CONTENCIOSO

ASPECTOS JURÍDICOS DO AVAL, DA FIANÇA E DO DEVEDOR SOLIDÁRIO E SUAS DISTINÇÕES

03 DE NOVEMBRO DE 2021

AUTORES

ROBERTO SCACCHETTI
SÓCIO / SÃO PAULO

GIOVANNA LEONHARDT
ADVOGADA / SÃO PAULO

/

Diante do cenário econômico atual, a questão das garantias contratuais está cada vez mais em voga nos negócios jurídicos concretizados nos últimos anos. Para assegurar o fiel e integral cumprimento dos contratos firmados, as partes têm buscado mecanismos que garantam a segurança desses instrumentos.

Para celebrar e executar um negócio, não basta apenas acreditar que o devedor honrará suas obrigações contratuais. É necessário garantir que, na hipótese de descumprimento do contrato, o credor terá condições de executar – de forma rápida e eficiente – as garantias que lhes serão apresentadas para ressarci-lo dos prejuízos que a inadimplência seguramente lhe causará. Pode-se dizer, portanto, que a existência de uma garantia é, muitas vezes, o que define a conclusão (ou não) de um negócio. Daí sua evidente importância.

A fiança e o aval são as mais frequentes modalidades de garantia contratual. Ambas são escolhidas em muitas situações da prática comercial, apesar de não atrelarem a dívida a determinado bem, justamente por serem garantias pessoais, na medida em que se originam de relações obrigacionais.

Enquanto a fiança é válida para contratos em geral, o aval é instituto vinculado ao direito cambial, só podendo ser atrelado a títulos de crédito.

Apesar de haver diferença entre os institutos, as partes contratantes raramente são capazes de distingui-los com facilidade. Essas modalidades de garantia se confundem até mesmo com a situação em que, especificamente, é estabelecida a extensão da solidariedade passiva (art. 264, CC). Por essa razão, é comum o equívoco na nomenclatura da modalidade de garantia indicada no âmbito do contrato, fato que pode dar margem à discussão sobre a interpretação da cláusula que estipula a sua prestação.

Dito de outro modo: o interveniente garantidor solidário não se confunde com o fiador, nem com o avalista. Apesar disso, o devedor solidário e o avalista respondem pela obrigação nas mesmas condições, na mesma forma e tempo que o devedor que assumiu a obrigação (arts. 275 e 899, CC), não dispondo, pois, do benefício de ordem com o qual o fiador é contemplado por força de lei.

Sobre o benefício de ordem, o credor deve acionar primeiro o devedor principal. Assim, a execução do patrimônio do fiador (por toda a dívida) inicia-se apenas na hipótese de não terem sido encontrados bens do devedor originário ou em razão da insuficiência de recursos. De todo modo, caso o contrato indique a renúncia ao benefício da ordem – pretensão legalmente prevista e que não enseja abusividade da cláusula (REsp nº 851.507) – o fiador, que antes respondia subsidiariamente pela dívida, passa a concorrer com o devedor originário, como ocorre nos casos de solidariedade e no aval.

Enquanto a fiança é contrato acessório e solene (que deve observar forma escrita – art. 819, CC – e ser efetivado por instrumento público ou particular, ou, ainda, no próprio corpo do contrato), o requisito de validade da solidariedade passiva e do aval é único: basta a assinatura do devedor solidário e do avalista no instrumento contratual.

Por outro lado, embora a solidariedade e o aval – ao contrário da fiança – tenham natureza substancialmente autônoma e independente (já que não se subordinam à obrigação principal), elas também não se confundem entre si, uma vez que o aval é instituto específico para títulos de crédito.

É importante dar atenção também ao formalismo legal relacionado à outorga uxória, que impede um dos cônjuges de assumir obrigações específicas sem a prévia autorização do outro para evitar a dilapidação do patrimônio do casal. Se, por um lado, não existe disposição legal que prevê a necessidade da vênia conjugal para a validade da solidariedade passiva, por outro, há entendimento sumulado de que a "fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia" (Súmula 332 do STJ).

Embora exista disposição em lei exigindo outorga uxória para que haja eficácia plena do aval (art. 1.647, III, CC) – previsão que é confirmada pela maioria dos julgados que decidiram a matéria –, a jurisprudência recente entende que a interpretação desse artigo deve se adequar às características do aval.

Tendo em vista que o aval imprime às transações bancárias maior eficiência e agilidade – reduzindo, inclusive, os custos de operações financeiras –, não poderia a lei impor a necessidade de outorga, sob pena de fadar ao insucesso o próprio instituto.

E é por isso que julgados recentes posicionam-se no sentido de que a necessidade de outorga uxória deve-se limitar aos casos em que o aval é prestado nos títulos regidos pelo Código Civil (em consonância com o art. 1.647, III, CC). Ela não alcança os títulos de créditos nominados (típicos), que são regrados por leis especiais, nas quais não haveria tal exigência.

Delineadas as principais diferenças entre os institutos da solidariedade passiva, da fiança e do aval, nota-se a importância na distinção das nomenclaturas e no uso correto de tais figuras pelos contratantes. É evidente que, embora haja semelhanças, o interveniente garantidor solidário, o fiador e o avalista são figuras jurídicas distintas e, por isso, devem ser claramente definidas nas cláusulas contratuais para evitar a aplicação de regime diferente da vontade das partes contratantes.