibiu a submissão da pessoa do devedor ao credor. De fato há a substituição do princípio da execução pessoal pela execução dos bens do devedor, consoante considerações extraídas da obra *Títulos de Crédito* de Luiz Emygdio Franco da Rosa Jr<sup>6</sup>.

Surgiram, então, a garantia pessoal ou fidejussória, através da qual um terceiro, estranho à relação contratual, se comprometia a honrar o débito se o devedor principal não o fizesse. A fiança é exemplo de garantia pessoal amplamente utilizada por uma infinidade de relações contratuais.

Todas as relações obrigacionais, remotas, presentes e futuras, sempre se fundamentam sob o paradigma da *fiducia*, locução latina, cuja tradução em língua italiana significa “*sicurezza riposta in qualcosa o qualcuno, credito, fede*”<sup>7</sup>.

Com a natural evolução das relações comerciais e do direito civil, propriamente, motivados principalmente pelo intenso comércio na Idade Média, vislumbramos as origens dos títulos de créditos. Logo, o crédito para poder circular de uma maneira mais rápida e segura do que a própria moeda manual, aperfeiçoou-se visando a uma imediata mobilização da riqueza.

Constituiu-se, então, na Idade Média o título de crédito. O instrumento mais perfeito e eficaz da mobilização cambial, inclusive resolvendo o problema da circulação de direitos de crédito, que não era possível segundo as normas do direito comum porque somente disciplinava a circulação de bens.

Assim, é inevitável estudarmos o instituto do aval sem observarmos as origens dos títulos de crédito. Nos interessa propriamente a fase creditícia, quando os títulos de créditos substituem o dinheiro.

As grandes feiras do continente europeu intensificavam o comércio entre os povos na Idade Média. As negociações eram constantes e documentar os fatos negociados era preciso, principalmente em vista do tempo despendido. Nessa fase precisamente surge a Letra de Câmbio.

Desde sua expressão mais remota, mantém a letra de câmbio seu conceito, externado pelo sacador, sacado e tomador, cujos quais respectivamente são o credor, devedor e recebedor do valor aparelhado na cártula.

---

<sup>6</sup> 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 39 e 40.

<sup>7</sup> “*Segurança reposta sobre alguma coisa ou alguém, credito, fé.*”. COLONNA, Barbara. *Dizionario della lingua italiana*. Trento/ITA: Orsa Maggiore, 1994, p. 134.

É crucial a análise da evolução histórica do direito cambiário, cuja qual divide-se em quatro distintas fases, conforme explicado pela doutrina, através da obra *Títulos de Crédito* de Luiz Emygdio Franco da Rosa Jr.

## 2.1 PERÍODO ITALIANO: ATÉ 1650

A fase italiana influenciou decisivamente os títulos de crédito, cujos mercados concentravam-se principalmente nas cidades marítimas. Eles sentiam a necessidade de estabelecer um processo cambial seguro, sem a necessidade de transportar grandes somas em dinheiro, de diversas nacionalidades.

Surgiram as operações de *cambio trajecticio*, onde o banqueiro recebia em sua cidade moeda de certa espécie, obrigando-se a entregar em outra cidade a mesma soma em dinheiro em outra moeda. Emitia para tanto, dois documentos, um denominado *cautio*, que traduzia o reconhecimento da dívida por ele contraída e a promessa de entregar o valor equivalente no prazo, lugar e moeda que haviam sido convencionados. O outro, *littera cambii*, o banqueiro dava ordem a seu correspondente localizado em outra cidade, para que efetuasse o pagamento da quantia nela fixada na moeda dessa cidade, ao credor que havia feito o depósito.

A *cautio* é apontada como o documento que deu origem à nota promissória e a *littera cambii* como a origem da letra de câmbio.

## 2.2 PERÍODO FRANCÊS: DE 1650 ATÉ 1848

Em 1650 inicia-se a segunda fase da evolução história da letra de câmbio. Em França, no ano de 1650 surgiu a cláusula à ordem, que facilitou a circulação dos direitos incorporados aos títulos de créditos. Nesse período a letra de câmbio era o meio de pagamento a serviço dos comerciantes. Aqui a letra de câmbio podia ser emitida por qualquer pessoa, inclusive não comerciante, desde que tivesse crédito com outra pessoa.

No século XVII surgiu o endosso, facilitando muito a circulação do título de crédito, sem a necessidade da intermediação do banqueiro. Para o endosso, bastava apenas a assinatura do endossante. Decorreu do surgimento da cláusula a ordem, que facilitou ao

beneficiário da ordem de pagamento transferir a letra sem depender da autorização do sacador.

Evolui, portanto, a letra de câmbio de mero instrumento de pagamento para instrumento de crédito.

### 2.3 PERÍODO GERMÂNICO: DE 1848 ATÉ 1930

No ano de 1848 surge na Alemanha a Ordenação Geral do Direito Cambiário, codificando normas do direito cambiário, separando-as do direito comum.

Assim a letra de câmbio foi considerada instrumento de circulação no interesse do comércio; o título correspondia a uma obrigação literal e autônoma; fixam-se distinções entre a relação causal e a obrigação emanada do título; a letra podia circular por endosso, independentemente de conter cláusula à ordem; quem aceitasse a letra assumia a obrigação de devedor principal perante o sacador e o terceiro portador; a obrigação era caracterizada como cambial quando resultasse de título redigido e transmitido de acordo com a lei; protegia-se o terceiro de boa-fé tornando-o invulnerável às exceções pessoais argüidas pelo devedor, com base na sua relação com o credor originário, e essa proteção justificava-se porque o terceiro não era mais considerado como cessionário, em razão de adquirir pelo endosso direito próprio, novo, autônomo e originário, enquanto o cessionário adquire direito derivado, ou seja, o mesmo direito do cedente; a letra está desvinculada de sua causa pela consagração da abstração cambiária; o título é considerado bem móvel, a posse de boa-fé vale como propriedade.

No período alemão consolidou-se a função da letra de câmbio e do próprio título de crédito, como instrumentos de créditos que viabilizam a circulação de direitos.

### 2.4 PERÍODO UNIFORME: PERÍODO QUE VIGORA ATÉ HOJE

Corresponde a quarta fase da evolução do título de crédito, ao período da uniformização da legislação cambiária, decorrente da aprovação de leis uniformes genebrinas sobre letras de câmbio e notas promissórias em 1930 e sobre cheques em 1931, que foram profundamente influenciadas pela Ordenação Geral Alemã de 1848.

Destarte analisada a evolução dos direitos de garantia e as origens dos títulos de créditos, vislumbraremos as origens do aval.

É necessário consignar que o Direito Romano não conhecia o aval. A *sponsio* do primitivo Direito Romano muito se assemelhava ao aval. Era um contrato verbal solene, assumido por terceiro, que se destinava a garantir um cumprimento de decisão judicial. Podia garantir uma dívida nula, contrariamente a *fideiussio*, que somente podia garantir uma obrigação perfeitamente válida. Gaio informa, nos dizem Alexandre Correia e Caetano Sciascia, ser possível, muitas vezes, certas pessoas se obrigarem por outras perante os credores destas: são os fiadores ou avalistas, ou, na terminologia romana, *sponsores*, ou *fidepromissores*, ou *fideiussores*. No que tange ao étimo, o termo aval foi muito discutido. João Eunápio Borges passa em revista todas as correntes, antolhando-se-lhe mais aceitável a de Solmi e Valery. Parece ser esta a mais aceitável teoria, segundo a qual o aval é palavra proveniente do latim “*vallare*” com o significado de munir com trincheiras ou reforçar com defesas excepcionais. Diz que a história do aval participa das dúvidas e obscuridades que envolvem a origem da letra de câmbio, instituição esta, já conhecida no século XIII, conforme explicado pela doutrina, através da obra *O aval no direito vigente, doutrina, jurisprudência e legislação*, P. R. Tavares Paes<sup>8</sup>.

Essa posição sobre as origens do aval, tentando precisar a época, é ratificada pela maioria da doutrina. Contudo, há quatro correntes que divergem da origem da expressão aval, conforme doutrina de Luiz Emygdio Franco da Rosa Jr.<sup>9</sup>:

- a) Alguns autores (Savary, Toubeau, Bornier, Borges) afirmam a ascendência da expressão latina *a valere*, ou em francês *faire valoir* ou *à valoir*. Essa corrente foi criticada por não corresponder à evolução histórica do instituto, tratando-se de mera aproximação verbal, sem nenhuma justificação;
- b) A segunda corrente (Grasshoff, Huvelin e Geisenberger) outorga a ascendência da locução árabe *hawâla*, com o sentido de obrigação de garantia, fundamentado que o direito cambiário europeu teria derivado da prática cambiária árabe do século VIII. É criticada, pois há dúvida sobre uma suposta influência árabe no direito cambiário medieval europeu;
- c) A terceira corrente (Littre, Thöl) consigna as expressões italiana *avallo* e francesa *à val*, por significar quem assina abaixo de outra firma. Essa corrente é

---

<sup>8</sup> PAES, P. R. T. *O Aval no direito vigente, doutrina, jurisprudência e legislação*. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1993, pg. 14. APUD CORREIA, A. e SCIASCIA, C. *Manual de Direito Romano*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

<sup>9</sup> Obra citada, p. 275 e 276.

criticada porque a lei não obriga o avalista a apor sua assinatura abaixo da firma da pessoa avalizada;

d) A quarta corrente (Jules Valery, Arrigo Solmi) afirma que a origem da expressão aval, derivou das locuções latinas *vallatus*, *vallare*, *avallare*, *avallo*, todas no sentido de reforçar as obrigações.

Indubitavelmente a sua origem pertence à Idade Média, através de atos dos mercadores, quando usufruíam amiúde do instituto das letras de câmbio, como vimos.<sup>10 11</sup>.

Assim, o primeiro texto legislativo que fixou a expressão e aplicabilidade do aval foi a Ordenação Francesa de 1673.<sup>12</sup> Na Alemanha, há o registro através da Ordenação Geral Cambiária, de 1848.<sup>13</sup>

O direito italiano repercutiu de maneira singular o instituto do aval, bastante semelhante à fiança, de acordo com Código de 1883.<sup>14</sup>

No direito brasileiro, a jurisprudência dominante à época da promulgação do Código Comercial de 1850, assim consignava “*Abonador de letra não é endossante, pois que não é proprietário dela: sua responsabilidade é solidária, ainda que a fiança prestada fosse em avulso, por não desnaturar o ato*”<sup>15</sup>.

O Decreto 2.044/1908 expressa o aval. Admite-o antecipadamente conforme seu artigo 14. A Lei 7.357/1985 disciplina o aval nos cheques em seus artigos 29 a 31 e a Lei 5.474/1968 em seu artigo 12 dispõem sobre a identificação do avalista nas duplicatas. O Decreto 57.663/1.966 consolida-o.

Logo, o aval é absolutamente inerente à atividade comercial, ao direito comercial pretérito, antecedendo inclusive ao instituto do endosso.

---

<sup>10</sup> “Em verdade o instituto do aval já era encontrado no século XIII e nas feiras medievais, onde o banqueiro assumia, como avalista, obrigação de pagamento, em separado do título, através de uma outra littera cambbi por ele emitida. Daí ser correta a afirmação de que o aval foi empregado desde que a letra de câmbio passou a ser utilizada no comércio. Posteriormente o instituto do aval foi previsto na Ordenação Francesa de Savary, de 1673 (art. 33), e no Código Comercial Francês de 1807 (art. 141)” In ROSA, L. E. F. Idem, ibidem

<sup>11</sup> “Embora haja quem professe seu parentesco com a sponsio e até com a stipulatio romanas, parece que o aval surgiu ligado às atividades desenvolvidas pelos mercadores da Idade Média, em determinada etapa da evolução da letra de câmbio” In GONÇALVES NETO, A. A. Aval, alcance da responsabilidade do avalista. 2ª ed. São Paulo, RT, 1993, p. 61.

<sup>12</sup> “Ordenação Francesa de 1673, cujo artigo, do seu Título V, dispôs ser o avalista solidariamente responsável com os outros obrigados cambiários.” In GONÇALVES NETO, A. A. Idem, p. 65.

<sup>13</sup> “Ordenação Geral Cambiária da Alemanha, de 1848, o aval não era especificamente disciplinado, mas o artigo 81 tratava dos avalistas, para efeito de atribuir-lhes solidariedade igual à de todos os outros signatários da cambial, em citação a Guido Rossi” In GONÇALVES NETO, A. A. Idem, p. 66.

<sup>14</sup> “quem dá aval assume as obrigações da pessoa a quem garante e é obrigado cambiariamente, ainda que não seja válida a obrigação da pessoa pela qual o aval é dado” In GONÇALVES NETO, A. A. Idem, p. 67

<sup>15</sup> GONÇALVES NETO, A. A. Idem, p. 73 e 74.

### 3 CONCEITOS DO AVAL E DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL

#### 3.1 CONCEITOS

Trata-se o aval de uma garantia cambial declinada por terceiro, em um título de crédito, cuja assinatura na cambial, responsabiliza-o solidariamente com a promessa de cumprimento da obrigação ajustada no título e de modo autônomo e independente.

Para a existência do aval, temos as seguintes partes: o avalista, que é a pessoa que firma o aval, o avalizado, pessoa em relação a qual o aval é dado, e o beneficiário, que é o sujeito portador do título.

Pontes de Miranda conceitua o instituto do aval destacando sua essência plenamente cambial, cuja declaração unilateral e autônoma independente do avalizado, embora negando seu caráter de garantia:

“A obrigação que indica a firma de alguém, - para que seja tal obrigação avalizada a forma, digamos assim, da sua, - é chamada obrigação de aval. Avalista é o que dá o aval; avalizado, aquele cuja firma é indicada. Todas as obrigações cambiárias são suscetíveis de aval, ou de avals, inclusive a do avalista e a do avalista do avalista, indefinidamente. A indicação do avalizado só tem conseqüências de comunhão de sorte, de determinação do objeto da promessa do avalista, e não as conseqüências que resultariam de garantias ou de fiança. O aval é declaração unilateral, cambiária, sucessiva e acidental.”<sup>16</sup> e “uma declaração unilateral de vontade relativa ao direito cambiário, tendo validade absoluta e revestindo-se como obrigação vinculada ao título”<sup>17</sup>.

Luiz Franco da Rosa Junior fundamenta seu conceito para aval de forma a ressaltar a sua precípua função de garantia, explorando as peculiaridades inerentes aos títulos de crédito, destacando a sua intensa utilização pelos contratos bancários. Ressalta que é uma garantia fidejussória, que reforça as garantias já existentes no título de crédito.

Aduz que, quando alguém se obriga como avalista, o título já contém a obrigação do emitente na nota promissória e no cheque e a do sacador na letra de câmbio. Destaca que se o título circular, existirá também a obrigação do endossante, porém quando afirma a sucessividade, não cogita o aval antecipado.

Sendo um dos mais importantes e utilizados institutos do direito cambiário, mormente nas operações bancárias, assim conceitua:

---

<sup>16</sup> MIRANDA, P. *Tratado de direito cambiário*, vol. II, Nota Promissória. Atualizador Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, p. 200.

<sup>17</sup> MIRANDA, P. *Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo XXXIV*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 367.

“Aval é a 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 no vencimento, o pagamento do título nas condições nele estabelecidas.”<sup>18</sup>

Ilustrando que a doutrina é unânime em conceituar o aval como garantia, consignamos a lavra de Roberto Barcellos de Magalhães: “*É uma garantia pessoal, plena e solidária, dada em relação a qualquer dos obrigados no título.*”<sup>19</sup>

Quanto ao seu caráter eminentemente comercial, dada a sua origem cambial/medieval, ilustramos o magistério de Amador Paes de Almeida:

“Aval é garantia de pagamento, firmada por terceiro. Instituto típico do direito comercial, conquanto possa ter alguns traços comuns, não se confunde com a fiança, esta última obrigação acessória do direito civil, que, por isso mesmo, pressupõe a existência de outra obrigação principal. O aval, ao revés, é obrigação formal, independente e autônoma, surgindo com a simples aposição da assinatura no título, tornando inadmissível ao avalista argüir falta de causa, opondo defesa de natureza pessoal, só admissível ao aceitante.”<sup>20</sup>

Nessa linha de conceituações expressivas, torna-se indispensável registrar o inteiro teor do magistério de Plácido e Silva, fundamentando sua característica de garantia:

“Antigamente se dizia avalo. É vocábulo que se tem como originado do francês valor (valer, ter mérito), sendo tido como abreviação de à valoir (à conta). Seu uso se restringe à terminologia do Direito Cambiário, para significar a garantia que é dada por terceiro, estranho ao título (letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque), pela qual se prende à obrigação cambial, isto é, fica vinculado solidariamente ao título avalizado, pelo compromisso que assume de pagar a importância que nele se contém, quando não a pague o devedor, que é por ele garantido.

O aval forma no título de crédito avalizado uma obrigação autônoma, ficando a pessoa que o dá (avalista) equiparada àquela que recebe a sua garantia.

E assim se diz que o aval foi dado à pessoa, junto de cuja assinatura se põe a assinatura do avalista. Desse modo, no título cambial ou de crédito, o aval pode ser dado a qualquer das pessoas, originariamente, participantes de sua elaboração (formação do contrato) ou a outra que venha depois (endossante). O aval, em tal forma, diz-se dado àquela pessoa, em cujo favor a garantia ocorreu. Embora o aval tenha profunda semelhança e afinidade com a fiança e o abono, que também se indicam e representam garantias oferecidas por terceiros a contratos, onde existem obrigações de pagar, o aval com eles não se confunde, porque vale por si mesmo, como garantia solidária à obrigação, a que adere.

Reconhece-se a existência do aval, ou pela declaração que antecede a assinatura da pessoa que a dá, por aval; ou porque a assinatura dele aparece no título, sem que haja motivos legais para isso, desde que tenha posto a mencionada declaração. Nestes casos, o aval se diz pleno (quando traz a declaração antes da assinatura), ou

---

<sup>18</sup> ROSA, L. E. F. Obra citada, p. 278 e 279.

<sup>19</sup> MAGALHAES, R. B. *Título de Crédito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996, p. 31.

<sup>20</sup> ALMEIDA, A. P. *Teoria e Prática dos títulos de crédito*, São Paulo, 1984, p. 39. APUD OLIVEIRA, C. M. *Teoria geral dos contratos – Tratado de direito bancário*. Campinas: LZN Editora, 2002, p. 386.

em branco (se mostra simplesmente pela assinatura). O aval pleno também se diz em preto.”<sup>21</sup>

Rubens Requião consigna que o aval é uma garantia: “*O aval é a garantia de pagamento da letra de câmbio, dada por um terceiro ou mesmo por um de seus signatários. Percerou e Bouteron explicam o aval com uma garantia pessoal do pagamento da letra de câmbio que acresce, como o aceite, mais de um devedor ao título*”<sup>22</sup>.

Já o magistério de P. R. Tavares Paes, ressalta os títulos de créditos e consigna a inexistência de avais de avais, posição essa extremada, já que a doutrina classifica e aceita o aval de aval:

“O aval, garantia do Direito Cambial, fornecida por terceiro ou por um dos subscritores do título, tem por objetivo fortalecer o crédito de um de seus signatários, visando a assegurar o pagamento da letra de câmbio e da nota promissória e outros títulos assimilados às cambiais, como o cheque e a duplicata”<sup>23</sup> e “Avais em branco superpostos são simultâneos, e não sucessivos (Súmula 189 do STF). Deflui desse entendimento que não há, no nosso Direito, o aval de aval.”<sup>24</sup>

O aval de aval insere-se na categoria de aval dado por mais de um aval, ou seja, plural, lançado por duas ou mais pessoas, tendo em vista que as obrigações cambiárias são autônomas e independentes (LUG, art. 7º, Decreto n.º 2.044/1908, art. 43).

### 3.2 CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil, promulgado pela Lei 10.406/2.002, explicita em seus artigos 887 e subseqüentes a conceituação de títulos de crédito e aval.

Contudo, é fundamental registrar que as normas do Código Civil possuem natureza suplementar, portanto, não revogam as leis especiais, entre elas a Lei Uniforme de Genebra, Lei do Cheque, Lei das Duplicatas, entre outras. Assim analisaremos esses artigos.

887. - O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

---

<sup>21</sup> SILVA, P. *Vocabulário Jurídico*. Vol I, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 257.

<sup>22</sup> REQUIÃO, R. *Curso de Direito Comercial*. Vol II, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 420.

<sup>23</sup> PAES, P. R. T. Obra citada, p. 16

<sup>24</sup> PAES, P. R. T. Obra citada, p. 40.

Essa redação é praticamente cópia da denominação expressada por Cesare Vivante, considerada praticamente perfeita, ao conceituar os títulos de créditos: “*Título de crédito é um documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado*”<sup>25</sup>.

897. - O pagamento de título de crédito, que contenha obrigação de pagar soma determinada, pode ser garantido por aval.

Parágrafo único: É vedado o aval parcial.

Como vimos nos diversos conceitos relatados, o aval é instituto cambial típico, cuja funcionalidade é a garantia do título avalizado. Sua aplicabilidade estende-se aos demais títulos de créditos. Entre eles a Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária, a Nota Promissória Rural, os Certificados de Recebíveis Imobiliários (Lei 9.514/1997) e não somente apenas aos títulos cambiários (nota promissória e letra de câmbio), mas também aos cambiariformes (duplicata e cheques).

Contudo, ressaltamos que as legislações especiais, que disciplinam os títulos de créditos, permitem o aval parcial.<sup>26 27</sup>

Assim, a parcialidade poderá ser efetuada às notas promissórias, letras de câmbio, cheques e duplicatas, por observação à Lei Geral Uniforme 57.663/1966, Lei do Cheque (7.385/1.985), Lei das Duplicatas (5.474/1968) em subsidiariedade a Lei Uniforme e Decreto 2.044/1908.

Assim, os títulos de créditos atípicos ou inominados, devem seguir o disposto nesse artigo, cujo âmago proíbe a parcialidade.

898. – O aval deve ser dado no verso ou no anverso do próprio título.

Parágrafo primeiro: Para a validade do aval, dado no anverso do título, é suficiente a simples assinatura do avalista.

Parágrafo segundo: Considera-se não escrito o aval cancelado.

---

<sup>25</sup> REQUIÃO. R. Obra citada, p. 359.

<sup>26</sup> É importante destacarmos as distinções encontradas na doutrina sobre o tema do aval parcial. Há autores que entendem a plena subsistência do aval parcial nos títulos de créditos típicos (NP, LC, Cheque e Duplicata) como Nelson Nery bem fundamenta: “**2 aval parcial.** A norma não permite o aval parcial. Como se trata de disposição geral, somente está vedado o aval parcial nos títulos de crédito cujo regulamento especial não disponha a respeito. Havendo autorização legal para o aval parcial em lei especial, como ocorre, por exemplo, com o cheque (LCh 29), prevalece a regra especial sobre a geral, permitindo-se o aval parcial. Neste sentido: Fiúza, *CC Coment*, coment. 897, p.797 .**3 Aval parcial. Cheque.** A LCh admite expressamente o aval parcial dado no cheque (LCh 29). Essa disposição da lei especial prevalece sobre a geral do CC 897, V. Teixeira, *Cheque*, n. 74, pp. 54/55” *In* NERY JÚNIOR, N. e NERY, R. M. A. *Código Civil Anotado e legislação em vigor*. 2ª ed. São Paulo: Rt, 2003, p. 482.

<sup>27</sup> Citamos a posição divergente de Caio Mário: “Pelo aval, na verdade, estabelece-se uma garantia fidejussória, que é específica dos títulos de crédito, e não pode ser dada parcialmente (Código Civil, art. 897).” *In* PEREIRA, Caio Mario da, *Instituições de Direito Civil*, volume III, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 547.

A simples assinatura no título caracteriza o aval. O conteúdo desse artigo conflita com a Lei Uniforme, em seu artigo 31, que assevera que o aval deve ser prestado na face anterior da letra. Se o for no verso, deverá conter a expressão específica de garantia de aval.

Quanto ao aval cancelado, não há menção específica nas legislações cambiais. Logo, é importante citar o magistério de Newton de Lucca:

“Considerando-se não escrito o aval cancelado, pelo parágrafo segundo, essa questão ficou teoricamente resolvida: é possível, então, proceder-se ao cancelamento do aval. Na prática, porém, resta saber como poderia um aval constante do título, inteiramente riscado e tornado ilegível - e, portanto, sob o ponto de vista jurídico, cancelado - ser considerado não escrito a fim de que seus efeitos, fossem cartulares, fossem extracartulares pudessem ser produzidos?”<sup>28</sup>

899. – O avalista equipara-se àquele cujo nome indicar; na falta de indicação, ao emitente ou devedor final.

Parágrafo primeiro: Pagando o título, tem o avalista ação de regresso contra o seu avalizado e demais coobrigados anteriores.

Parágrafo segundo: Subsiste a responsabilidade do avalista, ainda que nula a obrigação daquele a quem se equipara, a menos que a nulidade decorra de vício de forma.

Pressupõem o aval uma obrigação formalmente válida, contudo a obrigação a que se vincula o aval é autônoma como todas as obrigações cambiárias. Assim o aval está imbuído de autonomia e independência, sendo despropositada a expressão final do *caput*, devedor final.<sup>29</sup>

Para o parágrafo primeiro, citamos o artigo 32 da Lei Uniforme, 3ª alínea, que é o sentido da lei:

“Se o dador de aval paga a letra, fica sub-rogado nos direitos emergentes da letra contra a pessoa a favor de quem foi dado o aval e contra os obrigados para com esta em virtude da letra.”

Os princípios da autonomia substancial e acessoriedade formal foram mantidos pelo parágrafo segundo, em perfeita higidez com a Lei Uniforme, artigo 32, 2ª alínea: “A sua obrigação mantém-se, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma”.

900. – O aval posterior ao vencimento produz os mesmos efeitos do anteriormente dado.

---

<sup>28</sup> LUCCA, N. Idem, p. 208.

<sup>29</sup> “...é um neologismo muito inadequado, criado pelo LUCCA, N. Idem, p. 208 legislador pátrio, para designar a tradicional e inconfundível figura do sacador ou emitente de um título de crédito” In LUCCA, N. *Comentários ao novo Código Civil*, volume XII. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.

Cumpra ressaltarmos a higidez do aval póstumo, constante no artigo 900.

Assim pelo parágrafo segundo do artigo 8º do Decreto n.º 2.044, o aval posterior teria o efeito de uma cessão civil, assemelhado à fiança. Isso porque após o vencimento da dívida era apenas um título de dívida, quando legisla sobre o endosso.

Citamos o artigo 20 da Lei Uniforme, que também legisla sobre o endosso. Esse endosso tardio possui os mesmos efeitos de endosso anterior, e somente se o endosso tiver sido feito posteriormente ao protesto por falta de pagamento ou depois de expirado o prazo para tirar-se o protesto, é que o endosso passa a produzir apenas os efeitos de uma cessão de créditos.

O vencimento do título, sem o referido protesto continua a possuir sua cambiabilidade, porque é efetivamente o protesto que comprovará a inadimplência da obrigação cambial. É a lógica dedução do artigo 20 da Lei Uniforme.

Após o protesto ou o decurso do prazo legal para o protesto, propriamente, perde o aval a capacidade cambiária e por isso o endosso póstumo produz os efeitos de uma cessão de créditos, respondendo o cedente pela existência do crédito. Disciplina o artigo 295 do Código Civil:

295. - Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.

Citamos o entendimento exarado por Luiz Emygídio Franco da Rosa Jr.:

“Não tem eficácia o aval dado após o protesto ou o decurso do seu prazo legal, por força do artigo 20 da Lei Uniforme (letra de câmbio e nota promissória) ou após a declaração equivalente ao protesto, em relação ao cheque (LC, artigo 27). É eficaz o aval prestado após o vencimento do título mas antes dos mencionados momentos. Tratando-se de duplicata, tem eficácia cambiária o aval prestado após o protesto ou decurso de seu prazo legal (LD, art. 12, parágrafo único).”<sup>30</sup>

Legislando definitivamente sobre a questão da posteridade, o artigo 900 do Código Civil é bastante claro. O aval dado antes ou depois do vencimento é válido, conquanto respeitadas as disposições das citadas legislações especiais, pertinentes a letra de câmbio, nota promissória, cheque e duplicatas.

Logo, depreendemos com as interpretações dos artigos 897 e seguintes do Código Civil e legislação específica, que o pagamento de determinado título de crédito poder ser

---

<sup>30</sup> ROSA, L. E. F. Obra citada, p. 288 e 289.

garantido por aval, quando lançada à assinatura no verso ou anverso do título, sendo vedada sua parcialidade e válida sua subscrição posterior ao vencimento. Ausente a indicação do vencimento no título, considera-se o aval à vista. Pode, o aval, ser prestado por terceiro como também, por um dos signatários do título de crédito.

## 4 DIREITO COMPARADO

### 4.1 DIRETO ITALIANO

As contribuições do instituto do aval do direito italiano ao direito pátrio, são tão francas, a ponto de classificarmos como “cópia” o atual Código Civil, do Código Civil italiano de 1942. As exceções aplicam-se às divergências que estão nas ausências de avais parciais e da especificidade da nulidade do aval fora da cambial, permitidos no direito italiano.

A legislação italiana, através da lei especial que regula os títulos de crédito, anexa ao Código Civil Italiano, através do apêndice “Normas Complementares”, “*Régio Decreto 14 dicembre 1933, n. 1669. Modificazioni alle norme sulla cambiale e sul vaglia cambiário. Leggi Speciali, Titoli di Credito*”<sup>31</sup>, assim cita em seus artigos 35, 36 e 37<sup>32</sup>:

35. – “Il pagamento di una cambiale può essere garantito con avallo per tutta o parte della somma. Questa garanzia può essere prestata da um terzo o anche da un firmatario della cambiale.”<sup>33</sup>

36. -“L’avallo è apposto sulla cambiale o sull’allungamento. È espresso con le parole “per avallo” o con ogni altra formula equivalente; è sottoscritto dall’avallante. Si considera dato con la sola firma dell’avallante aposta sulla faccia anteriore della cambiale, purchè non si tratti della firma del trattario o del traente. L’avallo deve indicare per chi è dato. In mancanza di questa indicazione si intende dato per il traente.”<sup>34</sup>

37. – L’avallante è obbligato nello stesso modo di colui per il quale l’avallo è stato dato.

La sua obbligazione è valida ancorché l’obbligazione garantita sia nulla per qualsiasi altra causa che un vizio di forma.

L’avallante che paga la cambiale acquista i diritti ad esse inerenti contro l’avallato e contro coloro che sono obbligati cambiariamente verso quest’ ultimo.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> “Decreto Real de 14 de dezembro de 1933, n. ° 1669. Modificações nas normas sobre cambiais e sua ordem cambiaria. Leis Especiais, Títulos de Crédito.”

<sup>32</sup> Procedidas às averiguações de sua atual vigência perante o Direito Italiano, em consulta efetuada junto a Internet, **Ministerio Della Giustizia Italiana.**

<sup>33</sup>“O pagamento de uma cambial pode ser garantido com aval por toda ou parte da soma. Esta garantia pode ser prestada por um terceiro ou também pelo assinante da cambial.”

<sup>34</sup>“O aval é posto sobre a cambial ou sobre seu prolongamento. É expresso com as palavras “para aval” ou com todas as outras formas equivalentes; é subscrito pelo avalista. Se considera dado com a assinatura só do avalista posta sobre a face anterior da cambial, porque não se trata da assinatura do sacado ou do sacador. O aval deve indicar para quem é dado. Na falta desta indicação se entende dado para o sacador.”

<sup>35</sup> “O avalista é obrigado no mesmo modo daquele pelo qual o aval foi dado. A sua obrigação é válida ainda que a obrigação garantida seja nula por qualquer outra causa ou vício de forma. O avalista que paga a cambial adquire os direitos que lhe são inerentes contra o avalizado e contra aqueles que são obrigados cambiariamente contra este último.”

Há lei especial sobre o cheque: "Regio Decreto 21 dicembre 1933, n. 1736. Disposizioni sull'assegno bancario, sull'assegno circolare e su alcuni titoli speciali dell'instituto di emissione, Del Banco di Napoli e Del Banco di Sicilia"<sup>36</sup>, que em seus artigos 28, 29 e 30 legisla<sup>37</sup>:

28. – "Il pagamento di un assegno bancario può essere garantito con avallo per tutta o parte della somma. Questa garanzia può essere prestata da un terzo, escluso il trattario, o anche da un firmatario dell'assegno bancario."<sup>38</sup>

29. – "L'avallo è apposto sull'assegno bancario o sull'allungamento. È espresso con le parole "per avallo" o con ogni altra formula equivalente; è sottoscritto dall'avallante. Si considera dato con la sola firma dell'avallante apostata sulla faccia anteriore dell'assegno bancario, purchè non si tratti della firma del traente. L'avallo deve indicare per chi è dato. In mancanza di questa indicazione si intende dato per il traente."<sup>39</sup>

30. – L'avallante è obbligato nello stesso modo di colui per il quale l'avallo è estato dato. La sua obbligazione è valida ancorché l'obbligazione garantita sia nulla per qualsiasi altra causa che un vizio di forma.

L'avallante che paga l'assegno bancario acquista i diritti ad esse inerenti contro l'avallato e contro coloro che sono obbligati verso di lui per effetto dell'assegno bancario.<sup>40</sup>

Observamos que o instituto do aval na legislação italiana, guarda muitas semelhanças com o nosso instituto ora vigente, consoante se infere dessa citação:

"Quanto ho esposto permette di concludere che l'avallo è un'obbligazione perfettamente autonoma, nel senso in cui sono autonome tutte le obbligazioni cambiare. La eventual accessorieta formale, di cui parla la dottrina, non ha nulla a che vedere con l'accessorieta di una obbligazione cambiaria di garanzi, se non nella misura in cui sono formalmente accessorie tutte le obbligazioni cambiare, ad eccezione di quella del traente"<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> "Decreto Real de 21 de dezembro de 1933, n. ° 1736. Disposições sobre cheque bancário, sobre cheque circular e sobre alguns títulos especiais do instituto de emissão, Do Banco de Nápoles e Do Banco da Sicilia."

<sup>37</sup> Procedidas às averiguações de sua atual vigência perante o Direito Italiano, em consulta efetuada junto a Internet, **Ministerio Della Giustizia Italiana**.

<sup>38</sup> "O pagamento de um cheque bancário pode ser garantido com aval por toda ou parte da soma. Esta garantia pode ser prestada por um terceiro, excluído o sacado, ou pelo assinante do cheque bancário."

<sup>39</sup> "O aval é posto sobre o cheque bancário ou sobre seu prolongamento. É expresso com as palavras "para aval" ou com todas as outras formas equivalentes; é subscrito pelo avalista. Se considera dado com a assinatura só do avalista posta sobre a face anterior do cheque bancário, porque não se trata da assinatura do sacador. O aval deve indicar para quem é dado. Na falta desta indicação se entende dado para o sacador."

<sup>40</sup> "O avalista é obrigado no mesmo modo daquele pelo qual o aval foi dado. A sua obrigação é válida ainda que a obrigação garantida seja nula por qualquer outra causa ou vício de forma. O avalista que paga o cheque bancário adquire os direitos que lhe são inerentes contra o avalizado e contra aqueles que são obrigados por ele para efeito do cheque bancário"

<sup>41</sup> "Quanto ao exposto, permite-se concluir que o aval é uma obrigação perfeitamente autônoma, no sentido em que são autônomas todas as obrigações cambiárias. A eventual acessorieta formal, de que fala a doutrina, não tem nulidade haver com a acessorieta de uma obrigação cambial de garantia, se não na mesma medida em que são formalmente acessórias todas as obrigações cambiais, à exceção daquela do sacador." In ROSSI, Guido. "L'avallo come Garanzia Cambiaria Tipica". Milão/ITA: Giuffrè, 1962, p. 36. APUD PAES, P. R. Obra citada, p. 21.

## 4.2 DIREITO FRANCÊS

As contribuições do direito francês ao aval são bastante importantes, influenciando decisivamente a Lei Uniforme de Genebra, como a prática de seu lançamento à parte, fora do título cambial, decorrente de suas tradições comerciais, hoje aceito em algumas legislações européias, a exemplo da lei Suíça.

Anteriormente, pelo aval, garantia-se não somente o pagamento de letras de câmbio, mas a simples promessa de emissão.

O direito francês aceita o aval em separado do título de crédito, motivo da reserva do artigo 4º, anexo II, da Lei Uniforme: “*A doutrina francesa muitas vezes conceitua o aval como fiança, existindo acessoriedade condicionando a obrigação do avalista à do avalizado. Nula esta, imprestável aquela. Vê-se claramente esta posição nas palavras de Lyon Caen e Renault: L’aval est un cautionnement fourni dans le but de faciliter la négociation de la lettre de change*”.<sup>42</sup>

## 4.3 DIREITO ALEMÃO

O direito alemão considera o aval como uma obrigação unilateral de vontade, aperfeiçoada através da assinatura do avalista no título de crédito. As semelhanças com o direito pátrio são grandes:

“Na doutrina alemã, a obrigação do avalista provém de estipulação unilateral originária da assinatura no título. Segundo ensinam Bernhar Rehfeldt e Wolfgang Zöllner, em prestigioso trabalho, o pagamento da letra de câmbio pode ser garantido por aval mesmo por terceiro ou por figurante no título, de acordo com o artigo 31 da “Wechselgesetz” de 21.6.33 (pouco tempo após a Convenção de Genebra). Ensina, também, que, de acordo com a lei alemã, pode ser o aval posto na face anterior do título, assim como no verso, podendo a assinatura do avalista ser colocada ao lado da do aceitante”<sup>43</sup>.

## 4.4 DIREITO ANGLO-AMERICANO

As diferenças entre o direito norte americano e inglês com o direito pátrio são grandes. Não há o instituto do aval, mas existe a figura do *irregular indorser*:

“No direito norte-americano os arts. 17, n.º 6, 63 e 64 da N.I.L. (Negotiable of Instrument Law) referem-se à figura do irregular indorser, que consiste em uma

---

<sup>42</sup> “o aval é uma caução produzida com o objetivo de facilitar a negociação da letra de câmbio” *Traité de Droit Commercial*, 2.ed., vol. 4, Paris, n. 250 APUD PAES. P. T. Obra citada, pg 19

<sup>43</sup> PAES, P. T. Idem, p. 20.

garantia da obrigação cambiária de natureza autônoma, assumida por uma pessoa que nele apõe a sua assinatura sem ser portador, sacador ou aceitante. Esta pessoa também não é regular indorser (endossante) porque não figura na cadeia de circulação do título e não justifica a propriedade por uma cadeia de endossos, como ocorre com o regular indorser. O irregular indorser apõe geralmente a sua firma com a intenção de garantir, de prestar favor a um outro obrigado cambiário, fortalecendo-lhe o crédito, emprestando seu próprio nome como nova garantia para o credor, de modo a facilitar a circulação do título. No direito inglês o artigo 56 do B.E.A. (Bills of Exchange Act-England and Canadá) também menciona o quasi endorser como obrigado semelhante ao irregular indorser do direito norte-americano.”<sup>44</sup>

Assim como vimos pela citação, o direito americano e inglês não possuem o instituto do aval em seu direito, mas apenas a figura do *irregular indorser*, que se assemelha ao aval.

---

<sup>44</sup> ROSA, L. E. F. Obra citada, p. 276 e 277.

## 5 AVAL E FIANÇA

Analisaremos as indiscutíveis semelhanças entre o contrato de fiança e o instituto cambial do aval, que dinamizam a circulação do crédito. A maior das semelhanças entre o aval e a fiança é a função de garantia.

### 5.1 AVAL

O aval é uma obrigação cartular autônoma, solidária, cuja essência está na promessa que o avalista faz, decorrente de certa obrigação do avalizado, perante terceiros, a fim de garantir o título, obrigação líquida e certa.

O pressuposto do aval é a existência de uma obrigação cambial. É importante ressaltar que aval não é contrato, logo é um instituto cambiário pleno, amplamente utilizado nas mais diversas relações comerciais, perfeccionando-se cambiariamente nas cambiais, como notas promissórias e letras de câmbio. A mais evidente função das cambiais é a sua circulabilidade, tanto o é que os títulos de créditos nascem para circular e não para ficarem imóveis entre as partes primitivas.

O avalista promete o cumprimento do título, com a conseqüente subscrição de sua assinatura na cambial. Por sua autonomia, não há como o avalista opor as exceções pessoais do devedor. Aqui está umas das diferenças em relação à fiança. Sua responsabilidade subsiste independentemente da obrigação principal e ainda que essa seja nula, à exceção de vício de forma.

O cerne está no verbo prometer. O avalista promete, ao passo que o fiador garante fidejussoriamente outrem, logo, a fiança é um contrato, e acessório.

Não há aval em separado, porque deve ser lançado no próprio título de crédito. Essa garantia de aval deve ser prestada atendendo os requisitos legais, cujo objeto dirige-se ao fim cambiário, autônomo e literal, de assegurar certo título, de certo devedor, conforme dispõe o artigo 887 do Código Civil:

887. - O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeitos quando preencha os requisitos da lei.

Neste sentido:

“Válido o aval em folha anexa ao título que se entende como seu prolongamento. Não entretanto, em documento à parte, uma vez que o Brasil não se valeu da reserva consignada no artigo 4º do Anexo II da Convenção de Genebra.” (RE n.º 4.522, 10.12.90, 3ª T STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro)

“Nos termos da vigente lei, considera-se aval a assinatura lançada no anverso do cheque. Como tal valerá também, a aposta no verso, desde que acompanhada da expressão por aval ou equivalente (art. 30). A firma constante do verso do cheque, sem outras explicitações, corresponde a endosso (art. 19, parágrafo 1º).” (Resp. n.º 5.544, 12.3.91, 3ª TSTJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 19/510)

“No aval, o subscritor assume o débito como próprio, independentemente de uma pessoa determinada. O avalista não assume a obrigação do avalizado, mas uma obrigação igual à deste. Por isso a impossibilidade de o garantidor invocar defesa pessoal do devedor principal” (STJ – RT – 659/185).

Assim, o aval é uma garantia cambial, acessória, autônoma, literal, em que o avalista garante o pagamento de um título em favor de devedor ou coobrigado, como ocorre nos incontáveis contratos comerciais, que fixam a garantia externada pelo aval em uma cambial, a exemplo da nota promissória. Há a garantia da coisa, do título em si.

## 5.2 FIANÇA

A fiança, além de ser a absoluta caução fidejussória, é um contrato acessório, formal, cuja responsabilidade é subsidiária, em que ambos os cônjuges devem participar do contrato, à exceção do regime de separação absoluta de bens. Inexistindo a *vênia* marital ou a outorga uxória, é nula a fiança.

Quanto às fianças prestadas por cônjuges comerciantes, há a diferenciação entre a outorgada por sociedade mercantil e por comerciante individual. Aquela prestada pelos comerciantes que representam a sociedade, não pressupõem outorga do cônjuge, enquanto esta, que representa a sociedade individual, sim.

A fiança segue a regra do artigo 92 do Código Civil, que legisla sobre a acessoriedade dos bens. Ela existe, enquanto existir o principal. Pode garantir qualquer dívida ainda não extinta. Assim, a fiança de obrigação extinta é ineficaz.

Admite-se a fiança futura, contudo eventual demanda contra o fiador, somente poderá ser postulada quando a obrigação for líquida.

A nulidade da obrigação afiançada extingue a fiança, por ser este contrato acessório, conforme ensina o artigo 824 do Código Civil.<sup>45</sup>

A fiança existe quando alguém assume perante o credor, a obrigação de quitar a dívida caso o devedor principal não o faça. Logo, é um contrato unilateral (fiador e credor independentemente da vontade do devedor – artigo 820 do CC<sup>46</sup>), acessório, tradicionalmente gratuito, por escrito, com certas peculiaridades estendidas ao fiador: o benefício de ordem ou benefício da excussão e o benefício de divisão.

No benefício de ordem está assegurado ao fiador o direito de exigir que se acione em primeiro lugar o devedor principal. Essa exceção deve ser oposta até o momento da contestação da lide. Pode ser recusado tacitamente ou expressamente. Contudo, o fiador não aproveitará tal benefício se o devedor for insolvente ou falido.

Benefício de divisão existe quando vários co-fiadores garantirem a mesma obrigação, e tiver-se estipulado em contrato a divisão, consignando verdadeira limitação convencional de responsabilidade pessoal de cada fiador.

Pode a fiança ser futura, de valor inferior à obrigação principal, e o fiador poderá exonerar-se, nos casos de contratos sem fixação de prazo, a qualquer tempo, assumindo o fiador as responsabilidades inerentes ao pactuado, ficando obrigado por seus termos por sessenta dias após a notificação válida ao credor. Ainda, cabem as exceções pessoais do fiador ao credor. A fiança está regulada pelos artigos 818 a 839 do Código Civil.

A fiança pode ser convencional, judicial, bancária e legal. Convencional quando resultar de contrato entre as partes, como a locação. Judicial é a determinada pelo juiz, de ofício ou atendendo requerimento das partes. As bancárias são onerosas, pois os fiadores recebem determinada quantia, como ônus assumido perante os riscos inerentes. Legal é a decorrente de lei.

A mais freqüente utilização da garantia pessoal da fiança, esta adstrita aos contratos de locação imobiliária. Sob o aspecto da interpretação, a fiança deve ser interpretada restritivamente, isto é, se a fiança não contiver limitações, compreenderá os acessórios da obrigação almejada, como as custas judiciais, desde a citação do fiador, como explicita o artigo 822 do Código Civil<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Art. 824 - As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

<sup>46</sup> Art. 820 - Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade.

<sup>47</sup> Art. 822. Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador.

Há outras modalidades de exonerações, mais afetas aos procedimentos processuais, preceituadas nos artigos 834, 838 e 839 do Código Civil. Extingue-se a fiança pelo pagamento da dívida, pela expiração do prazo estabelecido em contrato e propriamente pelas exonerações mencionadas. Aqui as exceções cabem às fianças prestadas por prazo determinado e perante a Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), artigo 39: “Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel”.

O fiador pode opor exceções pessoais, conforme prevê o artigo 837 do Código Civil.

Nestes sentidos, há essas jurisprudências:

“A fiança prestada por mulher casada, em regime de separação total de bens, não é nula, mas anulável e, mesmo assim, apenas para afastar a meação do cônjuge que não afiançou, subsistindo em relação aquele que prestou a garantia”. (STJ, 5ª T. Resp 246829, rel. Min. Jorge Scartezini, j., 18.4.2000)<sup>48</sup>

“O instituto da fiança fora criado para garantia dos direitos do contratante-credor. É o que dispõem o artigo 1.481 do CC; permitir-se, então, ao garantidor, por ato unilateral, desvincilhar-se de suas obrigações, a seu bel-prazer, não é atender ao instituto finalístico do ordenamento jurídico em que o instituto está escrito. Assim, só em casos excepcionais é que se deve conceder a exoneração do fiador, e só quando sua pretensão estiver cabal e profundamente calcada na norma jurídica – art. 1.500 da mesma Lei Civil.” (Ap. 328.380/3-00, 11.5.93, 3ª C 2º TACSP, Rel. Juiz Oswaldo Breviglieri, in RT 704/140).

“A disposição segundo a qual o fiador só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva cota não se aplica quando se trata de demandar o avalista. A demanda pela respectiva cota diz respeito apenas ao fiador. A obrigação do avalista é direta, autônoma e solidária. Distinção entre fiança e aval. Caso em que foi mal aplicado o dispositivo na segunda parte do art. 1.495. A fiadora, efetuando o pagamento da dívida, sub-rogou-se integralmente nos direitos do credor. Adquiriu a propriedade do título. Pode exercer os direitos dele emergentes, em relação a qualquer dos devedores, como o poderia fazer o credor.” (RSTJ 109/132)

“A fiança concedida em contrato de crédito com garantia fidejussória, via nota promissória em reforço, induz à solidariedade do fiador que se torna avalista. Legitimidade passiva do fiador na execução do débito, sem garantia de ordem e de excussão”. (TRF – 1ª R, AC 4.412-4 – BA, rel. Juíza Eliana Calmon, 8/4/96)

“A fiança prestada pelo marido sem o consentimento da esposa é nula e inválida o ato por inteiro, inclusive a meação marital” (STJ, 5ª T., Resp 55934-SP, rel. Min. Edson Vidigal, j. 26.2.1996, v.u., DJU 13.5.1996, p. 15564)

“Se a parte vencedora afirmar dolosamente a nulidade de fiança por anuência de outorga uxória e, depois, for descoberto que ao tempo da garantia o fiador era

---

<sup>48</sup> “A ausência de consentimento da esposa em fiança prestada pelo marido invalida o ato por inteiro. Nula a garantia, portanto. Certo, ainda, que não se pode limitar o efeito dessa nulidade apenas à meação da mulher.” (STJ, 4ª T., Resp 235442-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., j. 7.12.1999, DJU 14.2.2000)

viúvo, e , portanto, livre para se obrigar, admite-se a rescisão do julgado que reconheceu a nulidade da fiança”. (RT 784/301)

“É desinfluyente, nesses termos, a alegação segundo a qual o marido fiador teria ocultado da autora o estado civil. Comprovando-se ser o fiador casado e, não tendo havido a outorga uxória, a fiança é nula de pleno direito. Prescindível verificar-se se o recorrido varão agiu ou não com má-fé, aspecto, por sinal, não focalizado pela decisão recorrida.” (Resp 277010, Ministro Barros Monteiro, 16.06.2004)

Observamos, pela análise de jurisprudência, que a fiança é bastante diversa do instituto cambial do aval. Nota-se a proteção que se declina à mulher e conseqüentemente à família, que em última análise aquela pode valer-se de embargos de terceiro, para resguardar a sua meação de bens, quando propostas ações de execução.

## 6 CAMBIARIEDADE

### 6.1 PRINCÍPIOS

O instituto do aval é orientado pelos princípios da documentalidade, literalidade, autonomia substancial, circulação do crédito, solidariedade, executividade, acessoriedade formal ou estrita formalidade, que em realidade é a classificação que reveste todos os títulos de créditos.

A documentalidade é também denominada de incorporação ou cartularidade. Preceitua que o título de crédito é o documento essencial para o exercício do direito que representa. Sua posse vale o título. Contudo, há situações novas, como o direito eletrônico, que trazem impactos profundos, como, por exemplo, as duplicatas virtuais.

Há a desmaterealização do título de crédito. Assim, o direito obriga-se a acompanhar essa evolução. Exemplo disso, há previsão legal estatuída pelo parágrafo único do artigo 8º da Lei n.º 9.492<sup>49</sup>, sobre o protesto de duplicatas através de informações prestadas por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados.

“Em nosso direito não se admite que o aval seja prestado em instrumento que não o próprio título cambial. Evidente que as entidades bancárias vêm forçando – *contra legem* – criar costume que repugna nosso sistema. Portanto, não pode e nem deve merecer respaldo, mormente do Judiciário. Reconhece-se, portanto, com relação ao avalista, por assim não ser admissível, não existir requisitos para sua execução, falta destarte, ao exequente, interesse processual. Conseqüentemente extingue-se o processo de execução, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Resp 405.342-1.1, 6.12.89, 2ª C 1º TACSP, Rel. Juiz Rodrigues de Carvalho).

A literalidade fundamenta que o devedor obriga-se pelo que está escrito. Para o universo cambiário, obriga-se somente por aquilo que está expresso no título. O devedor não é obrigado a mais do que está escrito no título de crédito, e o credor não tem outros direitos, além daqueles escritos no título. Esse princípio está consagrado na lei, através do Decreto 2.044/1.908 pelo seu artigo 51 e na Lei Uniforme de Genebra, por seus artigos 13, 17, 18, 19, 25 al. 1ª, 31 al. 1ª, 39 al. 1ª. Explica-se o rigor formal dessa literalidade facilmente pela ausência de valor a quaisquer declarações lançadas fora do título. Assim temos que o direito

---

<sup>49</sup> Art. 8º Os títulos e documentos de dívida serão recepcionados, distribuídos e entregues na mesma data aos Tabelionatos de Protesto, obedecidos os critérios de quantidade e qualidade.  
Parágrafo único. Poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas.

decorrente do título é literal, logo o seu conteúdo, extensão e modalidades desse direito, decidem-se exclusivamente pelo próprio teor do título.

“Assume o avalista de cédula de crédito industrial, emitida por cooperativa, agindo como pessoa física, obrigação autônoma de satisfazer o encargo decorrente da garantia. No entanto, ao avalista só se pode impor o cumprimento do compromisso cambial, dentro dos limites constantes do título. Daí decorre que, não prevista, no título, a obrigação de responder pela multa legal, contida no artigo 58 do Decreto-lei n.º 413, de 09.01.1969, em caso de cobrança em processo contencioso judicial, não pode, o credor com base na natureza jurídica do aval, pretender impor-lhe satisfazer esse encargo. O aval, como garantia cambiária que é, dado princípio de direito, há de ser estritamente interpretado, não podendo impor ao avalista satisfazer preceito superior ao expressamente assumido. Apelo do credor-embargando, pretende se imponha aos executados-avalistas a obrigação do pagamento da multa legal, sem que tal encargo conste da cédula de crédito industrial, título que, dado o inadimplemento da mutuária ensejou sua inscrição como dívida ativa” (Ap. 191016799, 1ª CC TARS, Rel. Juiz Osvaldo Stefanello).

“Além das características gerais que defluem de sua qualidade de título de crédito, literalidade, autonomia e cartularidade – a letra de câmbio tem, ainda, uma característica peculiar, tão importante como as anteriores, que é a formalidade de que deve revestir-se e que também se indica com a expressão rigor cambiário. Com efeito, a forma do título é importantíssima e, assim, a lei exige que seja ela constituída de requisitos essenciais, de forma sacramental. Sendo documento formal, na sua validade depende de nela existirem certos requisitos intrínsecos e extrínsecos; estes são os que a lei cambiária indica para formalizar a validade do título. Dentre os requisitos extrínsecos da letra estão o nome da pessoa que deve pagá-la, e o nome da pessoa a quem deve ser paga”. (Ap. n.º 402.689-7, 20.3.89, 2ª C 2º TACSP, rel. Juiz Barreto de Moura, ADVJUR 1989, p. 441, v 44.899).

Pelo princípio da autonomia substancial, há um verdadeiro desvincular do negócio original, conseqüente inoponibilidade das exceções cartulares perante o terceiro de boa-fé, abstração e independência com a causa e obrigação.

Cumprido salientar que a abstração nos títulos de crédito significa que determinados títulos de crédito podem resultar de qualquer causa, mas dela se libertam após a sua criação, o que não ocorre com os títulos causais (duplicatas que se vinculam a sua origem).

A abstração não é comum a todos os títulos de crédito, como a autonomia que é um princípio comum a todos os títulos. Existem títulos que além de autônomos são abstratos porque circulam desprendidos da causa que os gerou (letra de câmbio, nota promissória e cheque).

A nitidez desse princípio fica evidenciada quando há a sua circulabilidade, mas mais ainda no caso do aval. A obrigação do aval subsiste ainda que seja nula a obrigação avalizada, salvo se a nulidade decorre de vício de forma, conforme dispõem a LUG, artigo 32 al. 2ª e

artigo 899, parágrafo 2º do Código Civil. Inseto no princípio da autonomia, há a independência do título de crédito, onde cada coobrigado obriga-se por si, e respondendo pela obrigação contraída.

“Execução. Nota Promissória. Avalista. Discussão sobre a origem do débito. Inadmissibilidade de ônus da prova. O aval é obrigação autônoma e independente, descabendo assim a discussão sobre a origem da dívida. Instruída a execução com título formalmente em ordem, é do devedor o ônus de elidir a presunção de liquidez e certeza. Recurso especial conhecido e provido.” (Recurso Especial n.º 190.753 – SP (1998/0073604-2), Rel. Ministro Barros Monteiro, 28.10.2003)

“Não cabe ao avalista defender-se com exceções próprias do avalizado. Sua defesa, quando não se funda em direito formal do título, ou em falta de requisitos para o exercício da ação, somente pode assentar em direito pessoal seu. Os juros, se não contratados, serão de 6% a.a. A concordata do emitente em nada afeta o direito autônomo do credor em face dos avalistas (Ap. 31.682, 4ª CC TARJ. Rel. Juiz Humberto).

A circulação do crédito compreende uma obrigação quesível, isto é, o credor deve dirigir-se ao devedor para exigir o pagamento.

Assim, no vencimento da obrigação, o devedor poderá desconhecer o portador do título, decorrentemente dessa circulação. O artigo 26 do Decreto 2.044/1908 e o artigo 42 da Lei Uniforme de Genebra asseguram a faculdade do devedor depositar judicialmente a importância constante do título, à custa do portador e sob a responsabilidade deste, caso o título não tenha sido protestado ou tempestivamente apresentado para pagamento.

A essência do princípio da circulação de crédito está na facilitação das operações de créditos, propriamente, por ser característica essencial dos títulos de créditos. Essa circulação aperfeiçoa-se através da tradição ou do endosso, sendo propriamente a circulação um dos fundamentos da teoria dos títulos de crédito, junto com o endosso.

“Havendo má-fé por parte do autor, e não tendo o título entrado em circulação, o avalista pode opor, na própria ação executiva, defesa fundada na falta de causa, porque, em tal conjuntura, não se pode negar ao coobrigado a exceção, forçando-o a demandar posteriormente a repetição do que pagou.” (RF 231/204; no mesmo sentido: RT 395/233, 529/231; JTACSP 22/166,36/47)

“Nota promissória. Título posto em circulação. Causa ou relação fundamental, que o motivou. Irrelevância. Vinculação a contrato nele não anotado. Requisitos de certeza, liquidez, e exigibilidade, qual autorizam a execução” (Ap. n.º 358.262, 11.6.86, 3ª C 1º TASP, rel. Juiz Araújo Cintra)

“Nota promissória. Título posto em circulação. Causa ou relação fundamental que o motivou. Irrelevância. Vinculação a contrato nele não anotado. Requisitos de

certeza, liquidez e exigibilidade, que autorizam a execução.” (Ap. n.º 358.262, 11.6.86, 3ª C 1º TACSP, rel. Juiz Araújo Cintra, JTA 107/171).

Pela solidariedade todos os co-obrigados do título de crédito responsabilizam-se perante o credor, uma vez que a obrigação cambial é líquida e certa. A certeza é decorrente da existência da obrigação, porque pela cártula sabe-se quem é o devedor e quanto representa essa dívida, daí a sua liquidez.

“Decorrendo do aval uma obrigação solidária, não pode o juiz excluir da relação processual os avalistas, sob o fundamento de que o devedor possui bens para garantir a execução.” (Ag. 46.433-5, 8.5.96, 3ª TC TJMS, Rel. Des. Abss Duarte, DJMS, 4279).

“Aval. Co-avalista. Direito a receber do outro a metade do que pagou pelo compromisso. Artigo 32 da Lei Uniforme. Resulta o artigo 32 da Lei Uniforme que, se o dador do aval paga a letra, fica sub-rogado nos direitos emergentes do título contra a pessoa a favor de quem foi dado e contra os demais co-avalistas. A sub-rogação é legal, independentemente, portanto, de ter sido convencionada. É este o entendimento que tem sido adotado pelo STF. E não cabe perquirir sobre a *causa debendi*” (RE 75.297-8, 16.11.82, 2ª T STF, Rel. Min. Aldir Passarinho, RT 593/250).

A executividade dos títulos de crédito está fundamentada pelo artigo 585 do Código Processo Civil<sup>50</sup> e artigo 49 do Decreto Lei 2.044/1908<sup>51</sup>. Dentre os títulos executivos, a maior liquidez e certeza está representada pelos títulos de crédito.

**“EXECUÇÃO. CONTRATO DE ADIANTAMENTO DE CÂMBIO. NOTA PROMISSÓRIA.** A circunstância de o contrato não haver sido protestado leva a que, com base nele, não se possa intentar execução. A nota promissória, entretanto, é título executivo e não deixa de sê-lo por se referir à mesma dívida que diz

---

<sup>50</sup> Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

**I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata e o cheque;**

II - o documento público, ou o particular assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa fungível;

III - o contrato de hipoteca, de penhor, de anticrese, de caução e de seguro em geral;

IV - o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como encargo de condomínio, desde que comprovado por contrato escrito;

V - o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VI - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei.

VII - todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

§ 1º A propositura de ação anulatória de débito fiscal não inibe a Fazenda Pública de promover-lhe a cobrança.

§ 2º Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação.

<sup>51</sup> Artigo 49: A ação cambial é a executiva. Por ela tem também o credor o direito de reclamar a importância que receberia pelo ressaque (art. 38).

respeito o contrato”. (STJ, 3ª Turma, Resp., n. ° 163.189 – MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 28.04.1998, publ. no DJU de 03.08.1998)

“A promissória que não conta com data de emissão até o momento do ajuizamento da ação não se mostra hábil como título cambial exequível. (Resp n. ° 3.835, 2.10.90, 4ª T STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, RT 664/175).

Pela acessoriedade formal ou estrita formalidade, apreendemos que os títulos de créditos são um documento formal.

“Responsabiliza-se o avalista pelo título cambial ainda que nula ou ineficaz a vinculação do emitente, uma vez que o aval, por ser uma declaração cambiária, é abstrato, formal e autônomo. Protestado o título executivo, torna-se pública a dívida, não havendo que se falar em notificação dos avalistas”. (Ap. 49.444, 20.2.90, 3ª CC TAMG, Rel Juiz Pinheiro Lago, RT 668/153).

Assim ausentes quaisquer palavras ou expressões previstas em lei, o título deixará de valer como tal.

## 6.2 REQUISITOS EXTRÍNSECOS

Dos princípios que regem os títulos de crédito, temos que a literalidade orienta de forma irrepreensível seus indissociáveis requisitos externos. A literalidade prevê o preenchimento de todos os elementos legais estabelecidos para determinado título de crédito. Assim temos, por exemplo o artigo 2º do Decreto 57.663/66, quando prevê: “O escrito que faltar em algum dos requisitos indicados no artigo anterior não produzirá efeito como letra, salvo nos casos determinados nas alíneas seguintes:...”, cujo artigo 1º, anterior, rege os itens que delimitam a letra de câmbio.

A ausência de quaisquer desses requisitos, denomina-se defeito de ordem externa, descaracterizando o título cambial.

São esses os requisitos externos que orientam literalmente os títulos de crédito:

Denominação do título inserida em seu texto, conforme o título: LETRA DE CÂMBIO, NOTA PROMISSÓRIA, CHEQUE, DUPLICATA;

- a) substância: mandato (letra e cheque) ou promessa de pagamento (nota promissória);
- b) quantia por extenso e numericamente em moeda nacional (pode ser cumprida no exterior, desde que em moeda estrangeira);
- c) assinatura do criador (sacador, emitente ou subscritor);

- d) identificação da pessoa a quem deve ser pago o título de crédito;
- e) praça, lugar em que o pagamento deverá ser efetuado ;
- f) vencimento, época do pagamento<sup>52</sup>;
- g) o nome de quem deve pagar: o sacado, e os seus documentos (RG/CPF/CNPJ);
- h) data e lugar da criação onde o título é passado;
- i) assinatura do devedor ou de seu mandatário especial;
- j) número de ordem, número de fatura, o domicílio do devedor e do comprador, em caso de duplicatas;
- k) domicílio do devedor;

### 6.3 REQUISITOS INTRÍNSECOS

Os requisitos intrínsecos são os mesmos dos negócios jurídicos, conforme disposições do artigo 104 do Código Civil.

Quanto aos requisitos intrínsecos, sua eventual ausência afeta a obrigação cambial em sua própria origem, denominando-se de defeitos de ordem intrínseca.

São esses os elementos internos que constituem os títulos de créditos:

- a) agente capaz;
- b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- c) forma prescrita ou não defesa em lei;
- d) livre manifestação da vontade.

### 6.4 CAMBIARIEDADE E CAMBIERIFORMIDADE

É importante distinguirmos os títulos de crédito que detém a essência cambiária e cambiariforme. Títulos cambiários puros são a letra de câmbio e a nota promissória e títulos cambiariformes, o cheque e a duplicata, quando de sua emissão ou circulação. Assim citamos a definição de Plácido e Silva:

“A qualidade cambiária assinala o título originariamente assim considerado: letra de câmbio, nota promissória. Nesta circunstância, há cambiariedade. A cambiariformidade é a qualidade atribuída ao título que, tornado abstrato, se

---

<sup>52</sup> Consignamos a vênua de Rubens Requião, que prevê, pela Teoria dos Equivalentes do professor Lagarde – derivada da própria lei e da jurisprudência francesa -, o lugar do pagamento do título quando estiver sem indicação, será o lugar designado ao lado do nome do sacado ou o lugar de seu próprio domicílio e que na ausência de indicação de vencimento, considera-se à vista o vencimento do título. *In* REQUIÃO. R. Obra citada, p. 400

cambiarizou, como ocorre com a duplicata mercantil. A cambiarização, pois, é a consequência de sua emissão ou circulação.”<sup>53</sup>

Neste sentido:

“Na execução baseada em Nota Promissória, só se pode exigir do devedor o adimplemento de obrigações cambiariamente assumidas, e não daquelas assumidas no contrato subjacente à emissão do título”. (RSTJ 14/378)

“Protesto. Nota promissória sem data. Perda da cambiabilidade. (...) Agravo de instrumento contra o despacho que não admitiu recurso especial assentado em ofensa aos artigos 616 do Código de Processo Civil, 10 e 76 da Lei Uniforme de Genebra, além de dissídio jurisprudencial. Insurge-se, no apelo extremo, contra o Acórdão assim ementado:

-Embargos à execução, título executivo. Irregularidade formal. Falta do local e data da emissão. Vícios supríveis e insupríveis. Nulidade reconhecida.

1. Não é nula a nota promissória em que faltar o local de emissão, porque, neste caso, considera-se como tal aquele indicado ao lado do subscritor ou lugar de pagamento. (Art. 76, Decreto 5.763/66)

2. A falta de indicação da data de emissão constitui requisito não suprível, presumindo-se que o portador tenha mandato para inseri-la, devendo, todavia, fazê-lo até o dia do ajuizamento da execução, pena de ser reconhecida a nulidade. Provido por unanimidade.-

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Decido. A irresignação não merece prosperar. Sustenta o agravante que “se a ausência do registro, na promissória do lugar e da data da sua emissão ocorrer, esse fato não constitui nulidade”. E mais adiante: “Na hipótese vertente, portanto, cumpria ao juiz da causa assinar prazo ao apelante para preencher referidos requisitos, isto em decorrência do que estabelece o artigo 616, do CPC, que, *in casu*, foi, também, malferido.” No entanto, outra é a orientação desta Corte. Vejamos: “Processual civil. Embargos à execução. Nota promissória. Data de sua emissão inexistente. Perda de cambiabilidade. I – A teor dos arts 75, 6, e 76 da Lei Uniforme, a nota promissória sem a indicação da data em que passada, não constitui título executivo. Nada obsta a que o portador da cártula, de boa-fé, eis que munido de presumível mandato tácito do devedor, pudesse completar tal omissão: desde que o fizesse até o ajuizamento da execução, sem o que ficou ele descaracterizado de cambiabilidade a embasar a execução. II. Agravo regimental improvido.” (AgRgAg n. ° 101.696/MG, 3ª Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 16.12.96).

Cambiabilidade e cambieriformidade encerram conceitos de títulos de crédito. Obrigações subjacentes, como as decorrentes dos contratos, encerram solidariedade passiva do aval.

---

<sup>53</sup> SILVA, P. Obra citada, p. 358.

## 6.5 CANCELAMENTO E EXTINÇÃO DO AVAL

Extingue-se, propriamente, o aval pelo pagamento, pela anulação conforme o artigo 171 e seguintes do Código Civil (incapacidade do avalista, vícios resultantes de erro, dolo, coação, simulação ou fraude), pela decadência por falta de protesto nos casos de avalistas indiretos nas letras de câmbio, nota promissória e duplicata (Lei Uniforme artigo 53 e Lei das Duplicatas artigo 13, parágrafo 4º), pela prescrição cambiária, pelo cancelamento da assinatura de avalista, conforme dispõem o artigo 44, parágrafo primeiro, do Decreto n.º 2.044/1.908.

Considera-se não escrito o aval cancelado, permanecendo válidas as demais declarações cambiárias, conforme disposição do artigo 898 do Código Civil, parágrafo 2º.

O artigo 24 do Decreto 2.044/1.908 consolida: *“o pagamento feito pelo aceitante ou pelos respectivos avalistas desonera da responsabilidade cambial os coobrigados”*.

“A prova do pagamento da nota promissória se faz mediante a apresentação do recibo de quitação, não se admitindo prova testemunhal, razão pela qual se julga antecipadamente a lide sem cometer cerceamento de defesa.” (Ap. 47.827-1, 3ª TC TJMS, rel Des. Mendes Fontoura, DJMS 20.12.96).

Assim, há o fundamento dessa regra para o emitente da nota promissória e do cheque e para o aceitante da letra de câmbio, porque efetuado o pagamento, extingue-se a cambial, desonerando-se os coobrigados, no caso, os avalistas

## 7 ALGUMAS PECULIARIDADES DO AVAL

O Decreto 2.044/1908, o Decreto 57.663/1966, Decreto 167/1.967, Lei n.º 5.474/1968, Lei 7.357/1986, por constituírem-se em leis especiais, tem prevalência sobre as disposições do Código Civil.

Por ser estritamente necessária as obrigatórias observações à forma do título de crédito, cumpre-se salientar que o analfabeto não pode apor sua digital na cambial, mas para aperfeiçoar esse ato, deve nomear mandatário, através de instrumento de procuração pública, com poderes especiais para a prestação do aval, conforme se deduz por analogia ao parágrafo primeiro do artigo 661 do Código Civil, sobre os poderes especiais do mandato.

Assim também, o cego, poderá obrigar-se cambiariamente quando escrever todo o texto da cambial ou nomear procurador através de instrumento público. É a decorrência da própria lei, conforme disposições do artigo 14 do Decreto 2.044/1908 e artigo 8º da Lei Uniforme de Genebra.

Neste sentido:

“A validade do aval está condicionada à assinatura do próprio punho do avalista ou do mandatário especial, isto é, do que exhibe mandato por escrito, com poderes expressos para a prática de atos cambiais. O simples fato de o filho dizer-se mandatário do pai para, em seu nome, assinar como avalista nos títulos de dívida em que ele filho, ou sua empresa figuravam como devedores principais, não basta para o reconhecimento de que estava assumindo pelo outro a relação cambial do aval. Cabia ao credor exequente exigir procuração, no momento do ato, e, depois, quando da cobrança, fazer a prova do mandato, com base no qual foram os títulos assinados”. (Resp.n.º 50.841-0, 9.8.1994, 4ª STJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Quanto à emissão de uma cambial em branco, o STF regulamentou esse assunto, ao emanar a Súmula 387: *“A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto”*.

“A falsificação e o preenchimento abusivo de nota promissória emitida em branco, sendo exceções de dolo, podem ser opostos principalmente contra o indigitado autor do ilícito. Em matéria cambiária, a ética e a boa-fé produzem efeitos positivos, enquanto a má-fé gera resultados negativos. Se o embargante podia discutir a matéria argüida, é claro que tinha direito à produção da respectiva prova.” (AP. 47.251, 21.3.95, 3ª CC TJSC, rel. Des. Newton Trisotto, RJ 220/74).

O Código Civil veda o aval parcial, conforme o parágrafo único do artigo 897. A Lei Uniforme de Genebra, em seu artigo 30, 1ª alínea expressamente admite o aval parcial: “o pagamento de uma letra pode ser no todo ou em parte garantido por aval”.<sup>54</sup>

Pode o aval ser em branco ou em preto, significando este a aposição da assinatura e a declinação de quem é o avalizado. Permite-se o aval póstumo e a pluralidade de avais.

A corrente vitoriosa no nosso direito compara a moeda corrente aos títulos de crédito e diz que os pagamentos feitos com a primeira são extintivos do débito, enquanto que os pagamentos realizados com os segundos não extinguem a obrigação. Os títulos de créditos, à exceção de eventuais disposições em contrário, são sempre recebidos “*pro solvendo*” e não “*pro soluto*”.

A inoponibilidade das exceções aos terceiros de boa-fé, especifica que o réu em ação cambiária, não pode opor as exceções pessoais fundadas nas relações entre ele e o sacador ou com quaisquer outros anteriores portadores do título. Aqui há uma verdadeira regra de segurança voltada para as circulações dos títulos de créditos. Aliás, assim explícito está nos artigos 915 do código civil<sup>55</sup> e 17 da Lei Uniforme de Genebra.<sup>56</sup>

“O aval lançado com a finalidade de garantir o pagamento cambial representa obrigação formal, abstrata e autônoma, decorrente da simples assinatura do avalista no título. Por isso, quem avaliza contrai obrigação própria, não lhe sendo lícito, salvo excepcionalmente, alegar defesa que caberia ao avalizado. Assim, incorre

---

<sup>54</sup> Mais uma vez é importante citarmos as distinções na doutrina sobre esse tema. Temos a prevalência do aval nos principais títulos de crédito (NP, CH, LC, DPL), como muito bem esclarece Newton de Lucca:

“Nosso Decreto n.º 2.044 era omissivo a respeito. Também é a nossa Lei das Duplicatas, que nada diz em seu artigo 12, sendo certo que o artigo 23 manda aplicar subsidiariamente, no que couber, em matéria de emissão, circulação e pagamento, as disposições constantes da Lei Cambial, no caso, agora, predominante a Lei Uniforme. Esta, por sua vez, em seu artigo 30, expressamente admitiu a possibilidade de o aval ser prestado parcialmente, donde se conclui, sem maiores dificuldades, ser o aval parcial possível, tanto nas letras de câmbio e nas notas promissórias, quanto nas duplicatas e nos cheques...Fica um tanto quanto difícil, com efeito, conciliar a idéia de que o aval parcial seja possível nos principais títulos de créditos existentes – letra de câmbio, nota promissória, cheques e duplicatas – e não o possa ser justamente nos títulos de crédito atípicos ou inominados para os quais, presumivelmente, toda e qualquer garantia adicional, ainda que meramente parcial, deveria ser tida por bem-vinda...Curiosamente, no entanto, preferiu o legislador pátrio optar pela sua proibição pura e simples, contrariando não só a lógica de nosso sistema cambiário como o próprio espírito de todo esse Título VIII, quer se entenda ser ele destinado apenas aos títulos atípicos ou inominados, quer se conceba, mais amplamente, a partir de uma razoável e funcional interpretação do art. 903, que ele possa servir, também, de norma supletiva para os títulos de crédito em geral.” (LUCCA, Newton de, Comentários ao Novo Código Civil, volume XII: dos atos unilaterais; dos títulos de crédito. – 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, pg 193 e 194).

Por outro lado, citamos argumento que entende prevalecer às disposições do código civil, de Silvio Venosa: “O novo Código Civil veda expressamente o aval parcial (art. 897, parágrafo único). O tema foi objeto de discussão no passado, pois a autorização de aval parcial não constava no Decreto n. 2.044. A Lei Uniforme admitiu-o expressamente no art. 30. Essa permissão sempre foi entendida inconveniente pelas dificuldades práticas que acarreta, razão pela qual o novo Código optou pela proibição peremptória.” (VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: contratos em espécie*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, pg. 457)

<sup>55</sup> “O devedor, além das exceções fundadas nas relações pessoais que tiver com o portador, só poderá opor a este as exceções relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, à falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição, e à falta de requisito necessário ao exercício de ação.”

<sup>56</sup> “as pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador as exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor”

cerceamento de defesa no indeferimento de produção de prova, sobretudo oral, para a comprovação de que o título teria sido emitido com partes em branco, datas de emissão e vencimento (Ap. 85, 23.10.86, 1ª CC TAPR, Rel. Juiz Acácio Cambi, in ADV JUR 1987, p. 44, v 31428).

As exceções pessoais devem ser diretas entre as partes da relação cambial, ou seja, devedor e credor, e assim sucessivamente em eventuais endossos. Sempre de forma direta. Assim, um título de crédito depositado e depois posto em circulação inadvertidamente, configura má-fé, logo caberia oposição através de exceções pessoais.

Nos contratos de mútuo, há a vinculação do avalista solidariamente, conforme capitula a Súmula 26 do STJ: *“o avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário”*.

“O avalista é obrigado autônomo (LUG, art. 47) e não se equipara ao fiador, razão pela qual não pode exercer o benefício de ordem previsto no art. 595 do CPC”. (STJ, Resp 153.687/GO, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., v.u., 10/2/98, DJU 30/3/98, p.82)

Nossa legislação admite o protesto por indicação de duplicatas, excepcionando-se aqui o rígido princípio da literalidade, conforme os artigos 13, parágrafo primeiro da Lei 5.474/1.968, e parágrafo único do artigo 8º da Lei 9.492/1.997, cujo apontamento é efetuado ao Tabelião de Protesto de Títulos, para o referido protesto. Assim, somente os dados relativos ao título são levados ao cartório.<sup>57</sup>

“O protesto por indicação da duplicata não depende da preexistência física do título e de sua apresentação nessa espécie ao sacado, consoante se depreende do art. 8º., parágrafo único da Lei 9.492/97 autorizar que as indicações da duplicata sejam transmitidas e recepcionadas pelos Tabelionatos de Protesto por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados” (TJSP, RT 776/215)

“O artigo 13, parágrafo 1º da Lei 5.474, permite que o protesto da duplicata por falta de aceite e de devolução seja feito apenas por indicação do portador, dispensando-o da produção de qualquer outra prova e firmando a sua responsabilidade pela inexistência das declarações que forem feitas. A duplicata ou triplicata, ainda que não aceita, desde que preencha os requisitos do inc. II, letras a, b, c e parágrafo 2º do artigo 15, da Lei n.º 5.474, constitui título hábil à execução extrajudicial.” (Ap. n.º 69.065-5, 6.9.94, 2ª CC TAPR, rel. Juiz Munir Karam, IOB JUR 3/95, p 44, v.3/10.515)

---

<sup>57</sup> “Também admite o Código Civil os títulos de créditos emitidos por meios eletrônicos, conforme capitula o artigo 889, em seu parágrafo terceiro: “O título de crédito poderá ser emitido a partir dos caracteres emitidos em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.”

“O protesto obrigatório previsto no parágrafo 4º do artigo 13 da Lei n.º 5.474/68 não tem o caráter absoluto e não pode ser interpretado isoladamente dos demais artigos da Lei das Duplicatas. O mínimo que se exige para que se permita referido protesto é que o título seja emitido em consonância com os princípios expressos em lei. Duplicata emitida sem a entrega confessa da mercadoria não pode ser protestada contra o devedor, porque viola todos os princípios da lei cambiária, sendo irregular. Tendo, porém, circulado o título e sendo obrigatório o protesto para garantir o direito de regresso, este não alcança o nome do sacado.” (Ap. n.º 194173837, 4.10.94, 9ª CC TARS, rel. Juiz Medeiros Fernandes, JTARS 92/256).

A pluralidade de avais ocorre quando há vários avais obrigando-se por determinado título de crédito. Essa pluralidade interessa aos coobrigados entre si.

Aval sucessivo ocorre quando cada aval se sobrepõe a outro, quando identificamos quem é avalizado de quem. Aquele que pagar poderá cobrar a totalidade da quantia de seu avalizado ou do devedor principal.

O aval simultâneo, chamado de co-aval, determina a solidariedade de todos conjuntamente, por um(ns) avalizado(s) pelo cumprimento da obrigação. Um por todos, todos por um. Na eventual inadimplência, aquele que pagar poderá cobrar a quota-parte dos demais.

Assim dispõem a Súmula 189 do STF: “*avais em branco e superpostos consideram-se simultâneos*”. Não há como se determinar circunstância diversa.

Logo, quando alguém quer avalizar determinada pessoa, especificamente, deve dar aval em preto, para que não existam dúvidas entre aval simultâneo e sucessivo.

A simples assinatura do avalista, enceta o aval em branco, logo simultâneo.

“Pagando a dívida cambial, fica o avalista simultâneo legalmente sub-rogado no crédito (arts. 913 e 985, III, CC), podendo a cada um dos demais avalistas simultâneos cobrar a respectiva cota em processo de execução por título extrajudicial” (art. 567, III, CPC) (Ap. 427.109-a, 27.9.90, 15ª C 1ª TACSP, Rel. Juiz Renato Takiguthi, RT 668/107).<sup>58</sup>

“Na falta de circunstâncias esclarecedoras, deve-se concluir que os avais apostos na nota promissória são simultâneos em solidariedade ao mesmo, e não sucessivos. E, sendo simultâneos, o avalista que solver a obrigação não tem ação executiva contra os demais avalistas”. (RT 291/745)

Quanto ao aval lançado por empresa, deve-se observar que normalmente os contratos sociais vedam os seus representantes de avalizarem. Os que validam o aval lançado por empresas, em eventuais litígios, fundamentam-se na teoria da aparência para validar o ato e os

---

<sup>58</sup> “Aval. Avalista simultâneo e não sucessivo. Súmula 189. Pagando a dívida cambial, fica legalmente sub-rogado no crédito (CC artigo 985, III), podendo a cada um dos demais avalistas simultâneos cobrar a respectiva cota, em processo de execução por título extrajudicial” (RE 92.674-7, 5.5.81, 2ª T STF, Rel. Min. Décio Miranda, RT 547/246).

que negam, baseia-se na teoria da publicidade do contrato social, como assim explica Fábio Comparato:

“Nem se traga ao debate, para abonar a teoria da aparência de representação, o argumento tantas vezes invocado de que o aval dado pelo falso representante vincularia, não obstante a inexistência de poderes, aquele em nome de quem este agiu. O argumento é imprestável, porque corresponde a uma exegese contra legem. Tanto a nova lei do cheque (Lei n.º 7.357, de 2.9.1985, art. 14), quanto a Lei Uniforme de Genebra sobre cambiais (art. 8º), dão outra solução para o caso: é o *falsus procurator* que assume pessoalmente a obrigação cambial, não a pessoa em nome da qual foi dado o aval. Não se consegue entender como se pode extrair dessa claríssima disposição legal – que já constava, aliás, da Lei Cambial de 1908 (art. 46) – uma conclusão exatamente contrária ao sentido manifesto de sua proposição normativa.”<sup>59</sup>

Há regra específica para os representantes de sociedades mercantis que se excedem nos poderes que lhes foram outorgados, para a prestação do aval, está consubstanciada no artigo 8º da Lei Uniforme de Genebra. Aquele que apuser sua assinatura em uma letra de câmbio, fica obrigado em virtude da letra. O Código Civil pelo seu artigo 892 também consignou semelhantemente a inteligência daquele artigo 8º. Logo, quem assinou a cambial, assim está vinculado a ela.

Assim, quando há essa agressão ao estatuto social ou ao contrato social de determinada sociedade, no lançamento do aval por sócio ou funcionário assim impedido, a sociedade responde pelo aval através da culpa *in eligendo* (atribuída aqui ao empresário pelos excessos cometidos pelo outorgado na prestação do aval) e *in vigilando* (imputada a empresário em razão dos danos causados pela prestação do aval, pela falta de vigilância/atenção que deveria ter sobre seu outorgado).

Eventuais vícios, tolhem a autonomia do aval e do próprio título de crédito, pela absoluta rigidez literal da lei.

Cumprida a obrigação do avalista, converte-se esta em direito regressivo, contra seu avalizado ou demais coobrigados, exceto quando tratar-se de avais simultâneos, cuja cobrança será pela via ordinária, na ausência do protesto tempestivo.

“O avalista que honra a obrigação a que emprestou, juntamente com outro, a sua garantia pessoal, pode voltar-se contra este para cobrar a respectiva co-parte. Mas, para palmilhar a via executiva no exercício do direito de regresso cambiário, deve promover o protesto exigido pelo artigo 32 do Decreto n.º 2.044/1.908, o qual,

---

<sup>59</sup> BOITEUX, F.N. *Títulos de crédito “em conformidade com o novo Código Civil”*. São Paulo: Editora Dialética, 2002, p. 79. APUD. COMPARATO, F. K. “Aparência de Representação: a Insustentabilidade de uma Teoria”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n.º 111, Nova Série 1998, p. 39 a 44.

nessa parte, não foi modificado pela Lei Uniforme. Se assim, entretanto, não procedeu, e sendo certo que, evidentemente, de ação direta não se trata, somente pela via procedimental comum poderá haver a cota relativa ao co-garantidor. De confirmar-se, pois, a sentença que, nos embargos de devedor, consagrou esse entendimento” (Ap. 70.263, 4.4.88, 1ª CC TARJ, Rel. Juiz Laércio Mauro, ADV JUR 1988, p.70, v.38.365)

A ação cambial é a executiva, conforme previsão do artigo 585, I, do Código de Processo Civil. Seu prazo prescricional é de três anos, conforme disposições do artigo 70, *caput*, da Lei Uniforme.<sup>60</sup>

“Prescrita a nota promissória, não pode o credor acionar o avalista, em ação de cobrança com natureza de ação de conhecimento, sem expor na inicial a causa de pedir. Até porque só disporia contra o avalista de ação causal, pois contra este não se admite a ação de locupletamento (ação *in rem verso*). (Ap. 595047499, 16.5.95, 6ª CC TJRS, rel. Des. Sergio Gischkow Pereira, JTJRS 173/375).

“A ação cambial prescreve no mesmo prazo tanto para o avalista como para o favorecido pelo aval. Consumado o triênio, sem interrupção, prescrita está a ação, nos termos dos artigos 32, 70 e 77 da Lei Uniforme.” (Ap. n.º 41.026, 10.7.75, 3ª C 1º TACRJ, rel. Juiz Geraldo Arruda Guerreiro, *in* Alexandre de Paula, O Processo Civil `Pa Luz da Jurisprudência, vol. V, Forense, p. 460)<sup>61</sup>

Contudo, ao credor que não observou o prazo prescricional para a interposição tempestiva de ação de execução de título extrajudicial de título de crédito, poderá demandar ação de conhecimento ou ação monitória, para a eventual satisfatividade de seu crédito. É o que consigna o artigo 48 do Dec. Lei 2.044/1.908.<sup>62</sup>

A Lei Uniforme de Genebra, pelo artigo 15 do Anexo II, conservou a independência do artigo 48 do Decreto Lei 2.044/1.908.<sup>63</sup>

A ação mencionada no artigo 48, não cabe contra o avalista pela ausência de locupletamento. Pelo escopo da absoluta interpretação literal da lei, denomina-se Ação de Locupletamento quando se referir apenas a cambial. Assim haverá a necessidade que o autor prove e demonstre o nexo de causalidade entre o enriquecimento à sua conta, com o seu conseqüente empobrecimento. Observe-se que essa ação somente cabe contra o emitente da promissória, não contra avalistas e endossantes, como deflui esse artigo e o artigo 56 do

<sup>60</sup> “Todas as ações contra o aceitante, relativas a letra prescrevem em 3 (três) anos a contar de seu vencimento.”

<sup>61</sup> “Prescreve em três anos a ação do avalista contra o emitente da nota promissória para haver a quantia paga.” (Ap. n.º 8.663, 9.12.75, 2ª CC, TJMT, rel. Des. Pompeu de Barros, RT 487/161)

<sup>62</sup> “Sem embargo da desoneração da responsabilidade cambial, o sacador ou aceitante fica obrigado a restituir ao portador com os juros legais, a soma com a qual se locupletou à custa deste. A ação do portador, para este fim, é ordinária”.

<sup>63</sup> “Qualquer das Altas Partes Contratantes tem a liberdade de decidir que, no caso de perda de direitos ou de prescrição, no seu território subsistirá o direito de proceder contra o sacador que não constituir provisão ou contra um sacador ou endossante que tenha feito lucros ilegítimos. A mesma faculdade existe, em caso de prescrição, pelo que respeita ao aceitante que recebeu provisão ou tenha realizado lucros ilegítimos.”

mesmo diploma legal. Essa ação tem procedimento ordinário e segue os mesmos prazos prescricionais da cambial, ou seja, três anos da prescrição da ação cambiária.

Essa é orientação geral da jurisprudência:

“A admissibilidade da ação de enriquecimento ilícito, fundada nos artigos 48 e 56 do Decreto n.º 2.044/1.908, depende da prescrição da força executiva do título, e, além disso, só pode ser utilizada contra o emitente da promissória, não contra avalistas e endossantes, como deflui o disposto nos dois mencionados artigos da lei cambiária e a doutrina e a jurisprudência reconhecem.” (3ª CC TJ/SP RT 2477/185)

“Quem não paga uma dívida se enriquece com o não pagamento dela. O emitente do título cambiário não provou o pagamento dele. No caso, ficou provado que ele não pagou.” (Rec. Extr. n.º 26.613, de 1958, in Ver. Trim. De Jurisp., 8/123)

“Prescreve em dois anos a ação de enriquecimento contra o emitente de cheque que, de seu valor tenha locupletado” (REsp. n.º 21.536-9, 14.12.93, 4ª TSTJ, rel. Min. Dias Trindade, RJ 200/72. Em igual sentido: AP. 40.311/96, 17.9.96, 4ª CC TJDF, rel. Dês. Mota e Matos, RJ 234/63).

“Constitui a ação monitória, encartada como procedimento especial da jurisdição contenciosa (CPC, art. 1.102.a) pela Lei n.º 9.0749 de 14.7.95, a ação hábil para pleitear o pagamento de quantia em dinheiro, representada por cheque prescrito. A ação de locupletamento, de que fala o art. 61 da Lei n.º 7.357/85, e a ação de cobrança fundada no cumprimento de negócio jurídico do qual se originou o cheque não se confundem, prescrevendo aquela no prazo fixado pelo próprio dispositivo mencionado e esta no prazo estipulado pelo art. 177, CC, para as ações pessoais.” (Resp. n.º 36.590-2, 21.6.94, 4ª T, rel. Min Sálvio de Figueiredo, RP 84/390).

Contudo, se existir vinculação extracambiária a contratos afetos a obrigação principal, como o de mútuo, prescreve em 5 (cinco) anos, da data do último pagamento realizado ao credor. É a disposição contida no artigo 206, parágrafo 5º, inciso I, do atual Código Civil.<sup>64</sup>

O devedor do título de crédito pode discutir a origem da dívida, ou seja, *a causa debendi*, quando o título encontrar-se em poder do beneficiário originário da transação, ou terceiro de má-fé. Aqui, o terceiro de má-fé é o portador que teve conhecimento do negócio subjacente, a quem o título foi transferido para dificultar a defesa do devedor. É a expressão do artigo 17 da Lei Uniforme de Genebra.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Em 05 (cinco) anos:

I – a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular

<sup>65</sup> Artigo 17, Decreto 57.663/1.966 - “As pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor.”

A jurisprudência dominante entende que a cambial perde a autonomia e abstração quando vinculada a um contrato, como o de mútuo, sujeitando-se às cláusulas a que se vinculou (RT 495/170, 512/220, 526/221).

Sobre as execuções dos avalistas sócios de empresa falimentar ou concordatária, é pacífica a jurisprudência ao recepcionar a execução de título extrajudicial paralela, fundamentada no aval.

“Constituindo-se o aval em obrigação cambiária autônoma, nada impede que o beneficiário da nota promissória execute os avalistas e, concomitantemente, habilite seu crédito no juízo da concordata do avalizado.” (APC 188.003.172, 23.2.88, 1ª CCTARS, rel. Juiz Azevedo Gomes).

“Não pode o avalista opor exceções fundadas em fato que só ao avalizado diga respeito, como o de ter-lhe sido deferida concordata. Entretanto, se o título não circulou, ser-lhe-á dado fazê-lo quanto ao que se refira à própria existência do débito. Se a dívida, pertinente à relação que deu causa à criação do título, desapareceu ou não chegou a existir, ao menos no montante nele consignado, poderá o avalizado fundar-se nisso para recusar o pagamento “ (RE n.º 43.119-0, 21.11.95, 3ª T STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, in RSTJ 81/225).

“Aval, autonomia substancial. Tratando-se de garantia típica, no sentido de que se trata de obrigação distinta da do avalizado, a responsabilidade do avalista não se altera em virtude de circunstâncias que favorecem aquele, por força de concordata deferida. Não pode o avalista defender-se com exceções próprias do avalizado”. (RE 109.587-3, 19.8.86, 2ª T STF, Rel. Min. Carlos Madeira, in JSTF 98/274).

“Aval. Falência do avalizado. Pode o credor reclamar do avalista, em execução o pagamento. Em face da garantia do aval, não cabe ao avalista invocar defesa própria do avalizado, como a falência ou a concordata.” (Res. 1.747, 3.4.90, 3º T STJ, Rel. Min. Nilson Naves, in RT 659/185).

Sobre a prescrição de ação executória dos avalistas contra outros avalistas coobrigados, ação de reembolso, há o prazo prescricional de seis meses da data do pagamento em que o avalista exeqüente pagou a referida cambial. Assim diz a Lei Uniforme de Genebra, artigo 70, alínea 3ª: “As ações dos endossantes uns contra os outros e contra o sacador prescrevem em 6 (seis) meses a contar do dia em que o endossante pagou a letra ou em que ele próprio foi acionado.”

Quanto à ação de regresso do portador contra os devedores indiretos, como os avalistas, sacador e endossantes, o prazo prescricional é de um ano, da data do protesto ou do

vencimento se porventura a cambial contiver a cláusula sem protesto. É a letra da Lei Uniforme de Genebra, artigo 70, alínea 2<sup>a</sup>.<sup>66</sup>

É importante citar que os contratos bancários definitivamente rumam para a pacificação sujeita aos efeitos da Lei 8.078/1.990, Código de Defesa do Consumidor. Assim citamos as recentes Súmulas 286 e 285 do STJ.<sup>67</sup>

Quanto ao Decreto Lei 911/1.969, sobre a alienação fiduciária, o artigo 6º estabelece-se que o avalista, fiador ou terceiro interessado, que pagar a dívida do alienante ou devedor, se sub-rogará de pleno direito ao crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária. Realizada a busca e apreensão e existindo saldo remanescente, persiste a obrigação do avalista.

“Quando o credor fiduciário recebe o pagamento parcial do débito, e ao dar quitação ao avalista, autoriza-o a promover a busca e apreensão do bem, significa haver-lhe reconhecido legitimidade para promover a competente medida.” (TJGO, RT 728/332)

Veda-se o aval do sacado, tendo em vista que este não se configura como responsável pelo pagamento do crédito, representando simples depositário da provisão do sacador.

Quando a obrigação avalizada for nula, por qualquer razão que não seja vício de forma, o aval continua existindo. Convém citar que quando o documento deixa de ser título de crédito, desaparece a obrigação cambiária do avalista e jamais poderá ser interpretada como fiança.

Permite-se o aval antecipado, conforme disposições do artigo 14 do Decreto n.º 2.044/1/908, quando consigna “*O pagamento de uma letra de câmbio, independentemente do aceite e do endosso, pode ser garantido por aval.*”

Citamos a Súmula 387 do STF: “*A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto.*”

É conveniente citar que é nulo o aval nas notas promissórias rurais e duplicatas rurais, à exceção quando lançado por pessoas participantes da empresa emitente ou por pessoas jurídicas, conforme disposições estatuídas no Decreto Lei n.º 167/67, em seu artigo 60:

---

<sup>66</sup> “As ações do portador contra os endossantes e contra o sacador prescrevem num ano, a contar da data do protesto feito em tempo útil, ou da data do vencimento, se se trata de letra que contenha cláusula “sem despesas””.

<sup>67</sup> “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores” e “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”.

Aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, inclusive quanto a aval, dispensado porém o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossantes e seus avalistas.

Parágrafo 2º - É nulo o aval dado em nota promissória rural ou duplicata rural, salvo quando dado pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente ou por outras pessoas jurídicas.

Aqui o legislador visou a proteger as cooperativas impedindo as oposições de ações executivas contra estas e seus cooperados decorrentemente da prestação de aval.

## 8 CONTRATOS BANCÁRIOS: GENERALIDADES

Os contratos bancários são contratos entre banco e cliente, destinados a regular ou extinguir determinada relação que tenha como objetivo a intermediação do crédito.

São comutativos pois (implicam vantagem e sacrifício), implicam contabilizações (prova da celebração contratual), tem o dirigismo contratual (BACEN/CMN), são de adesão e se sujeitam às normas de sigilo próprio de operações em instituições financeiras (Lei Complementar 105/2001), bem como aos princípios gerais dos contratos: princípio da relatividade das convenções, princípio da força vinculante ou obrigatoriedade das convenções, princípio da função social dos contratos.

A Constituição Federal, em seu artigo 192, inciso I, II e III delegava, respectivamente, a autorização para o funcionamento dos bancos, estabelecimentos de seguros, previdências e capitalização, participação de capital estrangeiro. Hoje esses incisos foram revogados pela Emenda Constitucional n.º 40/2003. Também a Lei 4.595/64, orienta o Sistema Financeiro Nacional: *“Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias; cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências”*.

Citamos alguns conceitos de contratos e operações bancárias, cujo objetivo principal é a intermediação do crédito. Visualizamos sempre, em quaisquer conceitos de contratos bancários, a intermediação que visa ao crédito, que implica em aumento do capital, seja pelo cliente ou pelo banco, quando aquele realiza aplicações ou este realiza empréstimos, sempre há o elemento principal: o lucro.

Logo, sem dúvida alguma, os bancos propiciam o favorecimento da circulação das riquezas.<sup>68</sup>

Assim é importante citar o conceito de contratos bancários de Orlando Gomes:

*“Com a expressão contratos bancários designam-se os negócios jurídicos que têm como uma das partes uma empresa autorizada a exercer atividades próprias dos bancos”... “Os negócios realizados pelos bancos, no exercício de sua atividade mercantil, chamam-se operações bancárias, se a função é creditícia.”<sup>69</sup>*

---

<sup>68</sup> *“Acordo entre banco e cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objeto a intermediação do crédito”* In COVELLO, S. C. *Contratos Bancários*, 3ª ed. São Paulo: Leud, 1999, p. 47. APUD OLIVEIRA, C. M., *Tratado de Direito Bancário – Teoria Geral dos Contratos*. Campinas: LZN Editora, 2002, pg. 13

<sup>69</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 324.

Os bancos são essenciais para o desenvolvimento econômico de qualquer sociedade, e desde sua origem sempre visaram à massificação de suas operações e a poupança popular.<sup>70</sup>

Convém citarmos uma definição de banqueiro, bastante sintética, mas profunda: *“Commerciante di denaro che prende denaro da chi ne ha disponibile e lo dà a chi ne há bisogno, lucrando sulla diferenza trale condizioni a cui acquista e il denaro e quelle a cui lo impresta”*<sup>71</sup>.

Sobre os princípios que norteiam os contratos, convém registarmos o pensamento sintético, mas profundo, do civilista belga Henri de Page, acerca dos princípios que norteiam os contratos. <sup>72</sup>

O Código Civil em seus artigos 112, 113, 421 e 422, explicita a função social dos contratos e a boa-fé objetiva. Assim há a limitação da autonomia da vontade e a criação de deveres laterais, como a transparência, informação, proteção ao consumidor e interpretação e integração do contrato.<sup>73</sup>

Os contratos bancários, dividem-se em:

a) **Contratos de moeda e crédito:** Contrato de alienação fiduciária, Contrato de antecipação bancária, Contrato de desconto, Contrato de *leasing*, Contrato de câmbio, Cédulas de crédito comercial e industrial, Cédulas de crédito rural, Securitizações de créditos agrícolas, Contrato de crédito imobiliário, Contrato de cartões de crédito, Contratos de depósito em caderneta de poupança, Contratos de mútuo e Contratos de abertura de crédito em contas correntes;

b) **Contratos mistos de crédito e serviços:** Contrato de intermediação bancária ou ordem de pagamento e cobrança, Contrato de intermediação bancária na emissão e venda de valores mobiliários, Contrato de crédito documentário;

c) **Contratos de prestação de serviços:** Contrato de serviço de custódia de valores, Contrato de serviço de aluguel de cofre de segurança,

Desses contratos, citaremos apenas e exclusivamente os dois contratos mais utilizados pelos bancos em suas operações ativas (concessões de créditos), e que utilizam freqüentemente o instituto do aval: *“contratos de contas correntes e contratos de mútuo”*.

---

<sup>70</sup> “É a operação bancária uma atividade em série, de massa, com um número indeterminado de pessoas, segundo tipos negociais estandardizados, obedecendo todos às chamadas normas bancárias uniformes” In RIZZARDO, A. *Contrato de Crédito Bancário*, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.17.

<sup>71</sup> “Comerciante de dinheiro que toma dinheiro de quem o tem disponível e o dá a quem necessita, lucrando sobre a diferença entre a condição de quem adquire o dinheiro e aquele que o empresta.” FALCO, Carlo e DOTT, *Sistema Del Diritto Della Bancd.* Giuffrè Editore, Milão, 1959, p. 136 APUD OLIVEIRA, C. M. Obra citada pg. 13

<sup>72</sup> “no fato de que até hoje nada se inventou de melhor que o princípio da autonomia da vontade para a determinação do conteúdo dos contratos” In GOMES, O. Obra citada, p. 32.

<sup>73</sup> Artigo 112: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

Artigo 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

Artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

## 8.1 O AVAL NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

São inequívocas as manifestações do aval nos contratos bancários. O aval aperfeiçoa-se através das aposições de assinaturas na nota promissória, incorporada a determinada dívida em certo prazo, vinculada ao contrato, propriamente. Representa pois uma garantia suplementar ao pagamento da obrigação, tendo em vista que há a solidariedade dos coobrigados que subscrevem a cártula, e ao contrato, propriamente.

Encontramos de forma cristalina essa solidariedade no artigo 275 do CC e seu parágrafo único.<sup>74</sup>

Nesse capítulo, é importante citar a nitidez do conceito de aval, subscrito por Amador Paes de Almeida:

“Aval é garantia de pagamento, firmada por terceiro. Instituto típico do direito comercial, conquanto possa ter alguns traços comuns, não se confunde com a fiança, esta última obrigação acessória do direito civil, que, por isso mesmo pressupõe a existência de outra obrigação principal. O aval, ao revés, é obrigação formal, independente, e autônoma, surgindo com a simples aposição da assinatura no título, tornando inadmissível ao avalista argüir falta de causa, opondo defesa de natureza pessoal, só admitida ao aceitante”<sup>75</sup>.

“O aval é garantia que se constitui em título cambial, não em contrato bancário; neste, a garantia pode ser a fiança, não o aval” (4ª T. Resp. 225.139/PR, Ministro Rui Rosado de Aguiar Júnior)

“Processo Civil. Execução. Títulos Diversos. Cumulação Art. 573 do CPC. Inteligência. Observados os ditames do artigo 573 do CPC, notadamente o que exige idêntico devedor em todos os diversos títulos executivos, é cabível a cumulação, em um só processo, das correspondentes execuções. O aval lançado em dois títulos em cobrança pela mulher do executado não exclui a unidade processual, dado que a figura do devedor não se confunde com a do avalista. Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença.” (Resp. 260215/MG – Recurso especial 2000/0050449-1, 08/09/2003 – Ministro Fernando Gonçalves.)

“Nota promissória vinculada a contrato. Endosso. Havendo na cártula expressa vinculação ao negócio subjacente fica o endossatário sujeito às exceções pessoais entre sacado e endossante.” (REsp. n.º 14.012-0-RJ; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; j. 10.8.93).

---

<sup>74</sup> “O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto” e “Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.”

<sup>75</sup> ALMEIDA, A. P. *Teoria e Prática dos Títulos de Crédito*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 39. APUD OLIVIERA, C. M. Obra citada, p. 425.

Aqui verificamos as nítidas distinções entre o contrato e a garantia autônoma do aval, aperfeiçoada através da cambial nota promissória

## 8.2 CONTRATOS BANCÁRIOS EM ESPÉCIE: CONTA-CORRENTE E MÚTUO

### 8.2.1 Contrato de abertura de crédito em conta corrente

Denomina-se assim o contrato através do qual um determinado banco disponibiliza a determinado cliente determinado limite de crédito em dinheiro, por determinado prazo, convencionando-se a taxa de juros, em determinada conta corrente. Sua utilização é mensurada através de saques de limites na conta corrente, com vencimentos contábeis em períodos de trinta dias.

Há aqui duas situações: a conta corrente propriamente e o limite de crédito aberto nessa conta corrente. Na abertura do crédito há até então a disposição de limite ao cliente: *“O que mais distingue esse contrato de outras operações ativas dos bancos é a obrigação que estes assumem. Não transferem eles a quantia que emprestam, mas simplesmente põem-na à disposição do cliente, ou de terceiro.”*<sup>76</sup>

Consignamos a importância desse contrato, eis que praticamente todos os outros contratos e operações bancárias, obrigatoriamente tramitam pela conta corrente.

Arnaldo Rizzardo ao conceituar conta corrente bancária, explicita as implicações contábeis que envolvem esse contrato, como os registros de créditos e débitos.<sup>77</sup>

Maria Helena Diniz conceitua o contrato de abertura de crédito em conta corrente, visando aos elementos da continuidade das operações entre cliente e banco, os quais são os débitos e créditos.<sup>78</sup>

É um contrato consensual, oneroso, bilateral, de execução continuada, não solene e *intuitu personae*.

É o tipo comum de conta corrente bancária que, quando utilizado o crédito disponibilizado pelo banco, há a incidência de juros, cujos quais são capitalizados e de forma

---

<sup>76</sup> GOMES, O. Obra citada, p. 327.

<sup>77</sup> *“O banco abre ao contratante uma conta e obriga-se a lhe creditar os valores que o mesmo ou terceiros remetem ou depositam, ou o próprio banco adianta, colocando as quantias à ordem daquele em qualquer momento”*<sup>77</sup>. In RIZZARDO, A. Obra citada, p. 70.

<sup>78</sup> *“A abertura de crédito bancário é o contrato pelo qual o banco (creditor) obriga-se a colocar à disposição do cliente (creditado) ou de terceiro, por prazo certo ou indeterminado, sob cláusulas convencionadas, uma importância até o limite estipulado, facultando-se a sua utilização no todo ou parceladamente, porém a quantia deverá ser restituída, nos termos ajustados, acrescida de juros e comissões, ao se extinguir o contrato”* In DINIZ, M. H. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993; APUD OLIVEIRA, C. M. Obra citada, p.140.

mensial. Logo, há contraposição à Súmula 121 do STF, que veda a capitalização de juros, ainda que convencionada.

De acordo com as Súmulas 233 e 247 do STJ, temos: *“O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extratos da conta-corrente, não é título executivo”* e *“O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”*.

Assim, o aval lançado em nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito em conta corrente, não goza da necessária liquidez para a eventual interposição de execução de título extrajudicial. A Súmula 258 do STJ diz: *“A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou”*.

Contudo, registramos que há uma exceção, exequível, aos contratos de conta corrente. Quando determinado banco, contrata e disponibiliza certo limite operacional, com certa taxa e prazo para sua utilização, tendo o cliente discricionariedade de utiliza-lo quando melhor lhe aprouver. É o denominado contrato de conta integrada, também chamado de mútuo na forma operacional de empréstimo rotativo ou contrato de mútuo fixo. O cliente tem esse limite e utiliza-o totalmente para pagamento em 30 dias, por exemplo. Há aqui a certeza, liquidez e exigibilidade para a propositura de execução de título extrajudicial, na eventual inadimplência.

Nesses contratos, normalmente há a garantia fixada através de nota promissória vinculada, mas que não goza de liquidez. Para perseguirmos o aval ou os avalistas, temos que propor necessariamente ação monitória ou ação ordinária de cobrança, em razão da iliquidez dos títulos, à exceção do contrato de conta integrada, ora visto.

“Ação monitória. Contrato. Inadimplência. Perdas e Danos. Nota Promissória. Em Garantia. Avalistas. Legitimidade Passiva. No aval, garantia dada por terceiro, estranho ao título de crédito, aquele que o dá fica vinculado solidariamente ao título avalizado, assumindo o compromisso de pagar a importância que nele se contém, quando não o pague o devedor por ele garantido. O avalista é parte legítima passiva em ação monitória que busca receber a importância garantida por nota promissória que avalizou.” (APC 1990150038568APC DF, Acórdão 126113, 2ª Turma Cível – Relator Jair Soares).

“Contrato de Abertura de Crédito em conta corrente não constitui título executivo extrajudicial, segundo previsto no artigo 585, II, do CPC, por não consubstanciar obrigação de pagar quantia determinada”. (Resp n.º 36.391-8-MG).

“Execução. Contrato de Abertura de Crédito. Iliquidez. A nota promissória vinculada ao contrato de abertura de crédito não goza de autonomia, tendo em vista

a própria iliquidez do título que a originou. Recurso especial não conhecido.” (REsp n.º 283.323/RS/DJ/ 9.11.98, Rel. Min. Barros Monteiro.).

A extinção do contrato de abertura de crédito em conta corrente se dá pelo termo, falência ou insolvência, pagamento ou compensação, falecimento do creditado, pela má utilização do cheque e pelo esgotamento do crédito, propriamente.

### 8.2.2. Contrato de mútuo financeiro

O contrato de mútuo consiste nos empréstimos de coisas fungíveis, transferindo a propriedade sobre determinada coisa emprestada ao mutuário, que conseqüentemente obriga-se a restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Sem dúvida, esse é o contrato de crédito mais utilizado pelos bancos, em operações de empréstimos, após a conta corrente.<sup>79</sup>

Suas principais características são a contratualidade, temporariedade, fungibilidade da coisa emprestada, translatividade do domínio do bem emprestado e obrigatoriedade de restituição desse bem.

É contrato real, pois compreende a entrega da coisa. Os juros no mútuo civil compreendem juros remuneratórios/compensatórios de até 12% ao ano. No mútuo financeiro, propriamente os bancários, com a Emenda Constitucional 40/2003, há liberdade nessa contratação, podendo os juros superar os 12% ao ano.

O Código Civil tem a sua previsão nos artigos 586 a 592. Disciplina a questão defesa do mútuo ao menor, considerando exceções como a ratificação feita pelo responsável, quando para contrair alimentos na ausência do responsável, quando o menor tiver bens ganhos com seu trabalho, se o empréstimo lhe beneficiou apenas e se o contraiu maliciosamente.

Sílvio de Salvo Venosa assim o conceitua: “o mútuo é empréstimo de consumo, em paralelo ao comodato, empréstimo para uso”<sup>80</sup>.

O contrato de mútuo afeto às operações bancárias, é o mútuo feneratício, que consiste no empréstimo de dinheiro, com a estipulação de juros.

“Dentro deste contexto, seja na função de intermediar crédito, ou colocando capital próprio, o banco empresta dinheiro de forma habitual e profissionalmente, em contrapartida, exige juros sobre o capital emprestado e comissões pela prestação de seus serviços. Por conseguinte, o empréstimo bancário, consiste, então, na

---

<sup>79</sup> “Notável incremento teve o mútuo com a incorporação do crédito a um título que consubstancia direito autônomo” In GOMES, O. *Contratos*, p. 320.

<sup>80</sup> VENOSA, S. S. “Direito Civil, contrato em espécie”. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 235.

operação pela qual o banco entrega ao cliente um determinado valor que deverá ser devolvido num prazo determinado, cobrando por isso uma taxa de juros.<sup>81</sup>

Os requisitos do contrato de mútuo financeiro compreendem-se, conforme dedução apontada pelo autor Celso Marcelo de Oliveira, em obra citada, à página 243, em subjetivo (capacidade das partes), objetivo (fungibilidade do objeto emprestado {espécie, qualidade e quantidade}) e formal (não requerendo a lei forma especial, sua celebração é livre).

Sua extinção ou resolução ocorre quando há o pagamento, hipóteses de descumprimentos contratuais como desvalorização de garantias adstritas ao contrato, falência, concordata, insolvência civil, protestos de títulos, emissões de cheques sem fundos, inscrições de apontamentos do CPF ou CNPJ em restritivos como o SERASA, SPC ou SISBACEN.

Indubitavelmente a utilização do instituto do aval, através das cambiais notas promissórias vinculadas aos contratos de mútuos bancários, tem a função de garantia, fixada na possibilidade do banco credor propor ações executivas, quando eventualmente existir a inadimplência.

De fato, aqui, o aval vinculado à nota promissória tem a efetividade de título executivo extrajudicial.

“Contrato. Mútuo. Aval. Fiança. Outorga uxória. O avalista de título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário (Súmula n.º 26 do STJ). A garantia prestada nessas condições não necessita de outorga uxória” (APC 197 273 337, Rel. Ilton Carlos Dellandréa)

“Execução. Contra de abertura de crédito. Iliquidez. A nota promissória vinculada ao contrato de abertura de crédito não goza de autonomia, tendo em vista a própria iliquidez do título que a originou. Recurso especial não conhecido.” (REsp n.º 283.323/RS/DJ/ 9.11.98, Rel. Mion. Barros Monteiro).

Assim, os contratos de mútuo hodiernamente utilizados, especialmente pelos bancos, com a garantia do aval na nota promissória são: Contrato de Mútuo na Forma Operacional de Empréstimo Rotativo, Contrato de Capital de Giro, Contrato de Abertura de Crédito, Crédito Pessoal, Contrato de Mútuo na Forma Operacional de Desconto de Títulos e Cheques.

---

<sup>81</sup> OLIVEIRA, C. M. Obra citada, p. 241.

## 9 O AVAL CONSOANTE O ARTIGO 1.647, III, CC:

Como vimos, há a desvinculação das cambiais com a causa que lhe deu origem, por sua abstração e natureza propriamente cambial, onde não há a permissão para discussões da *causa debendi*.

Assim é essencial a análise dos paradigmas ora consubstanciados pelo Código Civil, neste específico inciso III do artigo 1.647.

Deve-se analisar a questão sobre a validade da prestação do aval, quando ausente a autorização do outro consorte, nos casos de cônjuges casados sob a comunhão universal ou parcial de bens e ainda estendendo-se aos companheiros sob o regime de união estável.

Nos contratos bancários, deve-se analisar a questão da prestação do aval em notas promissórias vinculadas aos contratos, do avalista ao devedor principal, quando ausente a autorização do cônjuge e do coobrigado no contrato.

E finalmente a questão da eventual agressão a Lei Uniforme de Genebra.

### 9.1 A FALTA DE AUTORIZAÇÃO DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO

Sobre a ausência de autorização do cônjuge ou companheiro na prestação de aval dado pelo outro consorte, nos casos casamentos celebrados sob o regime de comunhão parcial, comunhão universal de bens ou companheiros em união estável, é importante fixarmos o entendimento doutrinário.

Consolidamos na íntegra a *vênia* da Dr<sup>a</sup> Maria Helena Diniz, favorável aos dispositivos ora vigentes<sup>82</sup>:

“...3) *Prestar fiança ou aval* (CC, art. 1647, III), pois anulável será o que foi prestado sem o consentimento do cônjuge. Só tem legitimação para propor ação anulatória o consorte que não deu aquela autorização ou seus herdeiros. A fiança, ou aval, prestado por um dos cônjuges sem a outorga do outro é anulável e acarreta responsabilidade pessoal do faltoso, pois os bens comuns não respondem pelo seu montante, só podendo o cônjuge fiador contar com sua meação depois de terminada a sociedade conjugal, devendo, então, responder com seus bens particulares. Esta disposição do Código Civil merece encômios por incluir o aval, pois como o Código Civil de 1916 (art. 235, III) somente fizesse menção à fiança civil ou comercial, Orlando Gomes entendia inócua essa proibição, sob o prisma prático, porque não se estendia ao aval garantia especial dos títulos cambiais, cujas conseqüências eram bem mais graves. O marido podia avalizar títulos sem o assentimento da consorte, desfalcando o patrimônio comum (RT, 567:126,235:484), ressaltando-se o disposto no art. 3º da Lei n 4.121/62.

---

<sup>82</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 5º volume, Direito de Família, 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 189.

Hodiernamente, tanto a fiança como o aval, requerem outorga do consorte, se prestados pelo outro.”

Verificando a tendência doutrinária, consolidamos o entendimento de Luiz N.

Lobbo:

“Ainda que o artigo sob comento apenas aluda aos cônjuges, entendem-se incidentes aos companheiros da união estável, até porque a esses se aplica o regime de comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito (art. 1.725 do Código Civil). Por consistirem em restrições a direitos, as hipóteses de vedação, contidas no art. 1.647, configuram *numerus clausus*, não podendo haver interpretação extensiva. As vedações são aplicáveis aos regimes de bens de comunhão parcial, de comunhão universal e de participação final de *aqüestos*. Os cônjuges, casados sob regime de separação absoluta de bens (arts. 1.687 e 1.688 do Código Civil), não estão a elas sujeitos, podendo praticar os mesmos atos sem autorização do outro, dada a natureza desse regime. Do mesmo modo, estão desimpedidos os companheiros da união estável que tenha realizado contrato entre si estipulando a separação absoluta de bens.”<sup>83</sup>

À exceção do regime de separação absoluta, poderá conceder o aval sem a autorização do outro, podendo demandar a invalidação conforme preceitua o inciso IV, do artigo 1.642 do Código Civil, assim capitulado: “*demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com a infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647*”.

Estes apontamentos firmados para o aval, encetam verdadeiro retrocesso ao direito cambial, ainda que o legislador tenha essencialmente visado a proteger a entidade familiar, maculou a dinamicidade do direito comercial, ferindo a cartularidade solidária da autonomia abstrata prestada pelo aval nas cambiais.

Já ensinava Tullio Ascarelli:

“Se nos perguntassem qual a contribuição do direito Comercial na formação da economia moderna, outra talvez não poderíamos apontar que tenha tipicamente influído na nossa economia do que o instituto do título de crédito. A vida econômica moderna seria incompreensível sem a densa rede de títulos de crédito; às invenções técnicas teriam faltado meios jurídicos para a sua adequada realização social; as relações comerciais tomariam necessariamente outro aspecto. Graças aos títulos de crédito pode o mundo moderno mobilizar as próprias riquezas; graças a eles o Direito consegue vencer tempo e espaço, transportando, com maior facilidade, representados nestes títulos, bem distantes e materializando, no presente, as possíveis riquezas futuras”<sup>84</sup>.

Os títulos de crédito são, portanto, responsáveis por abreviar o espaço e o tempo, engendram a dinamicidade do direito comercial, favorecem a circulação das riquezas. Não há

---

<sup>83</sup> LÔBO, P. L. N. *Código Civil Comentado*. Vol. XVI. São Paulo: Atlas, 2003, p. 258 e 259.

<sup>84</sup> ASCARELLI, Túlio. *Teoria Gera dos Títulos de Crédito*. Trad.: Nicolau Nazo. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 3. APUD TAVARES, P. R. Obra citada. P. 19.

como aceitar o artigo 1.647, III, CC. Logo, a expressão “aval” desse inciso III, deve, absolutamente, ser suprimida.

Resumimos a *vênia* de Wille Duarte Costa:

“Porque o aval não se equipara à fiança, não é nulo o aval de pessoa casada, mas pode ser invalidado pelo cônjuge que não deu seu consentimento para o aval... A ação de invalidação compete ao cônjuge prejudicado e a seus herdeiros. Esta invalidação de aval dado sem o consentimento do outro cônjuge, ou sem suprimento do juiz, só poderá realizar-se pelo cônjuge a quem cabia concedê-la. Lembre-se: como salienta o artigo 1.642 do novo Código Civil, qualquer que seja o regime de bens entre os cônjuges, tanto o marido quanto a mulher podem livremente demandar a invalidação do aval, realizado pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647 do novo Código Civil. O juiz poderá suprir a outorga, quando o cônjuge a denegue sem motivo justo ou lhe seja impossível concedê-la (art. 1.648 do novo Código Civil). Se o juiz não autorizar, quando necessário, tornará anulável o aval irregular, podendo o cônjuge que não autorizou pleitear-lhe a anulação, o que poderá fazer até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal. A aprovação do outro cônjuge torna válido o aval, desde que feita por instrumento público, ou por instrumento particular, autenticado. Embora tudo isto, o terceiro, prejudicado com a sentença favorável ao autor, terá direito regressivo contra o cônjuge que realizou o negócio jurídico, ou seus herdeiros (art. 1.646 do novo Código Civil)... Antes do novo Código Civil, o que é observado é a defesa da meação que pode ser feita pela mulher com base no art. 3º da Lei 4.121, de 27/08/1962;. Mas é preciso ficar dito que, quanto à defesa da sua meação, a mulher casada só terá sucesso se demonstrar, de forma bem clara, que o aval dado pelo marido não a beneficiou de forma alguma, direta ou indiretamente. Assim, o aval que o marido presta à sociedade (civil ou mercantil) de que faça parte acaba por beneficiar o casal, prejudicando a defesa da meação. Pode ser dito que o cônjuge que apenas consente no aval não é avalista, daí poder defender sua meação... De qualquer forma e na dúvida, o credor, havendo aval de homem casado ou de mulher casada, deve exigir que o outro cônjuge também assine como avalista. Com isto evitará não só a invalidação do aval, como uma possível defesa da meação por parte de qualquer deles.”<sup>85</sup>

Entendemos que deve prevalecer o aval dado em cambiais, ainda que sem a autorização de consorte, jamais declarando a nulidade da volição do cônjuge avalista, mas sim a anulabilidade, porque são interesses relativos a certas e determinadas pessoas. Suas obrigações, em casos de inadimplemento, afetarão a sua própria meação de bens, no âmbito da sociedade conjugal. Consignamos a *vênia* do Professor Newton de Lucca, sobre o inciso III do artigo 1.647:

“Inteiramente desarrazoada, a meu ver, tal inserção. Cabe anotar, em primeiro lugar, que ela não se compadece com a função eminentemente circulatória dos títulos de crédito. Seria abstruso que a outorga de um aval passasse a depender do exame de uma certidão de casamento a fim de exigir-se que, não sendo o regime de bens do casamento de separação absoluta, a autorização do outro cônjuge para a

---

<sup>85</sup> COSTA, W. P. *Títulos de Crédito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 202 e 2003.

outorga do aval...Parece fora de propósito, com efeito, que numa simples operação de empréstimo, lastreada numa duplicata mercantil de serviços, absolutamente corriqueira em nosso meio, seja introduzida uma complicação desse tipo.”<sup>86</sup>

Sobre a anulabilidade do negócio jurídico, esse é passível de confirmação pelas partes, podendo o negócio ser convalidado se vencido o prazo decadencial de dois anos. Esse prazo de dois anos é contado da data da dissolução da sociedade conjugal (separação consensual/litigiosa).

“Orientou-se a jurisprudência das turmas integrantes da 2ª seção do STJ no sentido de que em se tratando de aval prestado pelo marido em favor de empresa da qual é sócio, é de se presumir que o empréstimo que deu origem à dívida cobrada veio em benefício da família, daí cabendo à esposa meeira o ônus da prova” (R.Es. n.º 231.029-SP)

Poderá ainda, ser suprida a *venia* conjugal com a autorização posterior, através de instrumento público ou particular autenticado.

## 9.2 O AVAL EM CONTRATOS BANCÁRIOS

É necessário verificar a questão do aval em contratos bancários, especificamente na cambial “nota promissória”, sobre a continuidade da plenitude do direito cambial, isentos de quaisquer abstrações vinculadas aos contratos.

Quanto a esse item, é pertinente frisar que o aval não é contrato, vale por si mesmo como garantia solidária à obrigação a que adere. O aval pode ser pleno, quando é antecedido de declaração do avalista, ou em branco, quando simplesmente contém apenas a assinatura no título.

Logo, os avais são garantias aos contratos bancários, cujos quais aperfeiçoam-se através das notas promissórias vinculadas a esses variados contratos.

É importante distinguirmos os conceitos de “avalista” e “interveniente garantidor nos contratos”.

O garantidor em contrato bancário, o chamado “interveniente garantidor” do contrato, denominação subscrita e tipificada hodiernamente pelos bancos, nada mais são do que coobrigados e devedores solidários da obrigação contratual, nos termos dos artigos 275 a 285 do Código Civil, que legisla sob a solidariedade passiva.

---

<sup>86</sup> NEWTON, N. Obra citada, p. 205.

Quanto à garantia cambial, constituída através de nota promissória vinculada a contrato de mútuo bancário, por exemplo, se está deixa de circular, mesmo sendo hígdas todos as regras pertinentes ao Direito Cambial, há a seguinte pacificação: “o avalista de título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.” (Súmula n.º 26 do STJ).

“Contrato. Nota promissória. Aval. Fiança. Outorga uxória. O avalista de nota promissória, vinculada a contrato de financiamento, na qual este figure como coobrigado, responde, no contrato, como coobrigado solidário, nos termos dos artigos 896 e 904, ambos do CC (1916), e súmula n.º 26 do STJ. É que a pessoa denominada impropriamente de avalista em contrato, nada mais é do que o garantidor, isto é, o devedor solidário do contrato, e não fiador, sendo, por isso, desnecessária a outorga uxória.” (EMI 598 337 939, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos).

Nessa interpretação, temos que os avalistas são devedores solidários, consoante as disposições estatuídas da solidariedade passiva consignada no Código Civil, antes mencionada.

### 9.3 A LEI UNIFORME DE GENEVRA

Há afetação a lei uniforme, tendo em vista que as legislações que disciplinam o direito cambial, são leis especiais, logo tem prevalência sobre as disposições supletivas do Código Civil.

É precário o fundamento estatuído pelo inciso III do artigo 1.647 do Código Civil quando se refere ao aval.

Tanto há afetação a lei uniforme, que o Superior Tribunal de Justiça, nos dias 11, 12 e 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, aprovou propostas no sentido de que o aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inciso III do artigo 1647 apenas caracteriza a oponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu:

- a) Jornada STJ 114: “*O aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inciso III do artigo 1647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.*”<sup>87</sup>
- b) Jornada STJ 132: “*Proposta: suprimir a expressão “ou aval”, do inciso III do artigo 1.647 do novo Código Civil. Justificativa: Exigir anuência do cônjuge*

---

<sup>87</sup> NERY JÚNIOR, N. e NERY, R. M. A. *Código Civil Anotado e legislação em vigor*. 2ª ed. São Paulo: Rt, 2003, p. 1233.

*para a outorga de aval é afrontar a Lei Uniforme de Genebra e descaracterizar o instituto. Ademais, a celeridade indispensável para a circulação dos títulos de crédito é incompatível com essa exigência, pois não se pode esperar que, na celebração de um negócio corriqueiro, lastreado em cambial ou duplicata, seja necessário, para a obtenção de um aval, ir à busca do cônjuge e da certidão de seu casamento, determinadora do respectivo regime de bens”<sup>88</sup>.*

“Embargos de Terceiro. Mulher Casada. Aval Prestado pelo Marido. Ônus da Prova. Constitui ônus do cônjuge provar que as dívidas contraídas pelo outro não reverteram em benefício da família. Em caso de aval, é de presumir-se o prejuízo. Sendo o cônjuge executado, entretanto, sócio da empresa avalizada, não prevalece a presunção, fazendo-se necessária aquela prova. Orientação do STJ que se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida (Súmula n.º 83 STJ: Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida). A exclusão da meação do cônjuge deve ser considerada em cada bem do casal e não na indiscriminada totalidade do patrimônio (Resp n.º 200.251 – SP). Recurso Especial não conhecido.” (Resp. 434.681/RS; Recurso Especial 2002/0010112-9, 24.02.2003, Ministro Barros Monteiro)

Entendemos ser precário o fundamento estatuído pelo inciso III do art. 1647 do Código Civil, quando se refere ao aval.

---

<sup>88</sup> NERY JÚNIOR, N. e NERY, R. M. A. *Código Civil Anotado e legislação em vigor*. 2ª ed. São Paulo: Rt, 2003, p. 1235 e 1236.

Coligimos, por fim, o Projeto de Lei 2.982/04, que disciplina a responsabilidade subsidiária do avalista no resgate de título de crédito, ora tramitando pela Câmara dos Deputados, de autoria do deputado Manoel Salviano (PSDB/CE), que disciplina a responsabilidade subsidiária do avalista no resgate de título de crédito. O projeto determina, no entanto que, em qualquer hipótese subsiste a responsabilidade do avalista sobre a obrigação por ele avalizada, à exceção de vícios de forma.

A proposta está sendo examinada pela Comissão de Economia, Indústria e Comércio, onde aguarda a designação de relator, conforme dados obtidos em 24 de março de 2004, através da Agência Câmara.

Pelo projeto, há um verdadeiro regramento legal *numerus clausus* atinente ao processo executivo dos avais nos contratos de mútuo, entre outros, estabelecendo ordens de preferência para fins de execução judicial ou extrajudicial do aval, sendo assim definida as preleções em ordem processual:

- 1º- o devedor originário ou emitente do título de crédito;
- 2º- o avalista que figurar em primeiro lugar na cadeia de avalistas;
- 3º- os demais avalistas, sempre observando o direito de preferência de um sobre o outro;

A proposta ainda estabelece que a cobrança executiva contra os avalistas só poderá ser iniciada depois de encerrado, por sentença judicial, o processo de execução contra o emitente do título de crédito – o devedor principal, no caso. Se na execução do primeiro avalista, o credor não obtiver o valor total do seu crédito, subsistirá apenas o valor remanescente para a execução dos demais avalistas. Ao avalista que pagou primeiramente a obrigação contida no título fica assegurada a ação de regresso sobre os demais avalistas.

Subscreve o autor desse projeto, o fundamento da má utilização do aval, principalmente em operações bancárias, porque, devido ao seu caráter de obrigação solidária, os bancos acionam, ao mesmo tempo ou sem qualquer ordem de preferência, o devedor principal e o(s) avalista(s).

“Especialmente em contratos de mútuo, observa-se que os departamentos jurídicos de banco preferem executar primeiro o avalista e só mais tarde o devedor principal. Assim, os bancos concedem o crédito visando ao patrimônio dos avalistas do que o do devedor principal, não fazendo, por isso, análises de créditos rigorosas sobre o patrimônio e a capacidade de pagamento do devedor”<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Redação do Deputado Manoel Salviano (PSDB/CE).

Obviamente que esse projeto desnatura, também, o caráter autônomo e solidário do instituto do aval, afrontando a Lei Uniforme de Genebra, uma vez que visa unicamente a proteção da parte contratante hipossuficiente, bastante precariamente fundamentando, desprovido de uma interpretação crítica do direito.

Há uma inversão de institutos, aval e fiança, onde há conotação de respeitabilidade de execução ao devedor principal, para somente após excutirmos o aval. Absorve princípio pacificado pela fiança: o benefício de ordem.

Os argumentos do autor do projeto, carecem da higidez pertinente às interpretações dos princípios gerais do direito cambial, amplamente citados nos discorrer da monografia.

## 11 CONCLUSÃO

Por todo o exposto na presente monografia, afeto ao instituto do aval e sua aplicabilidade evidenciada em contratos bancários, coligimos indubitavelmente a afetação consignada pelo Código Civil, que tolheu a sua cambiabilidade na fixação da exigência de autorização de consorte para a sua prestação.

O aval é instituto típico do direito cambiário, podendo ser dado somente em títulos de créditos, como demonstrado nas incursões específicas às pertinentes legislações afetas ao cheque, duplicata, letra de câmbio e nota promissória, estes os principais títulos. Há, contudo a exceção apresentada pela Súmula 258 do STJ, como antes mencionado.

Não há “aval” prestado fora dos títulos de créditos específicos, cujas formalizações visualizam-se pelas assinaturas lançadas no verso ou no anverso dos títulos, propriamente. Jamais poderá ser prestado em instrumento à parte, ainda que referencie ao próprio título avalizado, consoante fundamento do artigo 898 do Código Civil.

O “Aval” prestado em contratos, somente existe quando lançado em uma cambial adstrita a este contrato propriamente.

Quaisquer outras situações, nada mais são do que obrigações solidárias ao próprio contrato, constituindo-se em solidariedade passiva, que eventualmente podem ser equiparadas à fiança, desde que atendam os requisitos essenciais desta.

Entendemos que há a plenitude do aval prestado sem a autorização do consorte, com todos os direitos e obrigações inerentes à cambial.

Assim, a exigência estabelecida pelo artigo 1.647, III, do Código Civil, para o qual somente é possível prestar o aval com autorização do cônjuge, não inviabilizaria o instituto, porque as orientações que hoje deverão prevalecer, seguirão a proteção da meação do cônjuge ou companheiro, quando por estes suscitadas.

Logo vislumbramos que a cobrança do aval hoje, especialmente através de ações de execuções de títulos extrajudiciais, nos casos que se configurarem a inexistência de autorização conjugal, caberá ao cônjuge que se sinta prejudicado, a sua oponibilidade através de embargos de terceiro, visando a defesa da meação de bens.

Aliás, como presentemente ocorrem, os cônjuges que se sentem tolhidos em seus direitos, opõem embargos de terceiros para a defesa de seus bens.

Indubitavelmente interpretamos um excesso de proteção do legislador, ao promulgar o Código Civil com o teor constituído pelo artigo 1.647, em seu inciso III.

Verificamos a intenção da proteção à família, eis que somente incide a regra em comento aos casamentos cujos regimes sejam da comunhão parcial ou universal de bens e aos companheiros sob o regime de união estável, que não tenham realizado contrato entre si, estipulando a separação absoluta de bens. A exigência da autorização através de outorga uxória ou *vênia* marital, certamente retarda a dinamicidade célere exigida pelo direito comercial.

Aliás, anteendo esse problema entre as partes contratantes e a óbvia procrastinação dos negócios que vinculam o aval, especialmente os contratos afetos aos empréstimos em geral, promulgaram-se as jornadas de estudos pelo STJ, em setembro de 2002, como antes descritas. Ainda que julgados não que tenham tramitado ao STJ, para a fixação jurisprudencial, entendemos que prevalecerão os entendimentos exarados nas duas Jornadas ora citadas.

Quanto ao mencionado projeto de lei 2.982/04, se eventualmente for chancelado, definitivamente restringirá o aval de nosso direito, pois reduzirá dramaticamente seu alcance e objetivo, que são a autonomia e a função de garantia e satisfatividade do credor nas mais diversas operações de créditos.

Sobre a aplicabilidade do instituto do aval perante os contratos bancários, vimos sua larga utilização, especialmente nos contratos de mútuo e contratos de contas correntes, como forma de garantia, visando à proteção de ativos dessas instituições financeiras, nas eventuais inadimplências.

Interpretamos a eficácia das aplicabilidades das legislações afetas ao aval, na seguinte ordem de preferências:

- 1º) Legislação Especial: Lei Saraiva, Lei Uniforme de Genebra, Lei do Cheque, Lei das Duplicatas, Decreto Lei 167/67, entre outras;
- 2º) Código Civil;
- 3º) Código de Defesa do Consumidor.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AULETTA, SALANITRO, GIUSEPPE, NICCOLÒ, *Diritto commerciale*, 7.ed., Milano/IT: Giuffrè Editore, 1991;

BOITEUX, Fernando Netto, *Títulos de crédito “em conformidade com o novo Código Civil”*. São Paulo: Editora Dialética, 2002;

BRUSCATO, Wilges. *Títulos de crédito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001;

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2003;

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2003;

COLLANA, Bárbara, *Dizionario della lingua italiana*. Trento/IT: 1994;

COSTA, Wille Duarte, *Títulos de crédito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, 5º volume, direito de família, 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2002;

\_\_\_\_\_, *Tratado teórico e prático dos contratos*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002;

FIUZA, Ricardo, *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002;

GARCINDO, ZEIDLER, CLETO, Alfredo Oliveira Filho, Ervin Fernando, Josaphat Porto Lona, *Jurisprudência Cível do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Idealgraf, 1999;

GOMES, Orlando. *Contratos*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994;

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Aval – Alcance da responsabilidade do avalista*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993;

LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Código Civil comentado, direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial*, Volume XVI, Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Editora Atlas S.A – 2003;

LUCCA, Newton de, *Comentários ao novo Código Civil*, volume XII. Rio de Janeiro: Forense, 2003;

LUZ, Aramy Dornelles da, *Negócios jurídicos bancários*, 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999;

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Títulos de créditos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996;

MAJO, Adolfo di, *Códice civile con la costituzione, il trattato C.E.E (Comunità Economiche Europee) e le principali norme complementari*, 5. ed., Milano/IT: Giuffrè Editore, 1991;

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994;

MIRANDA, Pontes de, *Tratado de direito privado*, parte especial, tomo XXXIV, 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1972;

\_\_\_\_\_, *Tratado de direito cambiário*, Volume II, Nota Promissória, Atualizador Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000;

MONTORO, André Franco, *Introdução à ciência do direito*, 20.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 1991;

NEGRÃO, Theotonio, *Código Civil e legislação civil em vigor*. 22. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003;

NERY JÚNIOR, N. e NERY, R. M. A. *Código Civil Anotado e legislação em vigor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003;

OLIVEIRA, Celso Marcelo de, *Teoria geral dos contratos - Tratado de direito bancário*. Campinas: LZN Editora, 2002;

PAES, P. R. Tavares, *O aval no direito vigente, doutrina, jurisprudência e legislação*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993;

PEREIRA, Caio Mario da, *Instituições de Direito Civil*, volume III, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003;

PINTO, WINDT, SIQUEIRA, Antonio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos, Luiz Alves de Siqueira, *Código comercial*, 45. ed. São Paulo, Saraiva, 2000;

- REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2003;
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contrato de Crédito Bancário*, 5. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;
- ROSA, Luiz Emygdio Franco da Rosa Jr., *Titulos de crédito*, 2. ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002;
- SILVA, De Plácido e, *Noções práticas de direito comercial*, 14. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999;
- SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987;
- SURGIK, Aloísio, *Lineamento do processo civil romano*. Curitiba: Livro é Cultura, 1990.
- VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: contratos em espécie*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003;