

Jurisprudência Comentada

A INEFICÁCIA PARCIAL DO AVAL PRESTADO SEM OUTORGA CONJUGAL

JEAN CARLOS FERNANDES

1. Breve resumo do caso. 2. O conteúdo normativo dos princípios. 3. Os princípios dos títulos de crédito. 4. Ineficácia parcial e não invalidade do aval prestado sem outorga conjugal. 5. Conclusão.

RE 1.163.074-PB (2009/0210157-8)

Relator: Ministro Massami Uyeda

Recorrente: Edlúcia Medeiros

Marques Dardenne

Advogado: Fernando Antônio Bezerra

Cavalcanti Madruga Filho

Recorrido: Banco Itaú S/A

Advogados: Lídia de F. S.

Albuquerque e outro(s)

j. 15.12.2009

DJ 4.2.2010

Ementa: 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 art. 1.647, III, do Código Civil.

2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no art. 1.647 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 garantilhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no art. 1.647 da lei civil.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto vista da Sra. Ministra Nancy Andrichi, a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJBA) e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Massami Uyeda

(Relator): Cuida-se de recurso especial interposto por Edlúcia Medeiros Marques Dardenne com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal em que se alega violação dos arts. 1.647, III, e 1.649 do Código Civil.

Da análise detida dos autos, verifica-se que Edlúcia Medeiros Marques Dardenne, recorrente, ajuizou ação de anulação de aval com pedido de antecipação dos efeitos da tutela contra o Banco Itaú S/A, recorrido, alegando, para tanto, que seu cônjuge, o Sr. Marco Antonio Magalhães Dardenne, analizou uma cédula de crédito bancário (n. 40118171-4), emitida pela sociedade empresária Marpesa Pneus Peças e Serviços Ltda. em favor da instituição financeira ora recorrida (Banco Itaú S/A), no valor de R\$ 335.000,00 (trezentos e trinta e cinco mil reais), a qual já é objeto de ação de execução em trâmite na 10ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa.

Na ocasião, a recorrente (Edlúcia Medeiros Marques Dardenne) sustentou a nulidade da garantia, na espécie, do aval, ao argumento de que fora levado a efeito sem a necessária outorga uxória. Ao final do petitório inicial requereu, além da citação do réu, ora recorrido (Banco Itaú S/A), o seguinte: i) "deferir o pedido de tutela antecipada parcial, no sentido de determinar a impenhorabilidade dos bens pessoais que estiverem no nome do avalista, marido da autora, em face da execução da cédula de crédito bancário n. 40118171-4, promovida pelo banco, em trâmite na Douta 10ª Vara Cível de João Pessoa, processo n. 202006022468-6, ante a comprovação do bom direito da autora e da possibilidade de dano irreparável, consante fortemente demonstrado tópico 3" (fl. 6) e, ii) "no mérito, a anulação do aval prestado pelo cônjuge da autora na cédula de crédito bancário n. 40118171-4" (fl. 6).

Em primeira instância, o MM. Juiz de Direito da 17ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa, Estado da Paraíba, julgou o pedido improcedente, ao argumento de que: "A norma de regência atual do Código Civil, dispõe que: 'art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: (...). III – prestar fiança ou aval.'

'...'. Por sua vez, o art. 1.648 do mesmo Código estabelece caso de suprimento de outorga quando a mesma é negada injustamente. (...). No entanto, e em que pesa opinião contrária, o mencionado art. 1.647, na parte final de seu 'caput' dispõe sobre a ausência de necessidade de outorga quando entre os cônjuges vige o sistema de separação absoluta. Pelo que se verifica da certidão de casamento juntada pela autora, em seu casamento foi adotado 'o regime obrigatório da separação de bens, nos termos do art. 258, parágrafo único e número I, do Código Civil brasileiro, regime não alterado pela superveniência do novo Código Civil (...)" (fl. 81).

O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, ao julgar o recurso de apelação, manteve a sentença. O acórdão recorrido restou assim ementado:

"Processo Civil. Apelação Cível. Ação anulatória de aval. Ausência de outorga uxória. Regime obrigatório de separação de bens. Aplicação do art. 1.647, III, do novo Código Civil. Manutenção da decisão. Desprovimento do recurso. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: III – prestar fiança ou aval". Verifica-se, portanto, que o novo Código Civil introduziu mudança em relação a esta matéria, consentindo a fiança ou aval prestada apenas por um dos cônjuges, no regime de separação absoluta de bens, o que, para o caso dos autos é relevante, já que a apelante é casada sob o regime obrigatório da separação de bens".

Busca Edlúcia Medeiros Marques Dardenne a reforma do v. acórdão, argumentando, em síntese, que casou com o seu marido sob o regime de separação obrigatória de bens e, nesta medida, sua outorga era essencial à higidez do aval dado na cédula de crédito bancário em questão. Assevera, ainda, que a desnecessidade da anuência do cônjuge só se aplica aos casamentos que tenham adotado o regime de separação consensual de bens e não àqueles em que a separação dos bens tenha decorrido de expressa disposição legal, como na espécie.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Massami Uyeda
(Relator): A irresignação merece prosperar. Com efeito.

Na realidade, veja-se que é incontroverso dos autos que o regime de bens adotado pela recorrente (Edlúcia Medeiros Marques Dardeyne) e seu marido é o da separação obrigatória de bens, regime este que não foi alterado, ainda no entender da Corte estadual, com o advento da novel lei civil.

A propósito, confira-se o seguinte excerto colhido no voto do eminente Desembargador Relator que, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, assim consignou: “*No caso dos autos é fácil observar que a recorrente e o recorrido abriram mão do permissivo legal previsto no § 2º do art. 1.639 do novo Código Civil, permanecendo o regime obrigatório da separação de bens*” (fl. 131).

Tais as circunstâncias, as quais, diga-se, não podem ser alteradas nesta Instância especial em razão da impossibilidade de se promover o reexame de fatos e provas, é de reconhecer-se que a tese jurídica que subjaz à insurgência consiste em saber a abrangência do conteúdo normativo previsto no art. 1.647, III, do Código Civil (“*Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: III – prestar fiança ou aval*”).

Prefacialmente, observa-se que a relação marital, a par de obrigações pessoais, encerra um plexo de relações econômicas (produção de riquezas, aquisição de bens de consumo, poupança, dentre outras) as quais, diga-se, não são um fim em si mesmas, mas apenas um meio para a satisfação de objetivos em comum do casal. Daí, portanto, a importância de se proceder a uma análise econômica do casamento (Paulo Nader, *Curso de Direito Civil*, vol. 5, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 349).

Neste sentido, como bem pondera Caio Mário da Silva Pereira, o substrato das relações economicamente apreciáveis que se estabelece entre os partícipes da relação conjugal repousa suas raízes na análise do regime de bens (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. 5, 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 189). Em verdade, o regime patrimonial, a propósito do casamento, ora corre da livre manifestação de vontade, ora de imposição legal.

Bem de ver, na espécie, que o art. 1.639 da lei civil possibilita aos nubentes a livre es-

colha, quanto aos bens, daquilo que bem entenderem, *in verbis*: “*É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprovarem*”.

Conquanto o regime de bens tenha sido, em regra, relegado para o âmbito da disponibilidade, é possível, em determinadas hipóteses, que haja a obrigação no sentido de se adotar um regime em especial. Assim, o art. 1.640, *caput*, do Código Civil institui o regime da comunhão parcial nos casos tais em que os nubentes optarem por não exercer o direito que lhes assiste de escolher livremente o regime patrimonial e o art. 1.641 também da lei civil prevê que, diante de determinadas situações, o regime será o da separação obrigatória de bens.

Sucede, todavia, que é lícito aos nubentes, em pacto antenupcial, conservar, cada qual, os bens que possuíam com exclusividade antes do casamento bem assim aqueleiros que adquirirem na constância da vigência da relação marital.

É dizer, portanto, que o regime da separação de bens pode decorrer de livre pactuação, devendo ser observado, contudo, em determinadas hipóteses, *ex vi* do quanto dispõe o já mencionado art. 1.641 do Código Civil, *in litteris*: “*É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contrairem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de sessenta anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial*” (Eduardo Espínola, *A Família no Direito Civil Brasileiro*, atualizado por Ricardo Rodrigues da Gama. Campinas, Bookseller, 2001, p. 414).

Na esteira deste raciocínio é de averiguar-se se o art. 1.647, III, da lei civil (“*Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: III – prestar fiança ou aval*”)) exige ou não a autorização do cônjuge casado sob o regime de separação obrigatória de bens em relação à aval dado pelo o outro consorte.

Verifica-se, *ab initio*, que a literalidade do dispositivo ressalva a necessidade da autorização conjugal quando o regime de bens for o da “separação absoluta”. Resta, contudo, saber se a ressalva feita quanto à “separação

absoluta” contempla, de igual maneira, os regimes da separação obrigatória e o da separação convencional.

Em verdade, a separação de bens, quanto adotada por livre manifestação de vontade, consiste, em verdade, em um ato de liberalidade por meio do qual ambos os nubentes optam por permanecer na exclusiva administração de seus bens. Portanto, quem manifesta, em pacto antenupcial, o desejo de contrair casamento sob o regime da separação convencional de bens, já de antemão, tem a plena consciência de que cada patrimônio estará submetido à livre gestão de seu titular, não havendo, assim, qualquer expectativa de um consorte quanto aos bens de propriedade do outro.

É dizer, assim, que a separação de bens, na medida em que faz de cada consorte o senhor absoluto do destino de seu patrimônio, implica, de igual maneira, na prévia autorização dada reciprocamente entre os cônjuges, para que cada qual disponha de seus bens como melhor lhes convier. Eis, assim, a razão de o art. 1.647 do Código Civil ressalvar a necessidade de outorga para a prática de aval quando o regime for o da “separação absoluta”.

Veja-se, entretanto, que o mesmo não ocorre quando o estatuto patrimonial do casamento é o da separação obrigatória de bens. Nestas hipóteses, a ausência de comunicação patrimonial não decorre da vontade dos nubentes, ao revés, de imposição legal *ex vi* o disposto no art. 1.641 da lei civil, *in verbis*: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contrairem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de sessenta anos; III – de todos os que dependentem, para casar, de suprimento judicial”.

Portanto, verificadas as sobreditas hipóteses, o legislador já prevê qual o regime patrimonial deverá vigorar, não deixando margem de escolha aos contraentes. Logo, se na separação convencional há implicitamente a outorga prévia entre os cônjuges para que livremente disponham de seus bens como bem entenderem, o mesmo não se verifica na separação obrigatória, porquanto o regime patrimonial decorreu de expressa imposição do legislador.

Não se olvide, ainda, que o Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento segundo o qual “no regime de separação legal

de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (Súmula n. 377/STF), o que deixa transparecer 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.

Observa-se que o direito, notadamente o direito civil, que rege as relações entre os particulares, não pode ser interpretado sem ter como ponto de partida e ao mesmo tempo de chegada a dignidade da pessoa humana, razão e fim de cada disposição legal inserta no ordenamento jurídico. Daí porque “(...) o reconhecimento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana impõe uma nova postura aos civilistas modernos, que devem, na interpretação e aplicação de normas e conceitos jurídicos, assegurar a vida humana de forma integral e prioritária” (Fredie Didier Júnior et al., *Comentários do Código Civil Brasileiro*, vol. XV. Coords.: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 9).

Na esteira deste raciocínio, adotando-se a dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo bem assim a necessidade e a importância de se conferir proteção jurídica às justas expectativas (a exemplo daquela que têm os cônjuges casados sob o regime da separação legal de bens de, um dia, se beneficiarem de parcela patrimonial do outro), forçoso é entender que o art. 1.647 do Código Civil, ao excepcionar a necessidade de autorização conjugal para a prática de aval por meio da expressão “separação absoluta”, refere-se exclusivamente ao regime de separação convencional de bens, e não ao da separação legal.

Na realidade, “a utilização dessa terminologia consagrada pela doutrina no texto do CC 1.647 ‘in fine’ autoriza o intérprete a dizer que, em caso de o casamento ter sido celebrado sob o regime de separação obrigatória de bens, não incide à exceção à regra” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 3^a ed., São Paulo, Ed. RT, 2005, p. 780).

Outro não foi o entendimento de Fredie Didier Júnior e de Cristiano Chaves de Farias que, em estudo doutrinário, assim pontuaram a questão: “Nos regimes de separação legal (art. 1.641 do CC), a exigência de vénia conju-

gal ainda permanece: a ressalva ao regime de separação absoluta deve ser entendida como restrita à separação de bens convencional" (Fredie Didier Júnior et al., *Comentários do Código Civil Brasileiro*, vol. XV. Coords.: Arlinda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 72).

Realmente, a exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no art. 1.647 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.

Sob e égide da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem esse 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 já mencionado art. 1.647 da lei civil.

Caso os cônjuges sujeitos à separação legal desejem afastar os efeitos da Súmula n. 377/STF, cumpre-lhes celebrar o pacto antenupcial para acrescer às regras de separação legal as regras próprias da separação convencional com relação aos bens adquiridos na vigência do casamento.

Como já se anotou, a adoção do regime da separação convencional é uma prévia autorização para os cônjuges praticarem os negócios jurídicos do art. 1.647 do Código Civil.

De passagem, diga-se que o Código Civil previu outra hipótese de desnecessidade de vénia conjugal, embora restrita à alienação de imóveis. Cuida-se do caso de adoção do regime de participação final nos aquestos com expressa previsão, no pacto antenupcial, da dispensa de outorga uxória/marital para os negócios translativos de imóveis (art. 1.656). Nesse caso, o legislador foi expresso em admitir uma prévia autorização conjugal às operações de alienação de imóveis, a despeito de os bens adquiridos na constância do casamento (aquestos) se comunicarem.

Não sucedeu o mesmo com o regime da separação legal, pois inexiste previsão legal

expressa no sentido de despojar o consorte – interessado nos bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio – do instrumento de controle de gestão patrimonial previsto no art. 1.647 do Código Civil, qual seja, a vénia conjugal.

Bem de ver, na espécie, que o entendimento adotado pelo Tribunal estadual foi no sentido de se ressalvar a necessidade do consentimento de um consorte em aval dado pelo outro e, portanto, merece ser reformado.

In casu, o MM. Juiz de Direito da 1^a Vara Cível da Comarca de João Pessoa, Estado da Paraíba, por ocasião da prolação da sentença (fls. 80/82), consignou que, de fato, a autora, ora recorrente (Edlúcia Medeiros Marques Dardenne), não autorizou a concessão do aval dado pelo seu marido, o Sr. Marcos Antônio Magalhães Dardenne, sendo, pois, de rigor o reconhecimento de sua nulidade.

Assim, dá-se provimento ao recurso especial para declarar a nulidade do aval prestado pelo Sr. Marcos Antônio Magalhães Dardenne na Cédula de Crédito Bancário n. 40118171-4, emitida pela Marpesa Pneus Peças e Serviços Ltda., ficando, pois, invertidos os honorários advocatícios e as custas sucumbenciais.

É o voto.

VOTO VISTA

A Exma. Sra. Ministra Nacy Andrigi:

Trata-se de recurso especial interposto por Edlúcia Medeiros Marques Dardenne objetivando impugnar acórdão exarado pelo TJPB no julgamento de recurso de apelação.

Ação: de anulação de aval, no valor de R\$ 335.000,00, prestado por Marco Antônio Magalhães Dardenne, marido da autora, em garantia a Cédula de Crédito Bancário emitida em favor da empresa Marpesa Pneus Peças e Serviços Ltda. O fundamento pelo qual a anulação é requerida consiste na ausência de outorga uxória, exigida pelo art. 1.647, III, do CC/2002. O regime de bens do casamento é o da separação obrigatória. O motivo da adoção desse regime é o de que a requerente se casou, em 9.11.1978, com apenas 17 anos de idade.

Antecipação dos efeitos da tutela: concedida.

Sentença: julgou improcedente o pedido. O fundamento foi o de que o art. 1.647

do CC/2002, ao exigir autorização para que o cônjuge preste aval, exclui de tal exigência as hipóteses de casamento pelo regime da “separação absoluta” de bens. Para a juíza sentenciante, ao se referir a “separação absoluta” o código abrangeu tanto a separação convencional, como a separação obrigatória, sendo importante ressaltar que os cônjuges não alteraram tal regime com a vigência do CC/2002.

A sentença foi impugnada mediante recurso de apelação.

Acórdão: negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

“Processo Civil – Apelação Cível – Ação anulatória de Aval – Ausência de outorga uxória – Regime obrigatório de separação de bens – Aplicação do art. 1.647, III do novo Código Civil – Manutenção da decisão – Desprovimento do recurso. Ressalvado o disposto no art. 1.648, ‘nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: III – prestar fiança ou aval’; – Verifica-se, portanto, que o novo Código Civil introduziu mudança em relação a esta matéria, consentindo a fiança ou aval prestada apenas por um dos cônjuges, no regime de separação absoluta de bens, o que, para o caso dos autos é relevante, já que a apelante é casada sob regime obrigatório da separação de bens.”

Da mesma forma que na sentença, o TJPB considerou relevante o fato de que os cônjuges, casados pelo regime da separação obrigatória, não modificaram referido regime, conforme autoriza o art. 1.639, § 2º do CC/2002.

Recurso especial: interposto com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional. Alega-se violação aos arts. 1.647, III, e 1.649 do CC/2002.

Admissibilidade: O recurso foi admitido na origem.

Revisados os fatos, decido.

Cinge-se a controvérsia a estabelecer se o termo “separação absoluta” contido no art. 1.647, III, do CC/2002 (utilizado para identificar a exceção à regra que exige autorização do cônjuge para prestação de aval), restringe-se às hipóteses de casamento pelo regime da separação consensual, ou também abrange as hipóteses de separação obrigatória de bens.

Também é objeto do processo estabelecer se a faculdade de alteração do regime de bens

pelos cônjuges pode influenciar a conclusão a respeito do tema.

O principal ponto que sustenta o voto proferido pelo i. Min. Relator é o de que “*a separação de bens, quando adotada por livre manifestação de vontade, consiste, em verdade, em um ato de liberalidade por meio do qual ambos os nubentes optam por permanecer na exclusiva administração de seus bens*”, de modo que “*quem manifesta, em pacto antenupcial, o desejo de contrair casamento sob o regime da separação convencional de bens, já de antemão, tem a plena consciência de que cada patrimônio estará submetido à livre gestão de seu titular, não havendo, assim, qualquer expectativa de um consorte quanto aos bens de propriedade do outro*”.

Por outro lado, nas hipóteses em que o regime de separação de bens é obrigatório (art. 1.641 do CC/2002), a manifestação de vontade no sentido da gestão livre do patrimônio não ocorre: o regime de separação é imposto por lei. Daí a necessidade de diferenciar o tratamento conferido a uma e outra hipótese.

Na esteira desse raciocínio, o Relator pondera que, justamente por força dessa diferença, o termo “separação absoluta” contido no art. 1.641 não abrange o regime da separação legal. Como reforço de argumentação, o Relator invoca a Súmula n. 377/STF, que estabelece que “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”.

A questão enfrentada neste processo é de elevada complexidade, tendo sido bem descrita e bem decidida pelo i. Min. Relator. Entendo que as matérias aqui versadas, notadamente a aplicabilidade da Súmula n. 377/STF aos casamentos celebrados após o advento do CC/2002 e a eficácia do aval prestado sem a participação do cônjuge ainda propiciarião muito debate nesta Corte, até sua pacificação definitiva.

De todo modo, respeitadas as peculiaridades da hipótese em julgamento, não tenho nenhum reparo a fazer no voto proferido pelo i. Min. Relator, que acompanho na íntegra.

Forte em tais razões, acompanho o voto proferido pelo i. Min. Relator.

Certidão de Julgamento

3ª Turma – Número Registro: 2009/0210157-8

REsp 1.163.074-PB

Números Origem: 20020060602188

20020060602188002

Pauta: 17.11.2009 – j. 17.11.2009

Relator: Exmo. Sr. Ministro *Massami Uyeda*. Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro *Sidnei Beneti*. Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. *Francisco Dias Teixeira*. Secretária: Bela. *Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha*.

Autuação:

Recte.: Edlúcia Medeiros Marques Dardenne

Adv.: Fernando Antônio Bezerra

Cavalcanti Madruga Filho

Recdo.: Banco Itaú S/A

Adv.: Lídia de F. S. Albuquerque e Outro(s)

Assunto: Direito Civil – Obrigações

– Espécies de Títulos de Crédito

– Cédula de Crédito Bancário

Certidão – Certifico que a egrégia 3ª Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, pediu vista, antecipadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Aguardam os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJBA).

Brasília, 17 de novembro de 2009.

Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha,
Secretária.

Comentários de

JEAN CARLOS FERNANDES

1. Breve resumo do caso

O caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça abrange matéria de relevante interesse econômico: a exigência de outorga uxória ou marital para a validade do aval sob a égide do Código Civil de 2002.

A recorrente Edlúcia Medeiros Marques Dardenne, ancorando-se no comando

permissivo do art. 1.650 do Código Civil pleiteou, por ação própria, a nulidade do aval prestado pelo seu cônjuge sem a outorga uxória. Invocou-se como fundamento a interpretação da expressão “separação absoluta de bens” inserta no art. 1.647 do Código Civil, a qual não incluiria o casamento realizado sob o regime da separação obrigatória de bens.

Rechaçada a tese pelas instâncias ordinárias, buscou-se o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça por meio de Recurso Especial fundamentado no art. 105, III, “a”, da Constituição da República, sustentando a recorrente a violação aos arts. 1.647, III, e 1.649 do Código Civil de 2002.

Ao Recurso Especial deu-se provimento, sob o fundamento de que não se dispensava a outorga uxória da recorrente para a validade do aval prestado por seu cônjuge, pois, casada sob o regime da separação obrigatória de bens, não se encontrava alcançada pela exceção prevista no art. 1.647 do CC, o qual ao mencionar a “separação absoluta de bens” englobou apenas aquela decorrente de convenção entre os nubentes e não aquela obrigatória imposta pela lei.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça declarou a nulidade do aval prestado pelo Sr. Marcos Antônio Magalhães Dardenne na Cédula de Crédito Bancário n. 40118171-4, emitida pela Marpesa Pneus Peças e Serviços Ltda.

Acompanhando o Ministro Relator, a Ministra Nanci Andrighi, em voto vista, deixou consignado que a questão enfrentada é de elevada complexidade e que a matéria sobre a eficácia do aval prestado sem a participação do cônjuge ainda propiciará muito debate naquela Corte Superior, até sua pacificação definitiva.

2. O conteúdo normativo dos princípios

Na assunção de uma postura pós-positiva pela teoria hermenêutica contemporânea, os princípios assumem posição de

imperatividade no sistema jurídico, diferente do observado no jusnaturalismo e no positivismo jurídico. Não mais se concebe utilizar as expressões *norma* e *regra* como sinônimas, sob pena de incorrer no risco de se esvaziar os princípios do alcançado conteúdo normativo.¹

A norma jurídica se divide em princípios e regras,² não podendo, no atual estágio da Ciência Jurídica, “subsistir dúvidas sobre os princípios serem normas. Diferen-

1. Neste sentido, observa Berberi: “Assim, diante da imperatividade de que são dotados os princípios, é preciso que se lhes dê um lugar na teoria da norma, diferente do que lhes atribui o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. E para isso, necessário se faz o abandono da superposição dos conceitos de norma e regra e, por conseguinte, a construção de uma nova teoria da norma. Neste passo, a distinção entre norma e regra se impõe, até porque, em assim não se procedendo, resta uma dificuldade intransponível de se atribuir normatividade aos princípios, o que se explica pela seguinte indagação: se norma e regra são a mesma coisa, e princípio (não positivado) não é regra – e, portanto, não é norma –, como os princípios podem ser dotados de normatividade?” (Marco Antônio Lima Berberi, *Os Princípios na Teoria do Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 80).

2. Nos limites do presente trabalho, é importante destacar que não objetivamos discorrer sobre a dicotomia – se é que existe – entre regra e princípio. Segundo a orientação do Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, a distinção entre regras e princípios “se presta na atualidade tão somente para justificar a técnica de ponderação de valores (...) ligada às tradições, usos e hábitos jurídicos formados há mais de cem anos”. Para o constitucionalista mineiro, “Ficamos, pois, tal qual São Tomé, à espera de que alguém formule um critério que nos convença da racionalidade/utilidade de tal distinção, mas que o faça dentro da aplicação do direito e que não promova uma cisão de ontologia hermenêutica. Assim repudiamos desde já uma postura preguiçosa e estática de simplesmente rejeitar nossas objeções e confirmar a distinção sem nos preocuparmos com a demonstração de uma base racional para sustentá-la. Assim, não podemos mais tolerar que os operadores do direito procedam tal como a sociedade o faz em relação às suas credences, o que pode ser sintetizado no conhecido adágio: ‘Não acredito em bruxas, mas que elas existem, existem...’” (Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate: o Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, pp. 322-323).

ciar as duas modalidades normativas citadas é essencial para operar não só o direito positivo constitucional, mas todo o sistema jurídico”.³

No sistema jurídico, portanto, os princípios, ao lado das regras constituem-se em normas jurídicas.⁴

Na definição dos princípios, nota-se na doutrina tradicional⁵ defeitos capitais: a

3. Fábio de Oliveira, *Por uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 43.

4. Com escopo diverso, não se pretende nesta obra aprofundar no estudo das teorias que procuraram explicar o que são princípios. Para tanto, sugere-se consultar Marcelo Campos Galuppo, *Equalidade e Diferença*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2002, pp. 170-198. Para o referido autor, a doutrina diverge quando visa explicar o que são os princípios. Del Vecchio e Bobbio identificam os princípios com normas gerais ou generalíssimas de um sistema. Robert Alexy defende que os princípios não se aplicam integral ou plenamente a qualquer situação, sendo identificados como *mandados de otimização*, com conteúdo valorativo. Por fim, a teoria discursiva do direito identifica os princípios com normas cujas condições de aplicação não são predeterminadas e não se confundem com valores, tendo como adeptos mais expressivos Josef Esser, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther, guardando-se as diferenças de pensamentos entre eles. V. também: Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 8^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008; Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate...*, cit.

5. José Afonso da Silva diz serem os princípios, “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais” (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 94). Segundo Juarez Freitas, “Por princípio ou objetivo fundamental, entende-se o critério ou a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas” (Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 41). Já Celso Antônio Bandeira de Mello define o princípio jurídico como sendo o “mandamento nuclear de um sistema, ver-

omissão de sua normatividade e a sua análise no plano axiológico. Não podemos, de fato, confundir princípios com valores, como sugere a teoria alexiana.⁶ Princípios são normas, inseridos no âmbito deontológico, não podendo ser hierarquizados.

Não obstante respeitáveis vozes que consideram princípios como sendo valores, admitindo, inclusive, a metodologia da ponderação de valores para a solução de conflitos entre princípios, acredita-se não ser essa a melhor solução, pois princípios são normas e não valores, conceitos que não se confundem, pois são categorias diferentes.⁷ Conforme anota Habermas, “(...) normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira”.⁸

Bonavides⁹ descreve as três fases distintas pelas quais passa a juridicidade dos

dadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, pp. 450-451).

6. Robert Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica*, 2^a ed., São Paulo, Landy Editora, 2005.

7. Frederico Barbosa Gomes, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: uma Visão Crítica*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 135.

8. Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre a Facticidade e Validade*, trad. de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Templo Brasileiro, 2003, p. 317.

9. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 19^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp. 253-266.

princípios: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-positivista. Para a jusnaturalista os princípios são concebidos como axiomas jurídicos, de caráter universal, constitutivos de um Direito ideal. Na fase juspositivista os princípios são erigidos à categoria de fonte normativa subsidiária. Já na fase pós-positivista os princípios passam a ser tratados como direito, tendo como destaque precursor Ronald Dworkin,¹⁰ para quem tanto uma regra positivamente estabelecida como uma constelação de princípios podem impor obrigação legal.

Em 1977, Dworkin começa a sistematizar sua ideia de Direito, lançando o livro *Levando os Direitos a Sério (Taking Rights Seriously)*, publicado no Brasil em 2002. Inicialmente, Dworkin insurge-se contra a ideia de Herbert L. A. Hart¹¹ sobre o fato de que, em algumas situações, o juiz possuiria

10. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 46-47.

11. Trata-se do jusfilósofo inglês Herbert L. A. Hart, para quem os juízes devem usar a discricionariedade para escolher a interpretação que consideram a mais apropriada. Para Hart, quando a regra aplicada é imprecisa, o juiz não tem outra saída a não ser escolher, prudentemente, a opção que considerar mais adequada. Nestas circunstâncias excepcionais, o juiz não está aplicando o direito, eis que as regras não lhe indicam uma ou outra direção, senão criando o direito para caso concreto. Das palavras de Hart extraí-se a sua principal divergência à tese dworkiana: “O conflito directo mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito” (Herbert L. A. Hart,

uma margem de liberdade para escolher a melhor decisão, pois o direito não apresentaria uma solução para o caso.

Para Dworkin, o juiz não possui discricionariedade judicial exatamente porque o ordenamento jurídico não é formado apenas por regras jurídicas, como acreditava Hart, mas também por princípios.

A tese dworkiana parte da premissa da existência de uma única resposta correta para os chamados casos controversos, sendo, pois, atacado por defender a tese da única decisão correta e por lançar mão de um juiz Hércules para resolver todos os problemas jurídicos, de maneira isolada.

Respondendo tais críticas, Dworkin formula a ideia de integridade no Direito, propondo a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte do Direito, pressupondo, ainda, uma espécie de personificação de uma determinada comunidade. Cada decisão deve ser integrada em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio aplicável.¹²

Diante disso, a análise da estrutura das normas jurídicas revela que estas são

O Conceito de Direito, 4^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 335).

12. Segundo Calsamiglia, o esquema utilizado por Dworkin para explicar a tese dos direitos está centrado na análise das controvérsias judiciais, podendo assim ser sintetizado: "A) Em todo processo judicial existe um juiz que tem a função de decidir o conflito; B) Existe um direito a vencer no conflito e o juiz deve indagar a quem cabe vencer; C) Este direito a vencer existe sempre, ainda que não exista norma exatamente aplicável; D) Nos casos difíceis o juiz deve conceder vitória a uma parte baseandose em princípios que lhe garantem o direito; E) Os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que o fundamentam; F) O juiz – ao fundamentar sua decisão em um princípio preeexistente – não inventa um direito nem aplica legislação retroativa: se limita a garantí-lo" (Albert Calsamiglia, Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin, *Derechos en Serio*, trad. de Patrícia Sam-paió, Barcelona, Ariel, 1984. Disponível em http://www.puc-rio.br/sobrepu/pu/direito/pet_jur/patdwork.html, acesso em 28.8.2007).

de duas espécies: princípios e regras jurídicas. O Direito não pode ser concebido como um sistema fechado de regras, como no positivismo preconizado por Hart; ao contrário "regras e princípios são diferentes, mas ambos são normas de caráter vinculante e deontológico".

3. Os princípios dos títulos de crédito

No campo do direito cambial, a doutrina não se mostra consente, designando indistintamente a *cartularidade*, a *literalidade* e a *autonomia* dos títulos de crédito como características,¹³ elementos essenciais,¹⁴ atributos,¹⁵ requisitos essenciais,¹⁶ predicados¹⁷ ou princípios.¹⁸

A cartularidade, a literalidade e a autonomia não podem ser tratadas meramente como elementos de qualificação dos títulos de crédito (característica, atributos, elementos, predicados e requisitos), mas, sim, como fundamento de julgamento do direito cambial, "com o que se enrijece o seu sistema e se lhe permite ser disciplina inconfundivelmente separada das outras".¹⁹

13. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 23^a ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 359.

14. Newton De Lucca, *Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo, Livraria Pioneira, 1979, p. 45.

15. João Eunápio Borges, *Títulos de Crédito*, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 12; Wille Duarte Costa, *Títulos de Crédito*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 70.

16. Waldirio Bulgarelli, *Títulos de Crédito*, 16^a ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 62.

17. Jorge Lobo, "As dez regras de ouro dos títulos cambiais", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 117/7-15, São Paulo, Malheiros Editores, jan.-mar./2000.

18. Fran Martins, *Títulos de Crédito*, 13^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 7; Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, 6^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 371; Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, *Títulos de Crédito*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 59.

19. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Cambiário*, 2^a ed., Campinas, Bookseller, 2001, p. 179.

Apropriando-se da palavra *característica*, Rizzato²⁰ menciona que se refere à literalidade, autonomia, abstração e cartularidade, mas adverte que tão importantes essas qualidades que mais se constituem em princípios, reconhecidos universalmente. Tal discrepância doutrinária, contudo, não se arreda do conceito de título de crédito ditado por Cesare Vivante como sendo “documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado”.²¹

Para o direito cambial, portanto, a cartularidade, a literalidade e a autonomia²² não são meras características, requisitos, elementos ou atributos, mas verdadeiramente princípios, ou seja, normas voltadas, sobretudo para uma comunidade personificada,²³ como sugere a tese dworkiana.

Referir-se, assim, à cartularidade, literalidade e autonomia como “princípios” é mais adequado,²⁴ levando-se em consideração que se constituem em verdadeiros comandos normativos da teoria geral dos títulos de crédito, servindo como alicerce de todo o instituto.²⁵ Segundo Magalhães,

20. Arnaldo Rizzato, *Títulos de Crédito*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 13.

21. Cesare Vivante, *Instituições de Direito Comercial*, 3ª ed., trad. e notas de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, LZN, 2003, pp. 151-152.

22. No princípio da autonomia insere-se a independências das obrigações cambiais, a abstração e a inoponibilidade das exceções pessoais.

23. Segundo Ronald Dworkin, “O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade” (*O Império do Direito*, cit., p. 271).

24. Jean Carlos Fernandes, *Direito Empresarial Aplicado*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 127.

25. Faria refere-se, ainda, ao princípio da legitimação, pelo qual o portador do título, contanto que esteja legitimado na forma prescrita na lei, tem o direito de receber a prestação nele mencionado (Werter R. Faria, “Os títulos de crédito e o Código Civil”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 135/69-75, São Paulo, Ma-

“A literalidade, a autonomia, a abstração, a formalidade e a cartularidade são considerados princípios porque enrijecem o Direito Cambiário e permitem disciplinar o instituto distinguindo-os dos outros”.²⁶

São, portanto, os princípios que norteiam os títulos de crédito os responsáveis pela certeza e a segurança esperada por aqueles que depositam na cábula a confiança para a consecução de seus negócios jurídicos. Tais princípios, sem dúvida alguma, são frutos do esforço da doutrina que culminou numa das melhores demonstrações da capacidade criadora de ciência jurídica nos últimos séculos, chegando, inclusive, a restarem positivados.²⁷

Berberi, quando aborda a questão da positivação dos princípios, adverte: “(...) é de se assinalar que nem todos os princípios estão expressos no ordenamento jurídico. Há vários deles que não se encontram positivados mas nem por isso são de somenos importância. Ao contrário, configuram o arcabouço não só do sistema jurídico, mas também do sistema político de um Estado, como, por exemplo, o princípio democrático no Brasil, derivado que é do princípio republicano”.²⁸

Iheiros Editores, jul.-set./2004). De outro lado, Rosa Júnior adverte não se poder confundir legitimação com literalidade, “porque a literalidade refere-se à obrigação, ao direito mencionado no documento e prende-se, justamente, ao conteúdo e aos limites desse direito; a legitimação, ao contrário, refere-se ao documento quanto ao exercício do direito nele mencionado. Tanto isso é verdade que existem documentos, os títulos impróprios ou pseudotítulos de crédito, que preenchem uma função de legitimação, embora não sejam literais, como, v.g., o bilhete de passagem, porque são meros documentos probatórios da relação causal” (Luiz Emygdio Franco da Rosa Júnior, *Títulos de Crédito*, 2ª ed., cit., p. 62).

26. Rodrigo Almeida Magalhães, “As principais dúvidas na aplicação dos princípios dos títulos de crédito”, *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor* 21/8-19, São Paulo, Magister, jun.-jul./2008.

27. Tullio Ascarelli, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo, Red Livros, 1999, p. 25.

28. Marco Antônio Lima Berberi, *Os Princípios na Teoria do Direito*, cit., p. 86.

Segundo Newton De Lucca,²⁹ o Direito apresenta-se como um ordenamento, ou seja, como um sistema complexo de normas que estejam em coerência umas com as outras, parecendo “razoável concluir-se, assim, que a teoria geral dos títulos de crédito refere-se ao sistema de princípios próprios aplicáveis a tais instrumentos”.

Na abordagem de tais princípios, coube a Cesare Vivante o mérito da construção de uma teoria unitária para os títulos de crédito, definindo o título de crédito como o “documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado”.³⁰

Explica Vivante que “o direito contido no título é um direito literal, porque seu conteúdo e os seus limites são determinados nos precisos termos do título; é um direito autônomo, porque todo o possuidor o pode exercer como se fosse um direito originário, nascido nele pela primeira vez, porque sobre esse direito não recaem as exceções, que diminuiriam o seu valor nas mãos dos possuidores precedentes”.³¹

Nos dizeres de Borges o “título de crédito é, antes de tudo, um documento. O documento, no qual se materializa, se incorpora a promessa da prestação futura a ser realizada pelo devedor, em pagamento da prestação atual realizada pelo credor”.³²

Vivante não poupará críticas aos que afirmaram estar o direito incorporado no título de crédito, preferindo, de acordo com a sua definição, a expressão estar o “direito mencionado no documento”. Para o autor italiano a perda do título não ocasiona o desaparecimento do direito, ele torna-se suspenso até que o título seja substituído por outro equivalente.

29. Newton De Lucca, *Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, cit., p. 4.

30. Cesare Vivante, *Instituições de Direito Comercial*, cit., p. 151.

31. Idem, p. 152.

32. João Eunápio Borges, *Títulos de Crédito*, cit., p. 8.

Newton De Lucca esclarece que “o direito, embora guardando profunda conexão com o documento e daí resultando o fenômeno da cartularidade, não tem a sua existência estritamente condicionada à cártyula. O direito é algo imaterial e, como tal, não desaparece com o documento, como afirmou Vivante, porque sua conexão – mesmo íntima com o documento – não pode destruir sua imaterialidade que extrapola os limites da cártyula”.³³

Aliás, a Lei de Duplicatas n. 5.474, de 1968, em seu art. 23,³⁴ demonstra que a destruição do título não faz, necessariamente, desaparecer o direito cartular, em virtude da possibilidade de obtenção de uma triplicata. Assim, conforme preleciona Ascarelli, “sob esses aspectos se descobre o que há de exagero na imagem da incorporação”.³⁵

Ademais, o Código Civil de 2002, em seu art. 888, revela ter sido este o entendimento adotado pelo legislador brasileiro, ao estabelecer que “a omissão de qualquer requisito legal, que tire ao escrito a sua validade como título de crédito, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem”. O direito, pois, não desaparece com o desaparecimento do título de crédito.

Tal discussão, conquanto de rigor científico, na prática não tem tanta relevância, pois falar-se que o direito está “mencionado”, ou “incorporado” ou “contido” no documento, tem os mesmos efeitos jurídicos, principalmente pelo fato de que é a lei que erige determinado documento à categoria de título de crédito, estabelecendo os requisitos indispensáveis à sua validade.³⁶

33. Newton De Lucca, *Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, cit., p. 13.

34. Brasil, Lei n. 5.478/1968, art. 23: “A perda ou extravio da duplicata obrigará o vendedor a extraír triplicata, que terá os mesmos efeitos e requisitos e obedecerá às mesmas formalidades daquela”.

35. Tullio Ascarelli, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, cit., p. 266.

36. Newton De Lucca, *Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, cit., pp. 15-16.

A clareza com que Vivante definiu o título de crédito traz o conforto para poder elencar como seus princípios a cartularidade, a literalidade e a autonomia.

Para se constituir o título de crédito deve a declaração cambária estar exteriorizada em um documento escrito, corpóreo, em geral uma coisa móvel.³⁷ Tal documento é necessário ao exercício dos direitos nele mencionados. Trata-se do princípio da cartularidade.³⁸

Nos dizeres de Newton De Lucca: “O fenômeno da cartularidade decorre da literalidade e da autonomia. É em razão de ser o direito mencionado no título literal e autônomo que a apresentação da cártyula torna-se necessária para o exercício desse direito. Cartularidade é, para nós, portanto, a necessidade de apresentação do documento para o exercício do direito”³⁹.

A cartularidade, portanto, está intimamente ligada ao documento para que possa ser considerado um título de crédito,⁴⁰ como expresso na definição de Vivante.

37. Fran Martins, *Titulos de Crédito*, vol. 1, 13ª ed., cit., p. 5. Segundo Rosa Júnior, “O título de crédito corresponde a bem móvel (CCB, arts. 47 e 48, e CCB de 2002, arts. 82 a 84), estando, portanto, sujeito aos princípios que disciplinam a circulação de tais bens, como, por exemplo, a posse de bafe-fé vale como propriedade (LUG, art. 16, II, e LC, art. 24). O portador do título, para ser considerado legítimo, deve justificar seu direito por uma série ininterrupta de endossos, mesmo que o último seja em branco (LUG, art. 16, al. 1º, LC, art. 22)” (Luiz Emygdio Franco da Rosa Júnior, *Titulos de Crédito*, 2ª ed., cit., 54).

38. O princípio da cartularidade encontra-se relativizado no tocante aos títulos do agronegócio, regulados pela Lei 11.076/2006.

39. Newton De Lucca, *Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, cit., p. 57.

40. A Medida Provisória n. 442, de 6.10.2008, posteriormente convertida na Lei n. 11.882, de 23.12.2008, ao criar a Letra de Arrendamento Mercantil – LAM, também relativizou o princípio da cartularidade ao permitir a emissão do título sob a forma escritural, não obstante tenha deixado de regular como ficarão as declarações cambiais sucessivas e eventuais (endosso e aval), eis que se concretizam mediante aposição física de assinatura na

A literalidade ou completude, por sua vez, reside no fato de que só vale o que se encontra escrito no título, ou seja, somente pode ser exigido o conteúdo da cártyula; o direito nele mencionado. O que não está expressamente consignado no título de crédito não produz consequência nas relações jurídico-cambiais.⁴¹

Mas por que é decisivo, em relação ao direito nele mencionado, o teor do título? A resposta encontra-se nas palavras do festejado Mestre italiano Tullio Ascarelli:

“A explicação da literalidade, que a doutrina eleva a característica essencial do título de crédito, está na autonomia da declaração mencionada no mesmo título (declaração cartular) e na função constitutiva que, a respeito da declaração cartular e de qualquer das suas modalidades, exerce a redação do título; essa declaração está, pois, submetida exclusivamente à disciplina que decorre das cláusulas do próprio título.

“Se a nossa explicação não fosse exata, se o documento tivesse apenas uma eficácia probatória da declaração documentada, o portador do título – ao contrário do que antes lembramos – poderia gozar de direitos diversos dos decorrentes do título, mesmo sem recorrer a qualquer convenção extracartular.”⁴²

Não se deve, porém, confundir literalidade com formalismo. “O formalismo estabelecido pela lei define o ‘teor específico’ do documento e é pertinente à existência da declaração cartular ‘como tal’. Já a literalidade visa à subordinação dos direitos cartulares unicamente ao ‘teor da escritura’, atribuindo relevância jurídica somente aos elementos expressos na cártyula.”⁴³

cártyula, conforme regulado pela Lei Uniforme de Genebra.

41. Fábio Ulhoa Coelho, *Manual de Direito Commercial*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 234.

42. Tullio Ascarelli, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, cit., p. 68.

43. Newton De Lucca, *Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, cit., p. 52.

Por último, a autonomia do título de crédito determina que cada pessoa que a ele se vincula assume obrigação autônoma relativa ao título, não se vinculando uma à outra, de tal forma que uma obrigação nula não afeta as demais obrigações válidas no título, a teor dos arts. 7º do Decreto n. 57.663, de 1966 (Lei Uniforme de Genebra – LUG) e 13 da Lei de Cheque (Lei n. 7.357, de 1985).

É também em razão da autonomia do título de crédito que o possuidor de boa-fé não tem o seu direito restrinido em decorrência de negócio subjacente entre os primitivos possuidores e o devedor. Surge aqui o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais, consagrado pelos arts. 17 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto n. 57.663, de 1966), 25 da Lei de Cheque (Lei n. 7.357, de 1985) e 916 do Código Civil de 2002.

Destaca-se que as inoponibilidades⁴⁴ que tratam de vícios na constituição do direito cartular e vícios formais do título são oponíveis ao terceiro de boa-fé; ao contrário, as inoponibilidades relacionadas às convenções extracartulares, que dizem respeito ao negócio subjacente, e as referentes à aquisição *a non domino* do título, não podem ser opostas ao terceiro de boa-fé, em conformidade com os arts. 16 do Decreto n. 57.663, de 1966, 24 da Lei n. 7.357, de 1985 e 905, parágrafo único, do Código Civil.

De outro lado, quando se trata de víncio de constituição do direito cartular, tais como, incapacidade, falsidade ou homonímia de firma e falsificação do conteúdo do título, pouco importa a boa-fé do terceiro, o que poderá, inclusive, conduzir à nulidade da cártyula caso não existam outros signatários coobrigados.⁴⁵

44. Para um estudo mais aprofundado sobre a disciplina das inoponibilidades, consulte-se a obra de Newton De Lucca, *Aspectos da Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, cit., pp. 97-103.

45. Confira-se, a respeito, o art. 915 do Código Civil: "O devedor, além das exceções fundadas nas

Aliás, não se pode falar de autonomia dos títulos de crédito sem que se faça, ainda que rapidamente, uma abordagem sobre a abstração, outro princípio característico de tais documentos.

A autonomia dos títulos de crédito compreende dois aspectos: autonomia do título (abstração) e autonomia das obrigações nele assumidas (independência das obrigações cambiais).

Pela abstração temos que os direitos decorrentes dos títulos são abstratos, independentes do negócio que deu lugar ao seu surgimento.⁴⁶ A abstração não se confunde com a autonomia das obrigações cambiais (princípio da independência das obrigações cambiais). Aquela traz a regra de que uma vez emitido o título este se libera de sua causa e esta disciplina que as obrigações assumidas no título são independentesumas das outras.

Segundo Fran Martins, "(...) a abstração do direito emergente do título significa que esse direito, ao ser formalizado o título, se desprende de sua causa, dela ficando inteiramente separado. Se o título é um documento, portanto, concreto, real, o direito que ele encerra é considerado abstrato, tendo validade, assim, independentemente de sua causa".⁴⁷

Todavia, a jurisprudência tem limitado a aplicação do princípio da abstração quando inexistente a circulação do título, admitindo, assim, a discussão da *causa debendi* entre as partes do negócio subjacente.

O título de crédito deve obedecer ainda ao princípio da tipicidade, sendo regulado por lei específica que lhe dite os

relações pessoais que tiver com o portador, só poderá opor a estes 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 da ação".

46. Fran Martins, *Títulos de Crédito*, 13ª ed., cit., p. 9.

47. Idem, ibidem.

requisitos essenciais para a sua existência e validade jurídica, observando os demais princípios que o regem, a fim de resguardar e dar eficácia aos ajustes entre as pessoas que com ele transacionam.

4. Ineficácia parcial e não invalidade do aval prestado sem outorga conjugal

Para reforçar a confiança de que o título será pago surge a figura do aval, como garantia objetiva e formal, típica do direito cambiário. O aval é, portanto, uma declaração cambiária sucessiva, eventual, pela qual o signatário garante o pagamento do título, no todo ou em parte,⁴⁸ tendo como função econômica principal a de reforçar o crédito cambiário, facilitando e conferindo maior credibilidade para a sua circulação.

Deve se destacar que, não obstante ser também instrumento de garantia, a fiança não se confunde com o aval. Pelo contrato de fiança (garantia fidejussória), instituto do direito comum, o fiador garante satisfazer ao credor a obrigação assumida pelo devedor, sendo, pois, obrigação acessória, como se depreende do art. 818 do Código Civil.

Já a obrigação do avalista é autônoma, formal, independente, abstrata e puramente objetiva, mantendo-se mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma. “O aval é *in rem*, não *in personam*”.⁴⁹

O aval constitui-se por simples assinatura do avalista no verso ou anverso do título, devendo indicar por quem se dá e

48. A garantia “em parte” configura o chamado aval parcial, admitido pelos arts. 30 do Decreto n. 57.663/1966, e 29 da Lei n. 7.357/1985, não obstante a vedação constante do parágrafo único do art. 897 do Código Civil, a qual não prevalece por conflitar com lei especial.

49. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, vol. V, livro III, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1934, pp. 319-323.

na falta de indicação considera-se dado ao sacador na letra de câmbio e emitentes na nota promissória e no cheque. Trata-se do chamado aval em branco, o qual, na duplicita, é prestado àquele abaixo de cuja firma o avalista lançar a sua; fora desses, ao comprador (sacado).⁵⁰

Segundo disposição da Lei Uniforme de Genebra, o avalista responde *da mesma maneira* que a pessoa avalizada. A obrigação assumida pelo avalista é autônoma, independente e abstrata, devendo subsistir mesmo quando se trata de aval antecipado na letra de câmbio (aval em favor do sacado que não aceita o título) em razão dos princípios (normas) aplicáveis ao direito cambiário, ao contrário do que defende respeitosa posição doutrinária.⁵¹

Broseta Pont argumenta que a opinião doutrinária de acessoriedade do aval não pode manter-se na atualidade, pois

“(...) la propia Ley configura el aval más bien como una garantía autónoma (así, la propia Exposición de Motivos y el importante artículo 37.1, que señala que el aval ‘será válido aunque la obligación

50. O aval está previsto nos arts. 14 e 15 da Lei Cambial (Decreto n. 2.044/1908), arts. 30 a 32 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto n. 57.663/1966), arts. 29 a 31 da Lei de Cheque (Lei n. 7.357/1985), art. 12 da Lei de Duplicatas (Lei n. 5.474/1968) e arts. 898 a 900 do Código Civil.

51. Para Wille Duarte Costa, no aval antecipado “existe uma acessoriedade formal, de tal forma que o aval antecipado só prevalece se existir formalmente a obrigação avalizada” (*Títulos de Crédito*, 3ª ed., cit., p. 206). Igualmente é a posição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, para quem “é inegável que o nexo de garantia do aval acusa nítida subordinação – e não apenas coordenação – da obrigação do avalista para com a do avalizado, pois é a última que determina, além da posição que o avalista ocupa no título, a essência de sua própria obrigação” (*Aval – Alcance da Responsabilidade do Avalista*, São Paulo, Ed. RT, 1987, p. 109). Segundo Fran Martins, “o aval pode ser dado ao sacado, mas esse aval, a nosso ver, fica sujeito, para a sua validade, ao fato de o sacado vir a aceitar, futuramente, letra” (Fran Martins, *Títulos de Crédito*, 13ª ed., cit., p. 165). Todos os entendimentos, porém, pecam em um ponto: olvidam da natureza normativa do princípio da independência das obrigações cambiais.

garantizada fuese nula', lo que choca con la accesoriedad propia de la fianza). De la misma forma, se prohíbe al avalista oponer las excepciones personales del avalado (art. 37.1 LCCh), lo que refuerza el carácter autónomo de la garantía asumida por aquél (...).

"En consecuencia, el avalista asume con su firma una obligación propia y distinta de la del avalado, a pesar de que la Ley señale que responde 'de igual manera que el avalado' (art. 37.1 LCCh). No obstante, esta última afirmación ha de entenderse con las debidas cautelas, como alusiva al hecho de que el avalista soporta el mismo tipo de responsabilidad que la persona a quien avala (aunque puede ser distinta la extensión de la responsabilidad, al admitirse el aval parcial). De esta forma, el avalista del aceptante responde como obligado directo, en tanto que el avalista de un obligado en vía de regreso responde cuando se den los presupuestos para responder en vía de regreso (falta de pago y levantamiento de protesto o declaración equivalente)." ⁵²

52. Manuel Broseta Pont, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 14^a ed. a cargo de Fernando Martínez Sanz, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 447-448. Tradução livre: "(...) a própria lei configura o aval bem mais como uma garantia autônoma (assim, a própria Exposição de Motivos e o importante artigo 37.1, que assinala que o aval 'será válido ainda que a obrigação garantida fosse nula', o que colide com a accesoriadade própria da fiança). Da mesma forma, se proíbe ao avalista opor as exceções pessoais do avalizado (art. 37.1 LCCh), o que reforça o caráter autônomo da garantia assumida por aquele. (...) Em consequência, o avalista assume com sua firma uma obrigação própria e distinta da do avalizado, apesar de que a Lei assinala que responde 'de igual maneira que o avalizado' (art. 37.1 LCCh). Não obstante, esta última afirmação há de entender-se com as devidas cautelas, como alusiva ao fato que o avalista suporta o mesmo tipo de responsabilidade que a pessoa a quem avalia (ainda que pode ser distinta a extensão da responsabilidade, ao admitir-se o aval parcial). Desta forma, o avalista do aceitante responde como obrigado direto, no entanto o avalista de um obrigado em vía de regreso responde quando se tem os pressupostos para responder em vía de regreso

Na realidade, a expressão *da mesma maneira*, inserta no art. 32 da Lei Uniforme de Genebra, representa a posição do avalizado na letra de câmbio, à qual se equipara o avalista (devedor direto, se avalista do aceitante; devedor indireto, se avalista do sacador ou dos endossantes).⁵³

Dessa forma, descabe falar em accesoriadade no aval, seja material ou formal, muito menos subordinação da garantia à obrigação do avalizado, sob pena de, absurdamente, tratar o aval como se fosse fiança. O aval não se confunde com a fiança, muito menos a ela se equipara, mesmo quando se dá após o vencimento do título (aval póstumo).⁵⁴

Aliás, a independência formal e material do aval resta evidenciada ao exame dos arts. 43 e 51 da Lei Cambial (Decreto n. 2.044, de 1908), que reforçam a aplicação do princípio da independência das obrigações cambiais:

"Art. 43. As obrigações cambiais são autônomas e independentes uma das outras. O signatário da declaração cambial

(falta de pagamento e lavratura de protesto ou declaração equivalente)".

53. Devedor direto é aquele que assume promessa direta de pagamento do título (aceitante na letra de câmbio e na duplicata; emitente na nota promissória e no cheque; sacado na duplicata sem aceite, desde que acompanhada do comprovante de entrega e recebimento das mercadorias e certidão de protesto do título; e seus avalistas). Devedor indireto é aquele que assume obrigação indireta de pagar o título (endossantes e seus avalistas), dependente, para serem acionados via ação cambial/execução, de protesto prévio do título, nos termos da Lei n. 9.492, de 1997. Trata-se da modalidade de protesto necessário para garantir direito de regresso, a exemplo do art. 13, § 4º, da Lei n. 5.474/1968.

54. Sobre o aval póstumo, confira-se: Código Civil: "Art. 900. O aval posterior ao vencimento produz os mesmos efeitos do anteriormente dado". Lei de Duplicatas (Lei n. 5.474/1968): "Art. 12. O pagamento da duplicata poderá ser assegurado por aval, sendo o avalista equiparado àquele cujo nome indicar; na falta da indicação, àquele abaixo de cuja firma lançar a sua; fora desses casos, ao comprador. Parágrafo único. O aval dado posteriormente ao vencimento do título produzirá os mesmo efeitos que o prestado anteriormente àquela ocorrência".

fica, por ela, vinculado e solidariamente responsável pelo aceite e pelo pagamento da letra, sem embargo da falsidade, da falsificação ou da nulidade de qualquer outra assinatura.”

“Art. 51. Na ação cambial, somente é admissível defesa fundada no direito pessoal do réu contra o autor, em deferido de forma do título e na falta de requisito necessário ao exercício da ação.”

Com base em ultrapassada interpretação meramente positivista, não se pode entender que a expressão *da mesma maneira*, contida no referido art. 32 da Lei Uniforme de Genebra sobrepõe-se aos princípios dos títulos de crédito. Pensar diferente seria violar o princípio (norma) da independência das obrigações cambiais, inclusive positivado nos arts. 43 do Decreto n. 2.044, de 1908, e 7º do Decreto n. 57.663, de 1966.

Destaca João Eunápio Borges que o aval não possui nenhum laço de acessoria e a recusa de aceite – no caso de aval antecipado – não importa na sua imprestabilidade. Assim conclui o comercialista mineiro:

“Firmando, pois, o aval pelo aceitante, a única conclusão é que o avalista quis garantir o pagamento da letra como obrigado principal, colocando sua responsabilidade no mesmo posto que teria o sacado, se aceitasse. Se a recusa do aceite importasse a imprestabilidade do aval, falharia a garantia justamente no momento em que era mais necessária à vida e ao crédito do título. Que tal solução não pode admitir-se, basta considerar no logro que representaria para a boa-fé de terceiros, que podem haver negociado a letra, exclusivamente confiados no pagamento garantido por um avalista que, de modo expresso, declarou equiparar-se ao aceitante, assumindo-lhe as vestes e a responsabilidade.

“(…).

“Em síntese, pois, afirmamos:

“É válido o aval em favor do sacado, antes do aceite. A recusa total ou parcial

do aceite nenhuma influência exercerá sobre a responsabilidade do avalista, que independente do aceite assumiu a obrigação de garantir o pagamento do título.

“(…).

“O avalista é um obrigado cambial que ocupa, no contexto cambiário, a mesma posição jurídica objetiva da pessoa a favor de quem avalizou e à qual se equipa, nos termos do art. 15: será, pois, um obrigado direto, se avalista do aceitante, ou do emitente, quando se tratar de promissórias, ou de regresso, se avalista do sacador ou dos endossadores.

“Não se pode dizer, porém, que sua obrigação seja a mesma obrigação do avalizado, mas simplesmente que é obrigação da mesma espécie, do mesmo grau. Não é a mesma obrigação do avalizado, que pode não existir ou não ser válida, sem que a do avalista sofra a menor restrição quanto à validade e a eficácia.”⁵⁵

Por fim, o Código Civil de 2002 trouxe a necessidade de outorga uxória ou vênia conjugal para a validade do aval, salvo se o regime do casamento for o da separação absoluta de bens,⁵⁶ questão discutida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial em comento.

Novamente, o legislador confundiu aval com fiança. Como dito, o aval é obri-

55. João Eunápio Borges, *Do Aval*, 4ª ed., cit., pp. 155-156 e 164. Não obstante tenha divergência quanto ao aval antecipado, o Professor Wille Duarte Costa, ao reproduzir outras lições de João Eunápio Borges, destaca que “Esse é o conselho de quem sabe das coisas, que reproduzimos inteiramente, pela saudade que ainda temos de suas magistras aulas, de sua simpatia e de seu conhecimento” (Wille Duarte Costa, *Títulos de Crédito*, 3ª ed., cit., p. 159).

56. Brasil, Lei n. 10.406/2002: “Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: (...) III – prestar fiança ou aval”; “Art. 1.649. A falta de autorização, não surpresa pelo juiz, quando necessário (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal”.

gação cambial autônoma, independente e incondicional, sendo totalmente descabido exigir outorga para a sua validade, sob pena de querer transmudá-lo em obrigação acessória.

Uma melhor exegese, portanto, do art. 1.649 do Código Civil, leva-se à conclusão de que a falta de outorga não invalidará o aval, mas configurará sua ineficácia parcial no tocante ao cônjuge que não participou do ato, em conformidade com o princípio da independência das obrigações cambiais (art. 7º do Decreto n. 57.663, de 1966, e art. 13 da Lei n. 7.357, de 1985). A consequência jurídica, portanto, da ausência de outorga no aval será decidida no plano da eficácia e não no da invalidade, aplicando-se o art. 3º da Lei n. 4.121, de 1962.

Assim foi, aliás, a posição adotada na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, quando se editou o Enunciado 114: “O aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu”.

Sobre o tema, a seguinte decisão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação n. 70021954078, sendo relator o Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, realizado em 21 de maio de 2008, no sentido de que

“(...) não há que se falar em invalidação do aval, com fundamento no art. 1.647, inc. III, do Código Civil, pouco importando que o negócio jurídico tenha sido levado a efeito durante a vigência do novo ordenamento civil, pois a simples ausência de outorga uxória não torna nula a garantia concedida, posto que o avalista deve garantir a dívida com sua meação.

“(...)”.

“Frise-se, que se este não fosse o objetivo do legislador, não haveria impedimento para que o próprio avalista pleiteasse a invalidação do aval, o que é expressamente vedado pelo art. 1.650 do Código de Processo Civil, de sorte que não se deve

levar em consideração a valoração conferida pela parte apelante ao art. 1.647, III, do CPC, pois a simples ausência de vênia conjugal.”

Como dizem Sztajn e Verçosa, a “explicação e alerta de Ascarelli quanto à importância dos títulos de crédito, entretanto, parece ter sido abandonada pelo novo Código Civil”, carecendo de harmonização entre os dispositivos de direito cambiário e os de direito civil, principalmente no que toca à outorga conjugal no aval.⁵⁷

Já dizia José Maria Whitaker, em texto clássico publicado pela *Revista dos Tribunais* nos idos de 1921, que, de todas as restrições imposta à liberdade da fiança, a outorga conjugal é a mais inconciliável com os princípios fundamentais do direito cambiário. A partir daí indaga:

“A letra é essencialmente um título de circulação.

“Como, pois, submettel-a a uma exigência que, restringindo a capacidade cambiaria, obrigaría os adquirentes da letra a uma indagação prévia fóra della, a respeito do estado civil dos respectivos avalistas?”⁵⁸

Cumpre acrescentar a posição de Bruno Vaz de Carvalho, invocando a regra de conflito prevista no art. 903 do Código Civil: “Não há norma expressa que diga não ser necessária a outorga uxória, mas a regra é mais abrangente, diz que a assinatura se basta, desde que capaz aquele a opõe no título. Assentado que a necessidade de outorga não representa incapacidade, é inevitável a conclusão de que a regra do art. 1.647, III, do Código Civil inova e estabelece regra que contraria a disciplina da legislação especial de diversos títulos. Criar e exigir a implementação de requisitos

57. Rachel Sztajn e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, “A disciplina do aval no novo Código Civil”, *Revisa de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 128/33-40, São Paulo, Malheiros Editores, out.-dez./2002.

58. José Maria Whitaker, “Sobre a natureza do aval”, *RT*, ano X, fascículo n. 199, vol. XXXVII, São Paulo, Ed. RT, 16.2.1921, pp. 139-143.

to de validade outro, que modifica a disciplina das leis especiais significa romper com a regra de conflito de leis estabelecida pelo próprio legislador".⁵⁹

É de ver-se, portanto, que não agiu com acerto o Superior Tribunal de Justiça no julgamento em apreço. Primeiro, porque, não obstante a importância de se analisar a abrangência da expressão "separação absoluta de bens" contida no art. 1.647, inciso III, do Código Civil, tal discussão não deveria ter sido o ponto central do debate, pois irrelevante quando se trata de aval. Segundo, porque o aval, como obrigação cambial, é independente e autônomo, não se sujeitando a condição extracartular para sua validade (outorga conjugal, por exemplo). O aval segue os comandos normativos do direito cambiário, os quais positivam o princípio da independência das obrigações cambiais. Tais normas especiais sobrepõem-se ao disposto no art. 1.647, inciso III, do Código Civil, o que, inclusive, restou reconhecido pelo art. 903 do mesmo diploma legal.

5. Conclusão

Destarte, o aval prestado sem outorga mantém a sua higidez, em razão dos princípios da cartularidade, literalidade, autonomia e independência das obrigações cambiais. Não se trata, portanto, de invalidade do aval em tal caso, mas apenas em sua ineficácia parcial no tocante ao cônjuge dissidente.

Dessa forma, eventual ausência de outorga não implicará na invalidade do aval, com proclama o art. 1.649 do Código Civil, inaplicável aos títulos regulados em leis especiais. No muito, a ausência de outorga configurará ineficácia parcial (não produzindo efeitos no tocante ao cônjuge que não participou do ato,⁶⁰ que poderá defender a sua meação no patrimônio comum, desde que demonstre não ter ocorrido benefício do casal), sob pena de afrontar os princípios dos títulos de crédito, notadamente da independência das obrigações cambiais.

59. Bruno Vaz de Carvalho, "Aval e outorga no casamento e na união estável", in Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Guilherme Calmon Nogueira da Gama (coords.), *Temas de Direito Civil-Empresarial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 430-465.

60. Entende Faria que para "obterem o efeito contrário ao visado pela lei, e não admitido (responsabilidade comum), os bancos impõem o aval do outro cônjuge e, desse modo, cometem abuso de direito" (Werter R. Faria, "O aval, o Código Civil e os bancos", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 134/48-65, São Paulo, Malheiros Editores, abr.-jun./2004).