

Solidariedade e fiança

ARNOLDO WALD

I. Introdução

1. Os bancos costumam celebrar, de acordo com as praxes bancárias, contratos de mútuo padronizados, nos quais a obrigação de pagar os valores mutuados e os respectivos encargos financeiros recai sobre o mutuário e os devedores solidários, que também concedem procuração a um mandatário, para aceitar letras de câmbio representativas do seu débito.

2. Em alguns casos recentes julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foram proferidas decisões que consideram os bancos carecedores de ação contra os devedores solidários, por entenderem os julgadores que se tratava de fiança disfarçada ou de aval, “pouco importando o *nomem juris* que lhe tenham sido atribuídos no contrato”, e que, conseqüentemente, não eram exigíveis as obrigações por não ter havido a necessária *outorga uxória*.

3. O problema básico que se apresenta é, pois, a distinção que se deve fazer, no direito vigente, entre a obrigação solidária e a fiança, examinando-se a interpretação que deve ser dada aos contratos acima referidos.

4. Examinaremos, sucessivamente, os princípios básicos da hermenêutica aplicáveis aos contratos bancários, a distinção entre a obrigação solidária e a fiança, o caráter comercial do contrato, a interpretação econômica que tem sido dada à fiança pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, e, finalmente, apresentaremos as nossas conclusões.

II. Da interpretação dos contratos bancários

5. Lembra o Professor RUBENS REQUIÃO que “a tutela do crédito e a segurança na circulação dos bens, dada a celeridade das operações realizadas em massa, importa muitíssimo ao Direito Comercial. Mais ao Direito Comercial do que ao Direito Civil. A solidariedade das obrigações era implícita no Direito Comercial desde os seus primórdios” (*Curso de Direito Comercial*, 1971, p. 22).

6. Sendo o Direito Bancário o ramo mais flexível do Direito Comercial, a afirmação do professor paranaense se aplica, com mais razão e densidade, nas relações entre o banqueiro e seus clientes. As recentes massificação e padronização dos contratos, aceleradas pela informatização imperante nesta área, exigem a rapidez na contratação e a supressão do formalismo.

7. Existem, pois, normas peculiares para a interpretação dos negócios bancários, dando-se maior importância à boa-fé das partes, ao espírito de colaboração que deve existir entre elas, às finalidades econômicas do contrato, às condições gerais existentes no mercado, à indivisibilidade do conjunto de contratos que constituem o negócio concebido pelos contratantes, e à lealdade recíproca que entre eles deve existir (LUIZ MUÑOZ, *Contratos y Negocios Jurídicos Financieros*, 1981, pp. 447 e seguintes, e ARNOLDO WALD, O Papel Pioneiro do Direito Bancário, in *Revista Forense*, vol 262, pp. 23/30).

8. Embora estes princípios estejam presentes tanto no Código Civil, como no Código Comercial, é no Direito Bancário que eles alcançam a sua plena extensão. Não obstante se trate, no caso, de um contrato de adesão e a interpretação deva ser realizada atendendo à conservação do negócio jurídico, as conclusões do Poder Judiciário não podem alterar as bases econômicas ou a equação econômico-financeira concebida e aceita pelas partes. Este equilíbrio, que mereceu consagração constitucional e legal, no Direito Administrativo, e que a doutrina e a jurisprudência consideram indispensável no Direito Privado, é essencial nos negócios bancários, pois os mesmos são realizados, na maioria dos casos, com recursos alheios pertencentes aos depositantes. Assim sendo, descabe admitir em favor dos devedores ou aderentes, interpretações demagógicas que, em tese, estariam protegendo as pessoas economicamente fracas contra as mais possantes instituições financeiras, porque, na realidade, assim fazendo, estar-se-ia violando os princípios da boa-fé, e da comutatividade dos contratos e ameaçando a própria sobrevivência do sistema financeiro e os direitos dos depositantes.

9. Acresce que as condições gerais admitidas, de modo pacífico e por longo tempo no mercado, com base nas leis e praxes vigentes, não podem, de um momento para o outro, ser modificadas ou afastadas pelo Poder Judiciário, em suas decisões proferidas em detrimento da estabilidade e da segurança do sistema.

10. Por mais importância que tenham os fatos econômicos, as categorias jurídicas devem ser mantidas e preservadas, sob pena de afetar toda a construção de um conjunto de relações, que criam direitos e deveres para as partes. Fazer prevalecer, com exclusividade, no campo jurídico, a função econômica das técnicas e das instituições, poderia levar a confundir os juros e os dividendos, a propriedade e o *leasing*, a gerência e o controle, o aval e a fiança, que, embora caracterizando situações de fato semelhantes, correspondem a realidades jurídicas distintas. Na verdade, a excessiva simplifi-

cação do direito e a aplicação generalizada da teoria da desconsideração baseadas em analogias de fato, embora inspiradas por boas intenções, pode implicar em retrocesso no desenvolvimento do direito e na civilização de um país.

11. É necessário lembrar que as técnicas jurídicas constituem elementos importantes do progresso humano, no plano econômico e social. GEORGES RIPERT lembrava que a sociedade anônima foi uma criação tão importante quanto a eletricidade e a máquina a vapor (*Les Aspects Juridiques du Capitalisme*, 1946, p. 48). No Brasil, o crédito ao consumidor e a alienação fiduciária permitiram o acesso de uma grande parte da população a bens que anteriormente não lhe seria possível adquirir e ensejaram, assim, a produção em massa, dando nova dimensão à nossa economia. Por sua vez, o arrendamento mercantil foi um relevante fator de modernização da nossa indústria. Afetar a pureza e integridade de técnicas jurídicas, em nome do realismo econômico, pode importar em verdadeira subversão da segurança que as relações econômicas exigem para a sua existência e permanência.

12. Na interpretação dos contratos bancários, como nos demais contratos empresariais, é preciso respeitar as premissas estabelecidas na negociação, não cabendo ao Poder Judiciário desconsiderar técnicas e institutos jurídicos criados pelo legislador e aos quais ele sabiamente concedeu autonomia na sistemática jurídica, especialmente quando não comprovada a existência de fraude.

III. *Da distinção entre fiança e obrigação solidária*

13. É tradicional a distinção entre obrigação e responsabilidade, sendo a primeira a relação originária entre credor e devedor, abrangendo uma prestação de caráter patrimonial, e a segunda a relação secundária, na qual, não cumprida a prestação, o credor executa o patrimônio do devedor ou de terceiro que, em virtude do contrato ou da lei, lhe é equiparado.

14. Assim sendo, verifica-se, de imediato, que não há possibilidade de confundir o *devedor solidário*, que está presente na *relação originária*, com o *fiador* que é *responsável*, na relação secundária ou decorrente, *sem ser nem ter sido devedor*, embora a este possa ser, eventual e expressamente, equiparado. Já tivemos o ensejo de escrever que, embora obrigação e responsabilidade estivessem normalmente vinculadas, nada impede que haja uma obrigação sem responsabilidade, ou uma responsabilidade sem obrigação.

15. E acrescentamos:

“Como exemplo do primeiro caso, costuma-se citar as obrigações naturais, que não são exigíveis judicialmente, mas que,

uma vez pagas, não dão margem à repetição do indébito, como ocorre em relação às dívidas de jogo e aos débitos prescritos pagos após o decurso do prazo prescricional. Há, ao contrário, responsabilidade sem obrigação no caso de fiança, em que o fiador é responsável, sem ter dívida, surgindo o seu dever jurídico, com o inadimplemento do afiançado em relação à obrigação originária assumida.” (ARNOLDO WALD, *Obrigações e Contratos*, 8.ª edição, 1989, p. 5).

16. Enquanto a *fiança* é uma *garantia pessoal dada à obrigação, a solidariedade é uma maneira de ser ou uma forma das obrigações* (originárias) que impede a divisão, seja do crédito (solidariedade ativa), seja do débito (solidariedade passiva). Na obrigação solidária, há uma pluralidade de credores ou devedores, cada um com direito ou obrigação à totalidade do crédito ou do débito, como se houvesse um só credor ou devedor. Assim sendo, na obrigação solidária, a relação é unitária, enquanto na fiança há várias relações distintas e, inclusive, um contrato principal — de mútuo — e um contrato acessório de fiança.

17. A unidade da obrigação solidária é, aliás, consagrada pelo art. 897 do Código Civil, que esclarece:

“A obrigação solidária pode ser pura e simples, para um dos co-credores ou co-devedores, e condicional ou a prazo para o outro.”

18. A doutrina nacional, liderada por CLOVIS BEVILÁQUA, reconhece, por sua vez, que:

“A solidariedade apresenta-se com a pluralidade de credores ou de devedores de uma obrigação única. A pluralidade de relações subjetivas é unidade objetiva da prestação.

A solidariedade é a unidade do vínculo obrigacional, diante da pluralidade dos sujeitos da obrigação.” (Código Civil Comentado, 8.ª edição, vol. IV, 1950, pp. 42 e 43.)

19. Historicamente, a solidariedade e a fiança também se distinguem, tanto assim que parte da doutrina considera que a solidariedade passiva se desenvolveu em virtude das exceções que surgiram em Roma, mitigando a responsabilidade dos fiadores, como os benefícios de divisão e de ordem (JOSSERAND, *Cours de Droit Civil*, 2, vol. 2, p. 414, n.º 761).

20. Acresce que a solidariedade, no Direito Comercial, tem as suas origens nos usos e costumes, que assemelharam os devedores solidários aos sócios, justificando-se pelo interesse comum do credor que ela incentiva

a contratar, e do devedor, cujo crédito fica assim aumentado (GEORGES RIPERT, *Traité de Droit Commercial*, 1951, n.º 1.837).

21. Na solidariedade não existe a idéia de garantia fidejussória, que encontramos na fiança. Na terminologia jurídica, a solidariedade está vinculada à palavra latina *solidum*, que significa totalidade, coisa inteira. Por muito tempo, os autores se referiam à correalidade (várias coisas numa só) ou posteriormente à *solidez* da obrigação, só havendo referências à solidariedade nas obrigações, a partir do século XVIII.

22. Na literatura jurídica brasileira, PONTES DE MIRANDA teve o ensejo de salientar que:

“As dívidas solidárias podem constituir-se:

a) *por negócio jurídico*, e não só por contrato, como é costume dizer-se, pois as dívidas tomadas pelos promitentes unilaterais podem ser solidárias e o caso dos obrigados cambiários é notável;

b) *por força de lei*, como acontece com as obrigações por atos lícitos se mais de um autor teve a ofensa (Código Civil, art. 1.518).

A relação de acessoriedade não determina solidariedade (HANS REICHEL, *Die Schuldmitubernahme*, 41 s.; G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 622, P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 348).

Não há solidariedade entre a obrigação do afiançado e a do fiador. *A obrigação do fiador é regulada independentemente das regras jurídicas sobre solidariedade*” (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 1, 622) (*Tratado de Direito Privado*, 2.ª edição, tomo 23, 1958, pp. 335 e 336).

23. No mesmo sentido escreve, em tese de concurso, REGINA GONDIM que:

“*Obrigação solidária não é fiança*, apesar de ninguém desconhecer que a presença de vários responsáveis *in totum* pela mesma dívida representa, sem dúvida, maior segurança para o credor.” (*Natureza Jurídica da Solidariedade*, 1958, p. 29.)

24. Do mesmo modo, examinando o Direito Alemão, ensina ENNECERUS que devemos distinguir a fiança tanto da assunção de dívida como da contratação de uma obrigação solidária, pois, neste caso, não há um devedor principal e um fiador, mas sim dois devedores principais (*Derecho de Obligaciones*, 2.ª edição, da tradução espanhola, BOSCH casa editorial, Barcelona, 1950, vol. II, p. 476).

25. LOUIS JOSSERAND pondera que são numerosas as diferenças entre o fiador (caucioneiro) e o devedor solidário, escrevendo que:

“se desprenden esencialmente de la idea de que el caucionero no es más que un deudor de segundo plano, un deudor subsidiario, que debe pagar solamente en el caso de que el deudor no pague; mientras que los codeudores solidarios son todos deudores principales de primera línea. Resulta de esto, sobre todo, que el caucionero perseguido por el acreedor, puede oponerle la *excepción de excusión*, es decir enviarlo a hacer excusión, a embargar los bienes del deudor principal; pero este recurso es extraño a la solidaridad pasiva, bajo cuyo reino no hay deudores de segunda línea, sino simplemente deudores, codeudores. La solidaridad entre deudores ofrece, pues, al acreedor más seguridad que la caución, precisamente porque *el deudor principal y el caucionero no son codeudores, sino deudores situados, por una misma obligación, en planos diferentes: esto la comprenderemos mejor más adelante.*” (JOSSE- RAND, *Derecho Civil*, tomo 2, v. 1, 1950, p. 608, e *Cours* já citado, vol. 2, n.º 761, p. 414.)

26. Não há dúvida que enquanto o devedor solidário responde por dívida sua, o fiador se obriga a responder, perante o credor, por débito alheio. Há, em cada uma das situações jurídicas, declaração de vontade específica que cria uma posição jurídica própria. Embora se possa discutir, em certos casos, a extensão da solidariedade considerada, por alguns, “vaga e excessivamente extensa”, mesmo em tais casos cabe adotar a posição de CLÓVIS BEVILÁQUA que a aceitou “porque está geralmente admitida e já tomou, na ciência do direito, uma significação técnica determinada” (*Direito das Obrigações*, p. 94).

27. Acresce que o contrato de fiança no Direito Civil se caracteriza como uma espécie do gênero caução ou garantia, sendo sempre acessório, consensual, escrito, benéfico ou gratuito, unilateral e caracterizado por um espírito de liberalidade. (CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Comentado*, vol. 5, pp. 242/243, comentário do art. 1.418; ARNOLDO WALD, *Obrigações e Contratos*, pp. 345/346; SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. 3, 4.ª edição, 1972, pp. 369/370).

28. Podemos, pois, afirmar que as diferenças básicas entre a obrigação solidária e a do fiador são as seguintes:

a) a obrigação solidária decorre de contrato principal ou da lei, sendo uma modalidade da obrigação e a fiança é contrato acessório de garantia;

b) a obrigação solidária é presumidamente onerosa e a fiança civil é normalmente gratuita;

c) a obrigação solidária não admite o benefício de ordem, que existe em favor do fiador, nem o de divisão entre os vários devedores;

d) o obrigado solidariamente responde por débito próprio ou considerado como tal e o fiador é responsável por débito alheio;

e) a obrigação solidária se rege pelos arts. 896 e seguintes e a fiança pelos arts. 1.481 e seguintes do Código Civil.

29. Quando, aparentemente, um dos devedores solidários não obtém qualquer benefício em virtude da obrigação, por ele assumida, ou quando lhe cabe uma contraprestação menor do que a dos outros obrigados, esta matéria é irrelevante para o credor e se resolve na relação interna entre coobrigados, que constituem, em relação ao credor, um conjunto sólido ou solidário, respondendo cada um pela totalidade da dívida. Aplica-se o princípio “um por todos e todos por um”.

30. Assumida a obrigação solidária no contrato, não cabe ao outro contratante examinar as relações existentes entre os vários co-devedores, que, para ele, constituem uma unidade, sendo despidendo e descabido verificar quais os interesses de cada um e as vantagens materiais ou morais para ele decorrentes da operação. Essa dupla estrutura da relação jurídica no caso de solidariedade, abrangendo a relação externa e interna, faz com que se deva distinguir entre a primeira, existente entre o credor e os devedores, e a segunda, constituída entre os vários co-devedores. Na relação externa, o credor cobra de qualquer dos devedores ou de todos eles; na relação interna, aquele que pagou cobra dos demais o que lhe é devido.

31. Não é possível nem lícito decompor a solidariedade e pretender opor, ao credor, exceções decorrentes da relação interna, que tão-somente são oponíveis entre os vários devedores, o que implicaria em destruir o próprio vínculo solidário, que é essencial na relação de Direito Comercial.

32. Evidencia-se, assim, a nítida diferença de natureza e função entre a obrigação solidária, de que tratam os arts. 896 e seguintes do Código Civil, que se inserem no livro III, título I, intitulado “Da modalidade das obrigações”, e a responsabilidade do fiador definida na área dos contratos, no capítulo XVI, nos arts. 1.418 e seguintes do mesmo diploma.

33. Assim sendo, o contrato de mútuo com obrigações solidárias não pode ter um ou vários dos seus co-devedores solidários transformados, por decisão judicial, em fiadores ou avalistas.

34. Acresce que sendo a obrigação principal regida pelo Direito Comercial e especificamente pelo Direito Bancário, não se lhe aplicam as normas do Código Civil que exigem a *outorga uxória*.

IV. Da fiança comercial e civil

35. Nas hipóteses que examinaremos, o contrato principal — e, alias, único — é um contrato de mútuo bancário, tendo geralmente como mutuária uma sociedade comercial e como devedor solidário um sócio gerente da empresa, como deflui do próprio acórdão da Apelação Cível n.º 189020316, do Tribunal do Rio Grande do Sul, quando afirma:

“Ora, na espécie, o embargante obrigou-se por outra pessoa (a mutuária) a satisfazer, como devedor solidário, a obrigação, caso a empresa não a cumprisse, sendo despicienda a circunstância de ser o apelante sócio ou gerente da mutuária.

A situação jurídica do embargante é pois, iniludivelmente a de avalista — devedor solidário, pouco importando o nome ou ‘nomen juris’ que lhe tenham sido atribuídos no contrato, na execução, nos embargos ou na sentença.

Observa-se que o embargante/apelante é casado e não há notícia da *outorga uxória* na prestação da fiança.”

36. Na realidade, o acórdão embaralha e confunde três noções jurídicas absolutamente distintas: a obrigação solidária, a fiança e o aval. Des-caracterizando a obrigação solidária ao alegar que o devedor solidário se obrigou por outra pessoa, considera-o como avalista e, em seguida, como tendo prestado fiança, como deflui do texto acima transcrito.

37. A análise dos acórdãos nos leva a concluir que, em primeiro lugar, não houve obrigação por outra pessoa, inexistindo, no caso, ato de liberalidade, que a lei civil condicionou à *outorga uxória*. Ao contrário, havia interesse próprio do co-devedor, pelo fato de ser “sócio ou gerente da mutuária”, cabendo-lhe geri-la e arcar com as conseqüências de sua administração.

38. Mesmo se tivesse sido avalista, em nada teria sido infringido o art. 235, III, do Código Civil que somente trata da fiança, à qual não se equipara o aval, pela sua ligação aos títulos de crédito e pelo seu caráter abstrato de garantia.

39. A confusão entre o aval e a fiança é absolutamente inconcebível, violando todos os princípios básicos do nosso direito, como o é a transformação da obrigação solidária em fiança.

40. Efetivamente, como bem ensina WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

“Aval não é fiança, não obstante seus pontos de contacto. Representa uma garantia especial dos títulos cambiais; a seu respeito não prevalece, destarte, a restrição do art. 235, n.º III. Consequentemente, pode o marido avalizar títulos sem anuência da consorte e assim desfalcá-los eventualmente o patrimônio comum, que se pretendia evitar com a limitação constante do mencionado dispositivo.” (*Curso de Direito de Família*, 5.ª edição, p. 123.)

41. No mesmo sentido, reconhece ORLANDO GOMES que a proibição do art. 235, III, é inócua, por não se estender ao aval (*Direito de Família*, 3.ª, 1978, p. 164).

42. Acresce que a obrigação solidária assumida pelo gerente ou sócio da empresa, se fiança fosse, o que só se admite *ad argumentandum*, seria fiança comercial em virtude de ser acessória de um mútuo bancário feito em favor da companhia e, conseqüente e indiretamente, dos seus sócios e administradores.

43. Efetivamente, o art. 256 do Código Comercial esclarece que:

“Para que a fiança possa ser reputada mercantil, é indispensável que o *afiançado seja comerciante*, e a *obrigação afiançada derive de causa comercial*, embora o fiador não seja comerciante.”

44. Nos casos que estamos examinando:

a) a afiançada (a empresa) era comerciante;

b) a obrigação afiançada decorreu de contrato de mútuo bancário que é comercial.

Não há, pois, dúvida que se de fiança se tratasse, seria ela comercial.

45. Na fiança comercial, a co-responsabilidade decorre, aliás, da própria prática bancária, nacional e internacional, sendo habitual a convocação dos controladores, sócios e administradores de sociedades anônimas ou de responsabilidade limitada para assumirem, como devedores solidários, os débitos das empresas das quais participam, como lembra o Professor JOAQUIM GARRIGUES (*Contratos Bancários*, 2.ª edição, Madrid, 1975, p. 300). Na realidade, para os fins específicos da operação bancária, a sociedade de responsabilidade limitada se transforma, no plano econômico, em sociedade em comandita ou em sociedade em nome coletivo.

46. Ora, ao contrário do que ocorre em Direito Civil, no qual a solidariedade não se presume, *ex vi* do art. 896 do Código Civil, em Direito Comercial a tradição é no sentido da solidariedade presumida dos deve-

dores, equiparados, no passado, aos sócios, conforme ensina a melhor doutrina.

47. E sendo comercial a fiança, presume-se onerosa (art. 259 do Código Comercial), não se caracterizando como liberalidade e nela não incidindo, pois, a proibição do art. 235, III, do Código Civil, que trata da fiança civil, ou seja, de uma forma de liberalidade equiparada à doação. Efetivamente, as proibições do art. 235 abrangem a negociação e oneração dos bens imóveis, pela importância que presumidamente representam, e atos de liberalidade (fianças e doações não remuneratórias).

Do mesmo modo que prescinde de *outorga uxória* a doação remuneratória, por não ser ato de liberalidade, também dispensa a mesma, por motivo idêntico, a fiança comercial.

48. Assim entendemos, com o apoio na melhor doutrina e na jurisprudência, que a fiança comercial não depende de *outorga uxória*.

49. Neste sentido, WALDEMAR FERREIRA esclarece que a fiança concedida em garantia de operação comercial, em relação à qual pode ser considerada condição essencial do negócio, dispensa *outorga uxória* (*Instituições de Direito Comercial*, vol. 3, tomo III, n.º 1.057).

50. Também FRAN MARTINS sustenta que quando a fiança é comercial e não é desinteressada, não se justifica a exigência da *outorga uxória* (*Contratos e Obrigações Comerciais*, 8.ª ed., 1986, pp. 380/381), posição que também é consagrada por WALDÍRIO BULGARELLI (*Contratos Mercantis*, 1979, p. 541).

51. Os tribunais têm ratificado essa tese, como se verifica por decisão do Tribunal Federal de Recursos no Recurso n.º 54.563/80, no qual decidiu que para a prestação da fiança mercantil é dispensável a assinatura do cônjuge do fiador (ap. FRAN MARTINS, obra citada, p. 380, nota 180).

52. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal admitiu, expressamente, em julgamento do plenário, em 12-8-1960, que:

“É válida a fiança prestada por comerciante em nome individual, independentemente de *outorga uxória*, mormente se da condenação foi excluída a meação da mulher.”

53. No seu relatório, salientou o eminente Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA que:

“A espécie é restrita à fiança prestada sem *outorga uxória*, por comerciantes em nome individual. Não se trata, pois, de fiança decorrente de ato de natureza civil, como faz crer a recorrente.”

54. A Procuradoria-Geral da República, em parecer aprovado por CARLOS MEDEIROS SILVA, entendeu na ocasião que:

“O acórdão embargado verificando que, em se tratando de fiança comercial, era dispensável o complemento da *outorga uxória*, porque dada pelo marido, como comerciante e para obrigação comercial.

Verificou mais que a meação da esposa fora excluída da execução do cumprimento da fiança do marido.

Portanto, não havia por que julgar inválida a fiança.”

55. Finalmente, a decisão unânime foi no sentido de admitir os embargos, mas de confirmar o acórdão recorrido, que dispensava a *outorga uxória*, tendo o voto do relator concluído que:

“A tendência jurisprudencial é não reputar nulos atos praticados pelos chefes da sociedade conjugal, que têm tantos meios, no atual estado da sociedade, de praticar inúmeros negócios que lhes dão lucros ou prejuízos. *Por que invalidar uma fiança dada por um comerciante que tantos outros negócios realiza?*”

Ficou salvaguardada a meação da esposa, em tempo oportuno.” *Revista dos Tribunais*, vol. 309, pp. 782 a 783.)

56. Também a jurisprudência dos tribunais estaduais se firmou no sentido de dispensar a *outorga uxória* na fiança prestada por comerciante, conforme se verifica em várias decisões do Tribunal de Justiça da antiga Guanabara, entre as quais se destaca o acórdão dos Embargos de Nulidade na Apelação Cível n.º 24.896, julgada em 21-8-1963, que invoca vários precedentes da Corte local e do próprio Supremo Tribunal Federal (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, vol. 9, 1965, pp. 102 a 104).

57. Finalmente, apreciando um caso de aval que, nos termos da Lei n.º 4.121, tem regime idêntico à fiança, o Excelso Pretório entendeu que cabia à mulher, para obter a procedência dos seus embargos, comprovar que a dívida não trouxe benefício ao casal e que o gravame atingiu efetivamente a sua meação, presumindo-se o interesse do casal no caso de fianças ou avais dados por diretor ou sócio gerente em favor da empresa.

58. No caso, a Egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, acompanhando por unanimidade o voto do Ministro CORDEIRO GUERRA, proferido no Agravo de Instrumento n.º 69.167 (AGRg), entendeu que lhe cabia negar provimento ao recurso, pois,

“o despacho agravado está conforme a exegese dada, pelo Supremo Tribunal Federal, ao art. 3.º da Lei n.º 4.121/62, face ao art. 1.º da mesma lei, que deu nova redação ao art. 246, parágrafo único, do Código Civil, que ressalva as dívidas contraídas em benefício da família.

A lei de proteção à mulher casada não eliminou o regime de comunhão de bens, nem tornou obrigatória a outorga uxória para a concessão de aval, o que condenou foi o ato de liberalidade não justificado, capaz de atingir a meação da mulher.

Ora, na espécie o que se verifica foi o que consta do acórdão recorrido, isto é, *os avais foram dados pelos maridos das agravantes, para garantia de um financiamento industrial da empresa de que eram diretores e da qual tiravam o sustento próprio e de suas famílias, f. 32-33.” (RTJ, vol. 80, p. 510.)*

V. Conclusões

59. Verifica-se, assim, em conclusão que:

a) são inconfundíveis a obrigação solidária e a fiança, pois constituem institutos distintos, com histórico, regime jurídico e efeitos próprios, sendo diferentes as condições para a sua respectiva contratação;

b) tratando-se de obrigações comerciais, mesmo se houvesse fiança — o que só se admite *ad argumentandum* —, não necessitaria de *outorga uxória*;

c) na pior das hipóteses, a regulamentação da *outorga uxória*, no tocante à fiança e ao aval, obedece atualmente ao art. 3.º da Lei n.º 4.121, que, no caso de falta de assentimento de outro cônjuge, entende ser o débito imputável aos bens próprios de devedor e à meação dos bens comuns;

d) o Supremo Tribunal Federal tem entendido que quando se trata de obrigação de empresa, na qual figura como devedor solidário, fiador ou avalista o gerente, diretor ou sócio, presume-se o interesse do seu cônjuge e da família;

e) em tais hipóteses caberá ao cônjuge que não assumiu a obrigação fazer a prova, tanto da inexistência do seu interesse direto ou indireto, moral ou material, na operação realizada, como de estar a execução alcançando seus bens particulares ou bens comuns, além de meação do outro cônjuge;

f) somente o cônjuge prejudicado — e não aquele que se obrigou — pode invocar em juízo a carência de ação do credor, pois a ninguém é lícito defender-se alegando a sua própria torpeza.