

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 9

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2012

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Coordenação: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Théophile de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 9 (julho/dezembro 2012)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-
v.

UERJ
Campinho Advogados
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

**AVALISTA CASADO: INTERFERÊNCIAS DO
DIREITO DE FAMÍLIA NO DIREITO CAMBIÁRIO**

**AVALLISTA CONIUGATO: INTERFERENZE DEL DIRITTO DI
FAMIGLIA NEL DIRITTO CAMBIARIO**

Lilian Patrus Marques

Resumo: O presente ensaio trata do aval prestado por indivíduo casado e da necessidade de outorga conjugal para a concessão dessa garantia cambiária, bem como do paradoxo criado pela inserção dessa exigência no Direito Cambiário. Inicialmente, são mencionados aspectos históricos do tema no Direito Brasileiro, desde o final do século XIX até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que, por meio do art. 1.647, inciso III, positivou a outorga do cônjuge como requisito de validade do aval. Em seguida, considerando a jurisprudência dos Tribunais Brasileiros e a doutrina civilista, busca-se esclarecer as consequências do aval dado sem a exigida outorga conjugal; ou seja, se seria possível ou não invalidar a garantia prestada sem esse requisito (CC, art. 1.649). Por fim, são tratadas algumas questões análogas ao instituto e de importante repercussão prática, como os direitos de terceiros prejudicados pela invalidação da garantia, as diferenças entre outorga conjugal e aval simultâneo e o reflexo da autorização sobre o patrimônio do casal.

Palavras-chave: Direito Cambiário; Direito de Família; outorga conjugal; aval; nulidade; ineficácia; direitos de terceiros; aval simultâneo; responsabilidade patrimonial.

Riassunto: Questo saggio si riferisce all'avallo concesso dal soggetto coniugato e alla necessità del consenso coniugale per la concessione della garanzia cambiaria, così come del paradosso sorto dall'inserzione di questa esigenza nel Diritto Cambiario. Inanzitutto, sono menzionati aspetti storici del tema nel Diritto Brasiliano, dalla fine del XIX secolo, fino all'entrata in vigore del Codice Civile del 2002, che, per mezzo dell'art. 1.647, inciso III, ha positivamente il consenso coniugale come presupposto di validità dell'avallo. Inoltre, partendo dalla giurisprudenza dei Tribunali Brasiliani e dalla dottrina civilista, si cerca di chiarire le conseguenze dell'avallo dato senza il consenso coniugale; cioè, se sarebbe possibile o meno invalidare la garanzia concessa senza questo presupposto (CC, art. 1.649). Alla fine, sono trattati alcune questioni simili all'istituto e di importante repercussione pratica, come i diritti dei terzi lesionati dall'invalidazione della garanzia, le differenze tra consenso coniugale e avallo simultaneo ed il riflesso dell'autorizzazione sul patrimonio della coppia.

Parole chiavi: Diritto Cambiario; Diritto di Família; consenso coniugale; avallo; nullità; inefficacia; diritti di terzi; avallo simultaneo; responsabilità patrimoniale.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Nota histórica sobre o aval prestado por indivíduo casado. 3. O alcance nas disposições do Código Civil de 2002 sobre a necessidade de outorga conjugal no aval. 3.1. Ineficácia, nulidade ou anulabilidade? 3.2. O direito do terceiro prejudicado com a invalidação do aval dado sem outorga do cônjuge. 4. Outorga conjugal e aval simultâneo. 5. Reflexo da autorização sobre o patrimônio do casal. 6. Conclusão.

1. Introdução

O aval é uma garantia cambiária típica, utilizada apenas para os títulos de crédito¹. Pode ser fornecida por um dos subscritores do título ou por terceiros e tem por objetivo reforçar o crédito cambiário

original preexistente, através da constituição de nova obrigação cambiária².

A respeito do instituto, merece destaque sua função econômica, na medida em que favorece a circulação de riquezas por meio da valorização da confiança, possibilitando o trespasse do documento entre diversos tomadores³. A exigência, por parte do credor, de que o título seja garantido por aval não traduz simplesmente uma preocupação em reduzir o risco de inadimplemento, mas visa, outrossim, a resguardar a predominante função de circulação dos títulos de crédito:

Se toda a construção doutrinária dos títulos de crédito teve como preocupação propedêutica facilitar a circulação das riquezas, daí resultando todo o fenômeno da inoponibilidade das exceções extracartulares em relação ao terceiro portador de boa-fé, torna-se de perceptibilidade imediata que o aval desempenha o papel de colaborador nessa função de circulação dos títulos⁴.

Por razões óbvias, se há maior probabilidade de que o crédito inserido no título venha a ser integralmente satisfeito pela existência

1 Nesse sentido: ROSSI, Guido. *L'avallo come garanzia cambiaria típica*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962, p. 16.

2 ROSSI, Guido. *L'avallo come garanzia cambiaria típica*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962, p. 14.

3 DE LUCCA, Newton. O aval. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXXX, 1985, p. 342. Conforme destaca Héctor Alegria: “El reforzamiento del crédito se logra así mediante la actuación de un sujeto con esa intensidad específica, con lo que se obtiene en definitiva una más fluida posibilidad de circulación del documento, pues le agrega su responsabilidad como valorizador objetivo de confianza. O El aval, en especial, no es visto hoy como disfavor ni como señal de ausencia de crédito, sino como recaudo normal y, a veces, como valorizador de la firma del deudor avalado, quien ha inspirado una confianza a tal grado que merece su exteriorización cambiaria objetiva en un acto de pura garantía”. (*El aval*, Buenos Aires: Astrea, 1982, p. 4).

4 DE LUCCA, Newton. O aval. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LXXX, 1985, p. 343.

de um número maior de coobrigados, certamente, sua circulação será facilitada. Ademais, a segurança do título é reforçada pela autonomia entre as obrigações do avalista e do avalizado e pelas formalidades inerentes ao direito cartular.

Segurança é, portanto, um atributo essencial aos títulos de crédito, sem o qual não se poderia realizar sua função precípua de transportar, no tempo e no espaço, as riquezas que lhe são incorporadas⁵.

O Código Civil de 2002 inovou no que diz respeito ao aval, ao estabelecer, no art. 1.647, inciso III, que nenhum dos cônjuges pode prestar tal garantia sem a autorização do outro, exceto se o regime do casamento for o da separação absoluta⁶.

Trata-se, como observa a doutrina⁷, de indevida intromissão do direito de família na regência dos títulos de crédito. Ao passo que o direito cambiário preocupa-se em resguardar a segurança do crédito inserido na cártula, facilitando sua circulação e utilização em larga escala no comércio por meio da valorização dos atributos de literali-

5 GALIZZI, Gustavo Oliva; FÉRES, Marcelo Andrade. Aval entre a legislação cambiária e o Código Civil de 2002. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. III, nº 11/2004, p. 343. Rachel Sztajn e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa prelecionam que, em matéria de títulos de crédito, “a certeza e a segurança do direito são absolutamente essenciais. (...) Função dos títulos de crédito, espécie particular de documento, é tornar mais simples, rápida e segura a circulação da riqueza mobiliária, agilizando operações no tráfico negocial”. (A disciplina do aval do novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 128, p. 33-34).

6 Há quem defenda a impossibilidade de o Código Civil conter previsão distinta do que determina o Decreto 57.663/1966, porquanto este decorre da incorporação da Lei Uniforme de Genebra ao nosso ordenamento, por meio da assinatura de um tratado. Assim, o tratado não poderia ser revogado por simples lei ordinária. O STF, no entanto, decidiu em sentido contrário, no julgamento do RE 80.004/SE. Para uma análise mais completa do tema, conferir: ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; OLIVEIRA, Jacilene Ribeiro. Conflito entre o novo Código Civil e a Lei Uniforme de Genebra quanto à obrigatoriedade da outorga uxória para a validade do aval. *Revista dos Tribunais*, nº 810, abr/2003, p. 15-20.

7 Rachel Sztajn e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa destacam que, por meio das previsões nos artigos 887 e 1.647, III, o Código Civil criou uma “dicotomia perversa”. (A disciplina do aval do novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 128, p. 37-38).

dade e autonomia (art. 887 do *codex*), no capítulo referente à família, o legislador procurou proteger o patrimônio comum dos cônjuges, exigindo a aquiescência do marido/mulher para prestação do aval, tal como ocorre com a fiança. Segundo Gustavo Oliva Galizzi e Marcelo Andrade Féres:

É difícil conceber uma exigência de tal monta, manifestamente contrária aos princípios sobre os quais repousam a rapidez e a segurança da circulação cambiária. Como conciliar com tais princípios uma exigência que obriga os adquirentes do título a procederem a uma indagação prévia, fora dele, a respeito do estado civil dos respectivos avalistas? A proteção do patrimônio do casal é uma aspiração acima de tudo louvável, mas é contraproducente querer realizá-la tornando praticamente inacessível ao cônjuge casado na condição acima referida o uso de um instituto precioso como o título de crédito⁸.

Justamente em face da incongruência gerada pela lei civil, a doutrina e a jurisprudência têm se debatido quanto à aplicação e à abrangência do inciso III do art. 1.647 do *codex*. Sem embargo da disposição legal, desde a publicação do Código Civil até hoje prevalece o entendimento de que “o aval não pode ser anulado por ausência de vênia conjugal, de modo que o inciso III do art. 1.647 apenas caracteriza a oponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu”⁹.

A exigência de outorga conjugal no aval também deu ensejo à discussão se o consorte estaria sempre se obrigando como avalista ou não, ao apor sua firma no título. Ademais, estaria a norma em questão dando margem a que o garantidor e seu cônjuge possam se beneficiar da própria torpeza, ocultando seu estado civil no momento de assina-

8 GALIZZI, Gustavo Oliva; FÉRES, Marcelo Andrade. Aval entre a legislação cambiária e o Código Civil de 2002. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. III, nº 11/2004, p. 336.

9 Entendimento firmado na *Jornada de Direito Civil*, realizada no Superior Tribunal de Justiça nos dias 11 a 13 de julho de 2002. Conforme: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao art. 1647 do Código Civil, *In: AZEVEDO, Álvaro Villaça* (coord.). *Código Civil Comentado*, vol. XVI, São Paulo: Atlas, 2003, p. 259.

tura da cártula? Quais as consequências da autorização sobre o patrimônio do casal? E qual seria a sanção legal aplicável ao ato viciado: ineficácia, nulidade ou anulabilidade?

O objetivo do presente trabalho é abordar as questões acima e outras pertinentes ao tema. Tratar-se-á, portanto, da exigência legal de que o cônjuge autorize a concessão de aval pelo seu consorte, com espeque no entendimento da doutrina e dos tribunais pátrios acerca do tema.

De início, porém, faz-se necessário realizar uma breve digressão histórica a respeito da legitimidade do indivíduo casado para prestar aval. A discussão está presente no direito brasileiro desde a década de 1920, especialmente pela aproximação feita por alguns entre aval e fiança. Posteriormente, com a edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), a controvérsia foi sepultada, tendo ressurgido com a publicação do Código Civil em vigor.

2. Nota histórica sobre o aval prestado por indivíduo casado

A posição jurídica do aval prestado pelo marido sem a outorga uxória¹⁰ já foi objeto de amplo debate no direito brasileiro.

O Código Civil de 1916 dispunha, em seu art. 235, inciso III, que o marido não podia prestar fiança sem o consentimento da mulher. Tal norma levou a doutrina da primeira metade do século passado a discutir se a necessidade de outorga uxória deveria também ser estendida ao aval.

Com efeito, a vênua conjugal para a alienação, afetação do patrimônio ou para prestar garantia pessoal decorre de uma preocupa-

10 A expressão outorga conjugal é mais ampla, pois abarca tanto a outorga uxória (da mulher) quanto a outorga marital (do homem). Contudo, desde a Constituição de 1988, a distinção é apenas terminológica, pois, com a consagração do princípio da isonomia entre homem e mulher, os efeitos de ambos os institutos são os mesmos.

ção do legislador em instituir um controle recíproco dos cônjuges sobre os bens do casal¹¹. Em prol desse controle, criou-se uma restrição ao exercício da autonomia privada no âmbito do direito patrimonial de família¹², a fim de que alguns negócios jurídicos de disposição praticados individualmente por pessoas casadas demandem autorização do consorte para serem considerados válidos. Desse modo, aparentemente, a finalidade da norma estaria esvaziada caso o marido pudesse avaliar sem o consentimento da mulher¹³.

A respeito do tema, adquiriu notoriedade a posição propedêutica de Antônio Magarinos Torres, expressada ainda na década de 1920, segundo a qual o aval teria paridade com a fiança; ou seja, ambos traduziriam uma obrigação de garantia, com semelhanças de ordem econômica¹⁴. O autor, muito embora reconheça a distinção exis-

11 Carvalho Santos destaca que tanto o marido quanto a mulher têm o dever de prover o sustento da família e contribuir para as despesas do casal. Assim, como os imóveis oferecem “base segura ao bem estar da família”, o cônjuge virago tem “interesse direto em intervir nas alienações dos mesmos e nos litígios, fiscalizando a ação do marido no intuito de evitar possíveis dilapidações”. Citando Clóvis Beviláquia, prossegue: “A fiança compromete os bens do fiador impossibilitando de cumprir sua obrigação de sustentar a família nas condições em que poderia fazer sem o ônus pesado que assumisse, sem correspectivo. A situação econômica em cujo gozo se acha a família pode ser irremediavelmente perdida por uma imprudência do marido. É justo que não dê semelhante passo sem acordo daquela cuja sorte prendeu à sua, e cujo amor pela prole comum há de fazer previdente e cautelosa”. (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IV, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 363, 364 e 379).

Outra não é a posição do Superior Tribunal de Justiça: “A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de *controle da gestão patrimonial*, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento” (STJ, REsp n. 1.163.074, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 4.2.2010).

12 Nesse sentido: BENINCASA, Vanessa. *Regimes patrimoniais da família*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004, p. 96.

13 Nesse sentido: CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IV, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 379-380 e TORRES, Antônio Magarinos. *Nota promissória* (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira), ed. fac-sim, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2003, p. 173.

tente entre os dois tipos de garantia pessoal, preocupa-se, sobretudo, em resguardar a teleologia do art. 235, III, do diploma civilista revogado, qual seja, a tutela ao patrimônio familiar, instituindo uma preponderância do direito de família sobre os princípios que regem o direito cambial. Logo, defende a necessidade de autorização conjugal também para que o indivíduo casado possa avalizar título de crédito.

A posição do autor, certamente, não ficou imune a críticas, escoradas, principalmente, no conceito e na finalidade econômica da cambial, que se traduz em um título destinado a circular fácil e fiduciariamente¹⁵.

De fato, a circulação dos títulos cambiais é protegida por meio de princípios rigorosos, que admitem temperanças apenas em situações excepcionais. Em benefício da segurança dos títulos de crédito, “a aparência, a forma, a vontade declarada valem mais do que a substância, o fundo, a vontade real que não se manifestou ou que se manifestou nos termos da declaração cambial”¹⁶. O direito dos terceiros de boa-fé que adquiriram o título ignorando os vícios de origem é tutelado de forma quase absoluta pelo direito cambial, sob pena de se desnaturar sua larga utilização no comércio. Assim, justamente porque a cambial foi pensada para circular livremente, não se poderia interpretar extensivamente o § 3º do art. 235 do Código Civil de

14 Magarinos Torres assim argumentou a respeito do tema: “Quanto ao aval do home casado, comerciante ou não, (...) sou de parecer que o aval, neste caso, por paridade com a fiança, que é apenas annullavel, e só pela mulher ou pelos herdeiros della, é vallido como acto cambial e obriga a meação da mulher enquanto por ela não for annullado. Mas pode ser annullado por falta de autorização. A expressão *fiança* do Código Civil, para não ser ludibriada, não pode deixar de entender-se no sentido genérico, de obrigação de garantia, e o aval tem esse caráter (...). É justamente nisso que o aval se assemelha à fiança”. (TORRES, Antônio Magarinos. *Nota promissória* (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira), ed. fac-sim, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2003, p. 172).

15 CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IV, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 381.

16 BORGES, João Eunápio. *Do aval*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 52.

1916, obrigando os adquirentes a uma indagação prévia acerca do estado civil dos respectivos avalistas¹⁷.

Nesse contexto, a fim de afastar interpretação extensiva da norma que impunha outorga conjugal para validade da fiança, adquiriu grande relevância a distinção entre este instituto e o aval¹⁸; justamente para demonstrar que, pelas características de cada um, as restrições impostas à liberdade de afiançar não se coadunam com os pilares do direito cambial.

Lembre-se de que a fiança é uma obrigação acessória, secundária e adjeta, decorrente de um contrato, ao passo que o aval corresponde a uma declaração unilateral e é autônomo, principal e independente do dever assumido pelo avalizado. Muito embora exista um vínculo formal entre o aval e a obrigação avalizada, substancialmente, são completamente autônomos, de modo que a garantia não se prejudica por eventual nulidade da primeira firma ou incapacidade de seu signatário¹⁹, como está regulado no art. 32 da Lei Uniforme de Genebra²⁰.

17 CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IV, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 381. No mesmo sentido, posicionou-se Pontes de Miranda: “Desde logo observemos que a hipótese de ato cambiário anulável é de extravagância sem par diante dos princípios de direito cambiário, que é direito fundado na aparência, onde o próprio título criado pelo louco pode vir a existir, validamente, no direito cambiário, se, ficando curado e capaz, concorre para que a generalidade confie na aparência do título”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, tomo XXXIV, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 388).

18 A respeito do direito estrangeiro, João Eunápio Borges dá notícia de que, na Alemanha e na Espanha, de acordo com a doutrina dominante, aval não se confunde com fiança, pois é ato substancialmente autônomo e independente da obrigação garantida. A França, por outro lado, conceitua aval como fiança, derivando-se para o avalista um vínculo acessório. Por fim, na Itália e na Argentina, segundo João Eunápio, as opiniões são divergentes. Para maiores detalhes, conferir: BORGES, João Eunápio. *Do aval*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 24-42.

19 BORGES, João Eunápio. *Do aval*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 41.

20 Art. 32 LUG: “O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada. A sua obrigação mantém-se, mesmo no caso de que a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que não seja vício de forma”.

Assim, diferentemente do que ocorre com a fiança, o avalista fica vinculado à declaração unilateral de vontade por ele expressa no título, razão pela qual não pode se opor ao pagamento alegando matérias atinentes à origem da cártula ou ligadas à pessoa do avalizado²¹. Em se tratando do contrato de fiança, por outro lado, a nulidade da obrigação principal acarreta a extinção da garantia automaticamente, porquanto se trata de pacto acessório e subordinado ao principal²².

Além disso, apenas a fiança admite a invocação, pelo garantidor, do benefício de ordem, disciplinado no art. 827 do Código Civil, ao passo que, no aval, o sujeito passivo da obrigação não tem como se esquivar do pagamento com base nesse instituto.

Na década de 1960, a Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) colocou um ponto final na discussão que se vinha travando a respeito do tema, ao dispor, em seu art. 3º: “Pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casado pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação”.

Desse modo, consolidou-se o entendimento de que a garantia cambiária sem o consentimento do cônjuge é considerada negócio jurídico válido. Para que o credor lograsse atingir todo o patrimônio do casal deveria provar que a dívida trouxe benefício à sociedade conjugal como um todo²³. Do contrário, respondia pela execução do débito apenas o patrimônio daquele que se obrigou no título. Tratam-

21 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. O aval e a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 35, jan-mar/2007, p. 49-50.

22 VIZZOTTO, Tamara Benetti. Ineficácia relativa da fiança concedida sem a outorga conjugal. *Revista da Ajuris*, nº 104, dez/2006, p. 331.

23 Nesse sentido: TAVARES PAES, Paulo Roberto. *O aval no direito vigente*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27-28; PARADA, Deise Maria Galvão. *Regime de bens entre cônjuges*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

do-se de avalista casado, tal garantia era reduzida ao seu patrimônio pessoal e à sua meação.

O Código Civil de 2002 alterou o regime quanto aos requisitos para que o indivíduo casado avalize obrigação cambiária, ao instituir a invalidade da garantia prestada sem a vênua conjugal. Como era de se esperar, foram levantadas inúmeras críticas contrárias a essa exigência as quais, na sua maioria, reiteram os argumentos que, na primeira metade do século XX, foram utilizados para combater as ideias de Magarinos Torres.

De acordo com o regime legal instituído pelo Código Civil, portanto, é obrigatória a autorização do cônjuge para a concessão de aval, exceto se o regime de bens do casamento for o da separação absoluta.

3. O alcance nas disposições do Código Civil de 2002 sobre a necessidade de outorga conjugal no aval

Feita a evolução histórica acerca do tema, passa-se a discorrer, brevemente, acerca do regime instituído pelos artigos 1.645 a 1.650 do Código Civil de 2002.

A outorga conjugal para a concessão de aval é exigida pela lei em quase todas as hipóteses. Diversamente do diploma de 1916, que impunha essa autorização independentemente do regime de bens, o *codex* em vigor não estende tal exigência àqueles que forem casados sob o regime da separação absoluta. A redação do *caput* do art. 1.647, contudo, deixa margem à dúvida quanto à qual regime de separação o legislador faz referência: apenas ao regime da separação voluntária de bens ou também ao da separação obrigatória²⁴.

24 Esse questionamento é levantado com propriedade por Débora Gozzo, que conclui que a norma em questão abarcaria ambos os regimes de separação de bens. (Apontamentos sobre o patrimônio no casamento e na união estável, *In*: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça assentou que apenas em se tratando do regime da separação voluntária de bens há dispensa da outorga uxória ou marital para a prática dos atos enumerados no art. 1.647 do *codex*. Por outro lado, caso o avalista seja casado com separação legal de bens, permanece a obrigatoriedade de anuência de seu consorte²⁵.

No julgamento do recurso especial nº 1.163.074, a terceira turma do STJ consignou que a expressão “*regime da separação absoluta*”, presente no *caput* do art. 1.647 do Código Civil, refere-se apenas ao regime da separação convencional, pois, na separação obrigatória de bens, os consortes não manifestaram sua vontade no sentido de que cada um ficará como senhor absoluto de seu patrimônio após o casamento. Além disso, nos termos da súmula 377/STF, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, de modo que, “neste regime, ao contrário do que ocorre na separação convencional, cada cônjuge guarda consigo a expectativa de, eventualmente, se beneficiar de parcela do patrimônio do outro”²⁶. Logo, prevaleceria a necessidade de se manter o con-

Cerqueira; ROSAS, Roberto (coords.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148-149.

25 “1. É necessária a vênua conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil. 2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. 3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil” (STJ, REsp 1163074/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 04.02.2010).

No mesmo sentido: STJ, REsp 1199790/MG, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), Terceira Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 02.02.2011.

26 Trecho do voto proferido pelo Ministro Massai Uyeda, no julgamento do REsp 1163074.

trole da mulher sobre os atos de alienação e afetação patrimonial do marido e vice-versa.

Portanto, sempre que o regime de bens do casamento for o da comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aquestos²⁷ ou da separação obrigatória de bens é imprescindível a outorga conjugal. Dispensa-se a autorização apenas quando se estiver diante do regime da separação voluntária.

A autorização do cônjuge para a concessão de aval, caso seja denegada sem motivo ou quando o cônjuge não puder concedê-la, poderá ser suprida judicialmente (art. 1.648, CC).

Ausente a outorga e caso ela não tenha sido suprida por ato judicial, o aval ficará sujeito à invalidação, que poderá ser pleiteada apenas pelo cônjuge prejudicado ou seus herdeiros (art. 1.645 e 1.650, CC), no prazo decadencial de dois anos a contar do término da sociedade conjugal (art. 1.649, CC).

O Código Civil não determina forma específica para o ato de autorização do consorte. Contudo, nos termos do art. 220 do mesmo diploma, preferencialmente, a anuência deverá ser prestada no próprio título. Contudo, a lei civilista não veda que a outorga seja materializada em instrumento apartado, inclusive porque se admite seja prestada *a posteriori* (art. 1.649, parágrafo único).

Ressalte-se, no entanto, que tal previsão confronta diretamente com o princípio da literalidade, aplicável aos títulos de crédito, que impõe seja levado em conta apenas o que consta da cártula, não valendo qualquer obrigação ou declaração aposta em documento em separado²⁸.

27 Com relação ao regime da participação final nos aquestos, o art. 1.656 do Código Civil autoriza que se convençione a dispensa da necessidade de outorga conjugal.

28 Bruno Vaz de Carvalho defende, no entanto, que “admitida a necessidade de outorga para a validade do aval, sua concessão em documento separado não teria o condão de viciar o aval, já que a outorga não tem natureza cambial, o que afastaria a necessidade de que fosse prestada

A incongruência gerada pelo Código Civil de 2002 entre a disciplina dos títulos de crédito e a obrigatoriedade de autorização do cônjuge para concessão de aval refletiu na jurisprudência dos Pretórios estaduais que, até hoje, vacilam na aplicação literal do inciso III do art. 1.647 do diploma em vigor.

Logo após a publicação do *codex*, durante seu período de *vacatio legis*, por ocasião da I Jornada de Direito Civil, levada a efeito no Superior Tribunal de Justiça em junho de 2002, decidiu-se por interpretar o inciso III do referido dispositivo que trata da outorga do cônjuge no sentido de que “o aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu”. Note-se que esse enunciado manteve a disciplina anterior, instituída pelo Estatuto da Mulher Casada, preservando-se, a despeito das disposições do Código Civil de 2002, a validade da garantia prestada sem a vênua conjugal do avalista.

Na esteira desse entendimento, encontram-se vários julgados de diversos Tribunais estaduais determinando a validade do aval prestado sem autorização do consorte, que poderá defender sua medida em eventual execução da obrigação cambial assumida por seu marido/mulher:

A melhor exegese do disposto no art. 1647, III, do CC/02 é, segundo o que restou assentado na Jornada STJ 114, que: ‘O aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III, do art. 1647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu’²⁹.

no próprio título, embora recomendável”. (Aval e outorga no casamento e na união estável, *In*: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords). *Temas de Direito Civil-Empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 435).

29 TJMG, Ap. Cível nº 1.0134.07.090325-4/001, Rel. Des. Selma Marques, j. 21.01.09, DJMG 13.02.09. No mesmo sentido: TJMG, Ap. Cível nº 1.0647.07.074944-3/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, j. 09.10.08, DJMG 02.12.08.

O desatendimento da autorização do cônjuge para a prestação de fiança ou aval não importa em nulidade, mas apenas em ineficácia em relação à sua meação do patrimônio comum do casal. Inteligência do artigo 1.647, III, CCB³⁰.

A ausência da vênia conjugal não acarreta a invalidade do ato, mas apenas a sua inoponibilidade ao cônjuge que não consentiu. Precedentes. Embargos julgados parcialmente procedentes para declarar válido o aval prestado pelo embargante no contrato de empréstimo bancário, até o limite de sua meação³¹.

Em se tratando de aval na nota promissória é dispensável a outorga uxória para este tipo de garantia cambial, resguardando-se, todavia, a meação do cônjuge, na forma do art. 3º da Lei 4.121/62. 2. Nos termos do Enunciado n.º 114 do CEJ, o aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inciso III do art. 1.647 do Código Civil apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu com a garantia prestada³².

O Superior Tribunal de Justiça ainda não teve a oportunidade de debater o tema de uma forma abrangente e satisfatória. Os julgados encontrados nessa Corte acerca da necessidade de outorga conjugal no aval têm por objeto principal o alcance da expressão *exceto no regime da separação absoluta*, encontrado na parte final do *caput* do art. 1.647 do Código Civil, conforme apontado acima.

30 TJMG, Ap. Cível nº 1.0073.05.021706-3/001, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. 25.11.10, DJMG 19.01.11. Em sentido semelhante: TJMG, Ap. Cível nº 1.0707.09.187918-9/001, Rel. Des. Electra Benevides, j. 22.06.10, DJMG 12.07.10.

31 TJSP, Ap. Cível nº 0003693-23.2009.8.26.0213, Rel. Des. Castro Figliolia, j. 23.03.11. No mesmo sentido: TJSP, Ap. Cível nº 0145423-07.2008.8.26.0100, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. 27.04.11.

32 TJRS, Ap. Cível nº 70021954078, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 21.05.2008. No mesmo sentido: TJRS, Ap. Cível nº 70020314753, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, j. 29.08.2007.

Contudo, incidentalmente, foi enfrentada a validade da garantia prestada sem autorização do cônjuge, concluindo-se pela sua nulidade quando não observada a exigência do inciso III do referido dispositivo legal. É o que se depreende do seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL — AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL — OUTORGA CONJUGAL PARA CÔNJUGES CASADOS SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS — NECESSIDADE — RECURSO PROVIDO.

1. É necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil.

2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil.

4. Recurso especial provido³³.

33 STJ, REsp 1163074/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 04.02.2010.

No ano passado, foi ratificada, superficialmente, em sede de agravo regimental, a posição de que o aval prestado sem anuência do consorte seria nulo. Porém, a fundamentação mencionou precedente que trata da hipótese de doação de bens sem outorga uxória; ou seja, a controvérsia, todavia, não foi apreciada sob a ótica do direito cambial:

Necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada, por força do artigo 1647, III, do Código Civil. Precedentes específicos desta Corte³⁴.

(...)

De fato, a decisão recorrida está em consonância com o entendimento firmado na jurisprudência desta Corte, para o qual é necessária a outorga uxória nos casos de aval.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. DOAÇÃO DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO EM REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. OUTORGA UXÓRIA. NECESSIDADE. FINALIDADE. RESGUARDO DO DIREITO À POSSÍVEL MEAÇÃO. FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. CONTRIBUIÇÃO INDIRETA. SÚMULA N. 7 DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência.
2. Controvérsia sobre a aplicação da Súmula n. 377 do STF.
3. Casamento regido pela separação obrigatória. Aquisição de bens

34 STJ, AgRg no REsp 1109667/PB, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 10.06.2011.

durante a constância do casamento. Esforço comum. Contribuição indireta. Súmula n. 7 do STJ.

4. Necessidade do consentimento do cônjuge. Finalidade. Resguardo da possível meação. Plausibilidade da tese jurídica invocada pela Corte originária.

5. Interpretação do art. 1.647 do Código Civil.

6. Precedente da Terceira Turma deste Sodalício: “A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil.” (REsp n. 1.163.074, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 4-2-2010).

6. Recurso especial improvido. (REsp 1199790/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 02/02/2011)

Dessa forma, está o *decisum* recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte.

Os acórdãos acima colacionados dão indícios de que o Superior Tribunal de Justiça, quando tiver a oportunidade de apreciar o tema em caráter principal e considerando a garantia cambiária, tenderá a privilegiar o sentido literal do art. 1.647, inciso III, do Código Civil, determinando a nulidade do aval prestado sem a vênua do cônjuge. Ademais, o diploma civilista acabou igualando fiança e aval pe-

rante o direito de família, no que se refere à relação entre essas garantias e a proteção ao patrimônio familiar. Desse modo, tendo o STJ pacificado o entendimento de que a fiança concedida sem autorização do consorte é nula³⁵, há grande probabilidade de que transporte esse raciocínio para o aval, inobstante as diferenças expressivas entre os dois tipos de garantia pessoal já apontadas acima.

O posicionamento expresso nos julgados supra colacionados, em confronto com a norma analisada neste estudo, evidencia que o *codex* de 2002 ressuscitou a discussão anteriormente sepultada com a edição da Lei 4.121/1962: o aval prestado sem outorga conjugal é inválido ou apenas parcialmente ineficaz, facultando-se ao cônjuge que não deu seu consentimento a defesa de seu patrimônio/meação? Além disso, caso se esteja no campo da invalidade, seria caso de nulidade ou anulabilidade? A despeito do que prevê o art. 1.649 do Código Civil, a solução não se afigura assim tão simples.

3.1. Ineficácia, nulidade ou anulabilidade?

De fato, a previsão do art. 1.647, inciso III, do Código Civil é extremamente criticável, em síntese, por contrariar a função primordial dos títulos de crédito – dinamicidade e rapidez de sua circulação – bem como as características eminentemente cambiárias do aval. Assim, buscando harmonizar os interesses de família com os princípios e a finalidade dos títulos de crédito, há quem defenda que o aval prestado sem a autorização do cônjuge deve ser sancionado com a pena de ineficácia parcial e não invalidade³⁶. Desse modo, a garantia

35 Nesse sentido: “É pacífico neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a falta da outorga uxória invalida a fiança por inteiro”. (STJ, REsp 832.669/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 04.06.2007, p. 437). Tal entendimento restou inclusive sumulado pelo STJ. Súmula 332/STJ: “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”.

36 Silvia Ferreira Persechini defende, em dissertação de mestrado apresentada na Faculdade Milton Campos, que a disposição do inciso III do art. 1647 do CC conflita com os princípios

ficaria incólume e o marido/mulher que não tiver dado sua aquiescência para a realização do negócio pode defender sua meação, a fim de que sua parcela do patrimônio familiar não responda pela dívida.

No entanto, o art. 1.649 do Código Civil não deixa dúvidas: a sanção cominada na lei para a garantia prestada sem autorização do cônjuge é a invalidade e não a ineficácia parcial³⁷.

Com efeito, a validade de determinado negócio jurídico ad-

que regem os títulos de crédito, de modo que se deve interpretá-la no sentido de que “a falta do consentimento do cônjuge para se dar aval está relacionada ao plano da eficácia, e não ao da validade. Portanto, na ausência da outorga conjugal, o aval dado em títulos de crédito regulados pela lei cambial, ainda que subsidiariamente, não será considerado inválido, mas, sim, parcialmente ineficaz porque a meação do cônjuge que não assentiu com a garantia cambial não poderá ser atingida”. O argumento apresentado na dissertação, contudo, é frágil, no sentido de que “(...) a exigência da outorga para se dar aval contraria o conteúdo normativo do princípio da autonomia das obrigações, positivado pela Lei Uniforme de Genebra e pela Lei do Cheque”. (*Outorga conjugal no aval: uma análise no plano da eficácia do fato jurídico*. Dissertação apresentada no curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010. Disponível em: “<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2010/silviaferreirapersechinioutorgaconjugalnoavai.pdf>”. Acesso em 06/08/2011, p. 169 e 183).

Mesmo dentre os autores de direito de família, há quem sustente a subsistência do art. 3º do Estatuto da Mulher Casada, a exemplo de Maria Berenice Dias: “Em sede de responsabilidade patrimonial dos cônjuges, mister atentar que ao menos um artigo do Estatuto da Mulher Casada não se encontra revogado (EMC 3º). (...) Essa norma permanece no sistema jurídico, nunca foi derogada, pois jamais outra lei dispôs sobre o tema. Inclusive sua vigência é referendada na lei civil, ao afirmar, ainda que de forma pouco clara, no mesmo sentido (CC 1663, § 1º): as dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido”. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 229). No mesmo sentido: GUIMARÃES, Marilene Silveira. Família e Empresa – questões controvertidas, *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro*: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

37 Para Bruno Vaz de Carvalho, o ato não é considerado ineficaz, mas anulável porquanto a finalidade da norma é de proteção ao patrimônio do casal e não apenas do cônjuge “eventualmente implicado no negócio jurídico”. Apenas nesse último caso poderia se tratar de ineficácia relativa para que o aval dado sem a outorga pudesse obrigar o patrimônio pessoal e a meação do avalista (Aval e outorga no casamento e na união estável, *In*: ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords.). *Temas de Direito Civil-Empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 439).

vém de sua formação conforme os requisitos previstos na lei, enquanto a eficácia se relaciona a sua aptidão para produzir efeitos. Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Inválida, *lato sensu*, quando é contrariada a norma, isto é, quando foram deixados sem observância os requisitos indispensáveis à sua produção de efeitos, seja por ter o agente afrontado a lei, seja por não reunir as condições legais de uma emissão útil de vontade. (...) Ineficácia, *stricto sensu*, é a recusa de efeitos quando, observados embora os requisitos legais, intercorre obstáculo extrínseco, que impede se complete o ciclo de perfeição do ato³⁸.

A outorga conjugal no aval está ligada à legitimidade do avalista para prestar a garantia. Afasta-se eventual relação desse requisito com a capacidade do agente, a despeito de eventuais menções encontradas na doutrina, pois “não se trata de *captis diminutio* fundada no casamento”³⁹. O indivíduo não sofre uma redução de sua capacidade por contrair matrimônio, passando a necessitar de assistência de seu consorte para a prática de alguns atos comerciais ou de afetação patrimonial. Por outro lado, há apenas exigência de consentimento para a realização de alguns negócios específicos e não para todo e qualquer ato da vida civil. Com efeito, a legitimidade distingue-se da capacidade porque esta é genérica, referindo-se aos atos da vida civil em geral. Aquela, por sua vez, é específica para a prática de determinados negócios jurídicos. Segundo Humberto Theodoro Júnior:

A legitimidade relaciona-se com exigências de lei que devem ser cumpridas ou observadas para que a pessoa possa validamente praticar um certo negócio jurídico. Quando o agente, mesmo sendo dotado de capacidade de exercício, não atende a tais requisitos, será

38 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 630-632.

39 CARVALHO, Bruno Vaz de. Aval e outorga no casamento e na união estável, *In*: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coords.). *Temas de Direito Civil-Empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 440.

havido como não legitimado à prática do aludido negócio. É o que se passa com os contratos cuja prática a lei condiciona à autorização ou anuência de outra pessoa, sem a qual ter-se-á a invalidade do negócio⁴⁰.

A legitimidade, portanto, é requisito legal para a celebração de determinado negócio cuja validade esteja atrelada à existência de autorização de *outrem*, como, por exemplo, o filho relativamente incapaz depende de anuência dos pais para contrair matrimônio (art. 1.517 do CC); a venda de ascendente a descendente, que impescinde da concordância dos demais descendentes (art. 496 do CC), ou então a vedação a que um dos cônjuges, sem autorização do outro, salvo no regime da separação voluntária de bens, aliene, grave de ônus real os bens imóveis, faça doação de bens comuns ou preste fiança ou aval (art. 1.647 do CC)⁴¹.

Ainda a respeito da legitimidade, Antônio Junqueira de Azevedo destaca que há duas espécies, sendo que uma delas está ligada ao plano da validade dos negócios jurídicos, ao passo que a outra se refere ao plano da eficácia. A primeira é definida pelo autor como “a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida por *consentimento de outrem*, para realizar validamente um negócio jurídico”; ao passo que, na “*legitimidade – fator de eficácia*”, a aptidão do agente decorre do fato de ele ser *titular de um poder*, concedido por força de um mandato, por exemplo⁴². A “*legitimidade – requisito de validade*” é ilustrada pelo civilista com a hipótese da venda de ascendente a descendente, já mencionada no parágrafo anterior.

40 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, t. II, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 538.

41 Exemplos de legitimidade dados por Humberto Theodoro Júnior. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, t. II, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 539.

42 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., 7ª tir., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58-59.

Note-se, portanto, que o aval dado pelo homem casado sem outorga do cônjuge situa-se no campo da invalidade e não da ineficácia, pois se está diante de um negócio dependente de anuência para sua realização em conformidade com os requisitos legais. A principal distinção entre a *legitimidade-requisito de validade* e *legitimidade-fator de eficácia* é que, no primeiro caso, por força de uma relação jurídica anterior, o agente imprescinde da anuência de um terceiro para realização do negócio; enquanto nesta última ele realiza o ato escorado no poder que lhe foi outorgado por *outrem* com quem mantém uma relação jurídica. Diz-se que a legitimação ora se apresenta sob um aspecto negativo ora sob um aspecto positivo. “Quando se trata de *legitimidade-requisito de validade*, é a *existência* de uma relação jurídica que impede a realização (válida) do negócio, e, quando se trata de *legitimidade-fator de eficácia*, é a *inexistência* de uma relação jurídica que impede a realização (eficaz) do negócio”⁴³.

Nesse contexto, como em razão das núpcias, o avalista deve ter anuência de seu cônjuge para prestar a garantia cambiária, está-se diante de um requisito de validade do negócio. Caso se tratasse de eficácia, a lei exigiria, por exemplo, que o garantidor fosse mandatário de seu consorte para obrigá-lo também pelo pagamento do título. Contudo, como se verá mais adiante, a autorização do cônjuge não faz dele coavalista da cártula. Trata-se de mero requisito para validade do aval.

Ressalte-se que não se está aqui a defender a disposição do inciso III do art. 1.647 do Código Civil. De fato, melhor seria que fosse extirpada do diploma civilista a exigência de outorga do cônjuge para o oferecimento de aval. Entretanto, não se pode elidir a disposição legal e tampouco interpretá-la aleatoriamente, sem considerar o regramento da teoria das nulidades dos negócios jurídicos. Se a norma existe, é válida e está em vigor, resta ao operador do direito submeter-se a ela até que se positive regime diverso.

43 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., 7ª tir., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59

Afastada a inserção do ato no plano da eficácia, passa-se a discutir se a garantia prestada sem autorização do cônjuge tornaria o ato nulo ou anulável.

O artigo 1.649, *caput*, do Código Civil estabelece que a falta de autorização, quando não suprida, tornará o ato anulável. Há ainda outras normas no mesmo capítulo que, se confrontadas com a teoria das nulidades dos negócios jurídicos, corroboram a classificação feita pela referida disposição legal e a opinião de grande parte da doutrina⁴⁴. Isso porque apenas o cônjuge que não interveio ou seus sucessores são legitimados para reclamar o vício, de modo que a sanção é prevista exclusivamente no interesse privado de proteção à família e de controle recíproco dos cônjuges sobre o patrimônio comum. Ademais, o ato admite convalidação, nos termos do parágrafo único do art. 1.649 do Código Civil. Eventual ratificação retroagirá seus efeitos à data da concessão da garantia. Todas essas previsões impedem a regulação da ausência de outorga como causa de nulidade absoluta do ato.

Consequentemente, os efeitos da decisão que reconhece o vício e invalida o ato são *ex nunc* e não *ex tunc*. Sabe-se que, pela teoria das nulidades, os atos nulos são fulminados no momento de seu nascimento, de modo que não produzem efeitos, em regra⁴⁵. Por outro lado, os atos meramente anuláveis, por não decorrerem de defeitos tão graves, produzem suas consequências e, desse modo, têm eficácia plena. Logo, o decreto judicial de nulidade produz efeitos *ex tunc* e a sentença que invalida ato anulável gera efeitos *ex nunc*, respeitando as consequências geradas anteriormente⁴⁶.

44 Nesse sentido: ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. O aval e a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 35, jan-mar/2007, p. 53-54; e RESTIFFE, Paulo Sérgio. Garantias tradicionais no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, nº 821, mar/2004, p. 738.

45 Como exceção, mencione-se o casamento putativo que, a despeito de nulo, produz efeitos. Nesse sentido: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., 7ª tir., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

Com relação ao aval em que falta autorização do cônjuge, como o ato é anulável, o avalista é responsável pelo pagamento da dívida até o momento da decretação de invalidade do ato e, eventual pagamento realizado anteriormente à sua anulação será reputado válido.

3.2. O direito do terceiro prejudicado com a invalidação do aval dado sem outorga do cônjuge.

O Código resguarda os interesses do terceiro prejudicado com a sentença que retira a validade da garantia, conferindo-lhe direito de regresso em face do cônjuge que prestou o aval sem outorga ou de seus herdeiros (art. 1.646, CC). Dispositivo semelhante podia ser encontrado no *codex* de 1916, que também previa direito regressivo em face do marido caso a mulher obtivesse êxito em anular a fiança concedida sem o seu consentimento (art. 250, CC/1916).

Tal norma visa a evitar que o avalista possa se beneficiar com a invalidação do ato e, com isso, seja levado a, agindo de má-fé, omitir ou falsear seu estado civil no momento de apor sua assinatura ao título para depois pleitear sua anulação e esquivar-se do cumprimento da obrigação.

Note-se que o *codex* não distingue, para efeitos de direito regressivo, o terceiro de boa-fé do terceiro de má-fé. Nesta última hipótese, poder-se-ia pensar que quem concorreu para a prática do ato ilícito deveria também sofrer as consequências e, desse modo, não poderia se voltar contra o avalista em caso de anulação do ato. Mas, caso esse entendimento prevalecesse, o avalista, principal responsável pelo ato contrário à lei, acabaria beneficiado, o que não se admite⁴⁷.

46 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 642-646.

Entretanto, o Código não explicita como se dará esse direito de regresso. Não se sabe, a partir da lei, qual patrimônio ficará sujeito à execução caso o terceiro prejudicado decida acionar o avalista pela invalidação da garantia.

Clóvis Beviláqua, ao comentar o Código revogado, destaca que, para solução desse problema, deve-se perquirir se o terceiro estava ou não de boa-fé (única hipótese em que interessa o estado subjetivo do terceiro). Respondendo-se afirmativamente à indagação e caso o casal tenha auferido proveito com o ato, todo o patrimônio comum responde pela invalidação da garantia. Por outro lado, ausente o benefício à família e provada a má-fé do credor, apenas os bens particulares e a meação do avalista podem ser arrestados para a quitação do aval⁴⁸.

Assim, para o comprometimento de todo o patrimônio familiar, devem-se comprovar dois requisitos: a) a boa-fé do terceiro, autor da ação regressiva; e b) o benefício auferido pela família com o oferecimento da garantia. Caso contrário, a meação do cônjuge que não deu sua autorização estará resguardada, bem como seu patrimônio particular.

4. Outorga conjugal e aval simultâneo

A exigência de outorga do cônjuge para a prestação de aval tem ensejado, outrossim, discussão quanto à validade e à eficácia do ato de autorização diante das disposições presentes da Lei Uniforme

47 ESPÍNOLA, Eduardo. *Anotações ao Código Civil Brasileiro*, vol. III, t. II, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930, p. 300.

48 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. II, 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1928, p. 148. No mesmo sentido: CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IV, 7ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 481.

de Genebra (LUG) e do princípio da literalidade aplicável aos títulos de crédito.

É cediço que as declarações cambiais devem ser lançadas no título, sob pena de se tornarem inexistentes para fins cambiais⁴⁹. O princípio da literalidade determina que apenas o que estiver inserido no título pode ser levado em consideração, não valendo qualquer obrigação expressa em documento dele separado. “É pela literalidade que se determina a existência, o conteúdo, a extensão e a modalidade do direito constante do título”⁵⁰.

Logo, eventual autorização do marido ou da mulher para o aval também deverá constar da cártula. Segundo Raquel Sztajn e Haroldo Verçosa:

Isso porque a disciplina e a segurança do direito, no que tange aos títulos de crédito, prendem-se ao formalismo do documento e, se a certeza na circulação do crédito depende da observância de regras claras, é evidente que, ou a outorga conjugal estará presente no título ou de nada servirá por se tratar de declaração extra-cartular que não circula com o documento⁵¹.

No entanto, de acordo com a legislação cambial, seria possível a figura da autorização ou, fatalmente, para atendimento da exigência do inciso III do art. 1.647 do Código Civil, o cônjuge do garantidor teria que igualmente avalizar o título para evitar a nulidade do ato? Em outras palavras, a necessidade de outorga conjugal acabaria por impor um aval simultâneo do casal?

De fato, a autorização não existe dentre as declarações cambiais previstas no Decreto 57.633/1966 e, desse modo, há quem de-

49 COSTA, Willie Duarte. *Títulos de crédito*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 133.

50 COSTA, Willie Duarte. *Títulos de crédito*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 69.

51 SZTAJN, Raquel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A disciplina do aval do novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 128, p. 39.

fenda que sua estipulação pode levar à nulidade da outorga ou será a mesma considerada não escrita; ou ainda, caso se considere válida a autorização, o cônjuge signatário seria considerado coavalista com seu consorte⁵².

Sem embargo das críticas que podem ser feitas à exigência instituída pelo Código Civil de 2002, não há nenhuma vedação expressa no Decreto 57.633/1966 à possibilidade de inserção de outorga conjugal no título. Além disso, o Código Civil não criou nenhuma declaração cambial nova, mas apenas um requisito até então inexistente para o oferecimento de aval, ligado à legitimidade do garantidor.

A outorga conjugal, inclusive, sempre se situou na esfera do direito comum⁵³. Tanto que, desde o advento do Código Civil de 1916, discutia-se a possibilidade de se interpretar extensivamente o artigo que previa a obrigatoriedade da autorização para a fiança, aplicando-o também para o aval.

Nesse contexto, embora criticável, a declaração aposta no títu-

52 Essa é a argumentação desenvolvida por Raquel Sztajn e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa nos seguintes termos: “Acontece que a legislação de títulos de crédito limita taxativamente a expressão da literalidade, prevendo, consequentemente, somente alguns tipos específicos de posições cambiais, por meio das devidas assinaturas: sacador ou emitente, sacado/aceitante, endossante e avalista. Não existe a figura do ‘autorizador’. Disso decorrem dois efeitos jurídicos possíveis. Em primeiro lugar, de acordo com a Lei Uniforme em matéria de Letra de Câmbio (Decreto 57.633/1966), os elementos constantes de sua literalidade específica constam do art. 1º. Estipulações não autorizadas pela Lei Uniforme recebem dois destinos: ou são consideradas não escritas ou são nulas. Aplicando-se tais regras para o aval, a ‘autorização’ do cônjuge será considerada não escrita ou nula, levando indiferentemente à sua falta de efeito cartular. (...) Em segundo lugar, ainda que se venha a aceitar como regularmente presente no título e para os seus devidos efeitos a chamada *autorização do cônjuge* (outorga) deverá ser considerada necessariamente como aval, por exclusão, isto é, por haver no título uma assinatura que não é saque, aceite ou endosso. Isto quer dizer que, assinando o documento, o signatário será co-avalista com o outro cônjuge”. (A disciplina do aval do novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 128, p. 38-39).

53 Nesse sentido: GALIZZI, Gustavo Oliva; FÉRES, Marcelo Andrade. Aval entre a legislação cambiária e o Código Civil de 2002. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. III, nº 11/2004, p. 336.

lo com o intuito de autorizar o aval é válida e eficaz. Posta essa premissa, cumpre perquirir se a assinatura do cônjuge acaba por criar um novo aval ou se resume à autorização mencionada na lei como requisito de validade do ato de garantia.

Isso porque, embora o art. 1.647 do *codex* tenha a finalidade de proteção do patrimônio familiar e controle recíproco dos cônjuges sobre os atos realizados pelo outro que possam comprometer os bens comuns, em última análise, ele acabou por agravar a situação do casal em face da prática adotada, principalmente pelas instituições financeiras, de, aproveitando a equiparação entre aval e fiança da pessoa casada, exigir que ambos os consortes figurem como avalistas no título de crédito⁵⁴.

Assim, o cônjuge que, de acordo com o legislador, deveria apenas autorizar o aval, acaba respondendo da mesma maneira que o avalizado. Lembre-se que a posição do avalista é mais grave que a do fiador, pois eventual nulidade da obrigação do avalizado não é capaz de fulminar a que foi assumida pelo avalista. Da mesma forma, este não pode se opor ao pagamento valendo-se de exceções pessoais do avalizado. Nessa senda, curiosamente, “a exigência do aval é contraditória com o objetivo da autorização do cônjuge ao prestá-la. A autorização protege o interesse familiar; e o aval pode comprometê-lo ou sacrificá-lo”⁵⁵.

Para além dessa prática condenável difundida pelas instituições financeiras, contudo, a assinatura do cônjuge de outorga conjugal não se trata de outro aval, mas, tão-somente, de uma autorização, exigida por força de lei. Basta, para resguardar terceiros de boa-fé, que a assinatura “se ache precedida de palavra ou palavras que expri-

54 Nesse sentido: FARIA, Werter R. O aval, o Código Civil e os bancos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 134, abr/jun 2004, p. 60.

55 FARIA, Werter R. O aval, o Código Civil e os bancos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 134, abr/jun 2004, p. 63.

mam, justamente, a negação de qualquer vínculo ou responsabilidade cambial”⁵⁶. De acordo com Márcio Calil de Assumpção:

(...) considerando a intenção do cônjuge de apenas *autorizar* o aval e não de prestá-lo, considerando ainda o disposto no art. 112 do NCC, conclui-se que a autorização lançada no próprio título, desde que sob a rubrica de ‘autorização’, não implicará em aval de ambos os cônjuges, mas apenas do aval de um devidamente autorizado pelo outro⁵⁷.

Constata-se, portanto, que é abusiva a exigência, feita com es-
peque no inciso III do art. 1.647 do Código Civil, de que ambos os
cônjuges avalizem o título para higidez da garantia. A lei determina
apenas que, conforme o regime de bens, o marido ou a mulher do
avalista lancem sua autorização na cártula e tal assinatura não implica
em aval simultâneo, mas em mera outorga conjugal.

5. Reflexo da autorização sobre o patrimônio do casal

Outra questão surgida com a obrigatoriedade de outorga para
oferecimento de aval quando o garantidor for casado refere-se aos
reflexos dessa autorização sobre os bens familiares. Ou seja: o cônju-
ge que apenas autorizou o outro a prestar aval também responde
pela dívida ou eventual execução pode recair apenas sobre os bens
pessoais e a meação do avalista?

56 GALIZZI, Gustavo Oliva; FÉRES, Marcelo Andrade. Aval entre a legislação cambiária e o Código Civil de 2002. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. III, nº 11/2004, p. 336.

57 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de. O aval e a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 35, jan-mar/2007, p. 56. No mesmo sentido, preleciona Marilene Silveira Guimarães: “O cônjuge que autoriza o outro a prestar aval ou fiança não se torna fiador ou avalista e, por consequência, não é solidariamente responsável pela dívida” (Família e Empresa – questões controvertidas, *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro*: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 462).

Na mesma linha do entendimento manifestado no tópico anterior, se a outorga uxória ou marital não se confunde com aval simultâneo, é ululante que o cônjuge não se torna, a princípio, responsável pelo adimplemento do valor inserido no título, “pois apenas expressa sua autorização para que o aval de seu consorte seja plenamente válido e eficaz, podendo, portanto, proteger sua parcela do patrimônio comum”⁵⁸.

Além disso, conforme já explicitado acima, a finalidade da norma insculpida no inciso III do art. 1.647 do Código Civil é de controle recíproco dos cônjuges sobre o patrimônio familiar. Desse modo, para exercer tal verificação dos atos que podem comprometer os bens do casal, basta a outorga conjugal para a concessão da garantia. Seria inclusive um contrassenso com a ideia de proteção à família obrigar todo o patrimônio por meio de um simples ato de autorização. Apenas um aval simultâneo do casal poderia comprometer a integralidade dos bens comuns em eventual execução.

No entanto, para evitar que sua meação seja comprometida, o cônjuge deve comprovar que não obteve proveito com a assunção da dívida. O ônus da prova recai sobre o cônjuge, segundo assentou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para os casos de fiança e outros débitos contraídos na constância do matrimônio:

‘A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família. — Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família’ (AgR-AgR-AG n. 594.642/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 08.05.2006)”⁵⁹.

58 GALIZZI, Gustavo Oliva; FÉRES, Marcelo Andrade. Aval entre a legislação cambiária e o Código Civil de 2002. *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. III, nº 11/2004, p. 335.

59 STJ, AgRg no Ag 1322189/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17.11.2011, DJe 24.11.2011.

É do cônjuge meeiro o ônus da prova de que a dívida contraída pelo(a) esposo(a) não beneficiou a família. Precedentes⁶⁰.

Logo, em regra, apenas o patrimônio pessoal do avalista e o comum, até o limite da meação, respondem por eventual execução da garantia. Todos os bens do casal podem vir a sofrer com o pagamento da dívida desde que tenha havido proveito da família com a assunção do débito.

6. Conclusão

Sempre existiu uma tensão entre o direito de família e o direito comercial. Enquanto o primeiro visa à proteção da entidade familiar, por meio da valorização do princípio da dignidade da pessoa humana e do afeto nas relações, o segundo, marcado pelo individualismo, preocupa-se com a simplificação dos atos negociais visando à facilitação e ao incremento do comércio. Além disso, o direito de família é caracterizado pela solenidade de seus atos, envolve direitos imprescritíveis e irrenunciáveis e possui diversos institutos voltados à proteção do patrimônio familiar, como o bem de família e a outorga conjugal; em sentido diametralmente oposto ao que vigora no direito empresarial.

Em face dessas diferenças principiológicas e teleológicas, nas situações de sobreposição entre os dois ramos do Direito, é comum deparar-se com dificuldades conciliatórias e interpretativas.

No tema da obrigatoriedade ou não de autorização de um dos cônjuges para a validade do aval concedido pelo outro, a tensão se instaura entre a necessidade de proteção ao patrimônio familiar, de um lado, e os princípios que regem o direito cambial, do outro, os

60 STJ, AgRg no REsp 866.738/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 09.08.2007, DJ 17.09.2007, p. 264

quais visam a facilitar sua circulação e larga utilização no comércio. Nesse conflito, o que deve prevalecer?

O Código Civil de 2002 fez opção pelo direito de família ao impor, no inciso III, do art. 1.647, ser anulável o aval concedido sem outorga do cônjuge quando o regime de bens for o da comunhão universal, comunhão parcial, participação nos aquestos e separação obrigatória de bens⁶¹. A escolha do legislador, contudo, não foi a mais acertada.

Sabe-se da importância dos títulos de crédito para o comércio. Sua disciplina foi construída ao longo dos séculos justamente para facilitar sua utilização nesse campo, com a principal vantagem de fácil circulação e grande segurança quanto ao direito inserido na cártula. A exigência de autorização do consorte para o oferecimento de aval, contudo, compromete a dinamicidade e a certeza inerentes aos títulos de crédito.

Por outro lado, o regime anterior, instituído pelo art. 3º da Lei 4.121/1962, conferia certa proteção ao patrimônio familiar, resguardando a meação do cônjuge de eventual execução em face do avalista, ao passo que preservava a disciplina cartular tal como positivada no Decreto 57.633/1966 (Lei Uniforme de Genebra).

Por esse motivo, a inovação trazida pelo Código Civil de 2002 tem sido tão criticada pela doutrina e encontrado resistência por parte da jurisprudência.

No entanto, não se pode afastar o teor dos novos dispositivos. O aval dado sem outorga do cônjuge estará sujeito à invalidação, exceto se o regime de bens for o da separação voluntária. Não se trata de ineficácia parcial da garantia, como defendem alguns autores e julgados.

61 Nesse último caso, conforme entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.163.074.

Ainda quanto à nova disciplina do aval, a outorga do cônjuge não significa aval simultâneo e, por conseguinte, seu patrimônio pessoal e sua meação, em regra, não responderão por eventual execução da garantia aposta no título.