



Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMARIO

DOUTRINA

- **Garantia à primeira solicitação no comércio internacional** — Hermes Marcelo Huck 5
- **Limites à atuação do conselho fiscal** — Nelson Eizirik 13
- **Empresa — Abuso de poder econômico — Proteção ao Consumidor** — Sérgio Novais Dias 19
- **Estudo de Direito monetário: A moeda e suas funções; Obrigações monetárias; Estipulação e indexação de obrigações monetárias** — Antônio Mendes e Edson Bueno Nascimento 35
- **Extinção de condomínio sobre quota de capital de sociedade limitada** — Mário Engler Pinto Jr. 57
- **Atualidade dos contratos empresariais** — Waldírio Bulgarelli 63

ATUALIDADES

- **A nova lei antitruste brasileira: Críticas e sugestões** — Marcos Juruena Villela Souto 75
- **International Initiatives — Regarding the harmonisation of rules having an effect on payment, funds transfers, and bankruptcy** — Gregor Heinrich 83

JURISPRUDÊNCIA

- **Garante solidário — Uma construção abstrusa?** — Waldírio Bulgarelli 99

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO** 111

GARANTE SOLIDÁRIO — UMA CONSTRUÇÃO ABSTRUSA?

PROCESSO CIVIL — Execução — Promissória e contrato instruindo a execução — Licitude — Entendimento da Corte.

A multi-instrumentalidade da execução se apresenta indubitavelmente lícita quando pertinente a um mesmo negócio. A figura do "garante solidário", que não se confunde com o avalista e com o fiador, sujeitar-se-á à execução se o título em que se obrigar se enquadrar no elenco do art. 585 do CPC.

STJ — Rec. Esp. 5.055-MG — 4.ª T. — Rel. Min. Sálvio de Figueiredo — j. 6.11.90 — v. u.

ACÓRDÃO — Vistos e relatados os autos: Decide a 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de novembro de 1990 (data do julgamento) — *Bueno de Souza*, pres. — *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, relator.

EXPOSIÇÃO — *O Min. Sálvio de Figueiredo*: Os embargos apresentados à execução que lhe é movida pela recorrente foram rejeitados liminarmente, por intempestivos, pela r. sentença, desafiando a interposição da apelação, havendo o Eg. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negado provimento e, de ofício, determinado a exclusão de parcelas da execução, ao seguinte fundamento:

"Observo todavia, de ofício, que a apelada está a executar a firma apelante e seu avalista, logo, o título executivo só pode ser a Nota Promissória e não o contrato, pois não há aval em contrato. Assim, não pode exigir na execução cominações moratórias do contrato, apenas aquelas contidas na legislação e referentes à dívida líquida e certa representada pela cambial.

Como se trata de questão de ordem pública, deve o Juiz ajustar a execução aos limites legais, pois o processo de Execução não é processo de conhecimento, nele não se comporta o contraditório, mas também nele

não se pode exigir dos devedores quantia que não seja líquida e certa.

Com estas considerações, nega-se provimento ao recurso e, de ofício, determina-se a exclusão das cominações contratuais, devendo o principal contido na Nota Promissória ser ajustado ao valor principal pedido de Cz\$ 141.550,83, quantia esta que deverá ser acrescida dos juros moratórios à taxa de 0,5% ao mês e correção monetária a contar do vencimento do título, além de custas processuais e honorários advocatícios à razão de 10% sobre o valor apurado".

Inconformada, a exequente manifestou recurso especial com suporte no art. 105, III, *a* e *c* da Constituição, alegando negativa de vigência aos arts. 585, II do CPC e 135 do CC, além de dissenso interpretativo, argumentando que a execução se fundou em contrato de financiamento e em cambial concomitantemente criada para representar a dívida contraída. Ao postular a inclusão das parcelas referentes aos acessórios contratuais e legais excluídas pelo v. Acórdão, ressalta que apenas a devedora principal, emitente da promissória, recorrera da sentença.

Admitido o apelo, subiram os autos a esta Corte, não tendo a recorrida apresentado suas contra-razões.

É o relatório.

VOTO — *O Min. Sálvio de Figueiredo* (Relator): A execução lastreia-se no contrato de financiamento para capital de giro e na nota promissória a ele vinculada.

O v. Acórdão recorrido, ao excluir as verbas acessórias estabelecidas no contrato, deu como inexigíveis as parcelas alheias ao título cambial, decisão que foi de encontro a arestos dos Egrégios Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Tribunal de Justiça de Goiás, Tribunal de Justiça do Paraná e deste Tribunal, colacionados às fls. 47/88.

Em *Títulos de Crédito*, v. IV, n. 4.690, Ed. RT, 1972, doutrina Azevedo Franceschini:

"É admissível a cobrança executiva de multa e juros, instituídos em pacto adjeto à nota promissória" — "Quanto aos juros e a multa tem se admitido que é possível a cobrança dessas verbas, desde que previstas em pacto adjeto. Esse pacto não prejudica a

regular existência, a cambiabilidade do título em cobrança.

O MM. Juiz salientou, com razão, que o que a lei veda é a inserção de tais cláusulas "no título" tendo-as como não escritas, sem prejuízo, entretanto, da obrigação principal.

Nada impede, porém, que, simultânea e paralelamente, assuma o devedor cambiário outras quaisquer obrigações em cláusulas constantes de instrumento anexo ao título, decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal. (RT 291/862).

No mesmo sentido tem sido a manifestação do Colendo Tribunal de Justiça (RT 287/292, 294/252 e 305/307).

Igual é a lição de Whitaker ao admitir a validade das cláusulas extracambiárias, visto que a declaração constante do pacto adjeto constitui manifestação resultante de "relações extracambiárias" que tem inteiro vigor (ob. cit., 5.ª ed., nota 101). (Ac. de 29.9.61, da 6.ª Câm. Civ. do TJSP, na Ap. 105.415, da comarca de Itapira — Rel. Des. A. Médici Filho — in RT 323/179-181. Foi o aresto mantido em embargos, por Ac. de 15.12.61, Rel. Des. Djalma P. Franco — in RT 336/122").

A propósito, transcrevo, por oportuno, voto que proferi, na qualidade de Relator, no REsp. 3.238, também originário de Minas Gerais, em caso análogo, no qual se havia anulado *ab initio*, e de ofício, a execução:

"No REsp 2.531, também originário de Minas Gerais, de que fui Relator, julgado em 29.6.90, assim ficou ementado:

'Processo Civil — Execução — Pluralidade de títulos vinculados ao mesmo negócio — Possibilidade — Precedentes. A lei não veda que o credor instrua a execução com pluralidade de títulos vinculados ao mesmo negócio. Instrumentalizada a execução com mais de um título, a eventual imprestabilidade de um não induz, necessariamente, a invalidade dos demais. Havendo apenas um válido dentre eles, idônea se afigura a execução, ressalvada a posição de avalistas se imprestável o título cambial, uma vez inexistir aval fora deste'.

Ao votar, assinalei:

'Em verdade, não vejo como esposar a tese estampada no v. Acórdão recorrido, à míngua de expressa vedação legal. Nenhuma norma processual impede o credor de se utilizar de vários títulos representativos do mesmo crédito para aparelhar execução forçada contra devedor inadimplente'.

A propósito, já teve ensejo de manifestar-se este Tribunal, em Acórdão da Colenda 3.ª Turma, no REsp. 2.550-MG, de que foi Relator o eminente Min. Cláudio Santos:

'Execução — Contrato de financiamento e nota promissória emitida em garantia — Ausência de nulidade — Liquidez. Em nenhuma das hipóteses do art. 618 do CPC, encontra-se a de nulidade de execução aparelhada concomitantemente com o contrato de financiamento e a nota promissória emitida em garantia.

Liquidez dos títulos não afetada pela cobrança do saldo devedor. Recurso conhecido e provido'.

O que não se pode prescindir, isto sim, é da caracterização dos títulos como executivos, cujo elenco se acha definido na Seção II do Cap. III do Tít. I, do Livro II do CPC, sabido que a execução tem como pressupostos indispensáveis o título e a inadimplência do devedor.

Destarte, instrumentalizando a execução com mais de um título, caracterizados na norma processual como executivos, a eventual imprestabilidade de um não induz, necessariamente, a invalidade dos demais. E, por via de consequência, havendo apenas um dentre eles válido, idônea se afigura a execução no sentido de satisfazer o crédito do exequente, pela realização daquilo que se contém no título eficaz, ressalvada a posição de avalistas se imprestável o título cambial, uma vez inexistir aval fora deste".

Destarte, sob esse ângulo, o apelo já estaria a merecer provimento, na linha de entendimento já exposta.

Por outro lado, no entanto, embora a discussão tenha girado prioritariamente sobre a possibilidade ou não da execução simultânea de títulos diversos, é de considerar-se que no caso também se encontra o tema da admissibilidade ou não da execução de quem, além de subscrever cambial como avalista, garantiu a dívida em contrato atinente ao mesmo negócio, tema, aliás, versado nos autos.

A propósito, no REsp. 3.673-MG, e em outros que lhe seguiram, assim me pronunciei:

"Solicite vista dos autos para meditar mais detidamente sobre o tema, que tem gerado considerável polêmica nos pretórios, com reflexos neste Tribunal, importando saber qual a situação jurídica do avalista de promissória que, no mesmo negócio subjacente, assina contrato responsabilizando-se solidariamente por todo o débito.

Já assentaram esta (REsp. 2.531-MG, de que fui Relator) e a Eg. 3.ª Turma (REsp. 2.550-MG, Relator o Min. Cláudio Santos) nada impedir que a execução se arrime em mais de um título executivo, *verbi gratia*, promissória e contrato.

Por outro lado, cedição é, até porque expresso em lei, que somente há aval quando formalmente lançado na cártula cambial.

Em face de tais premissas, seria de indagar-se como situar a figura de rotulado 'garante solidário', para o qual se invocam os arts. 896 e 904 do CC.

Fiador, a meu sentir, não seria. Não ressalve-se, por faltar, muitas vezes, a assinatura da mulher, uma vez que sem a impugnação dessa a obrigação subsistiria; mas pela circunstância de que, nos termos do art. 1.483 do CC, a fiança não admite interpretação extensiva, 'jamais se presume' segundo salienta Washington de Barros Monteiro (*Curso*, Saraiva, 20.^a ed., 1985).

Existiria uma nova modalidade de garantia, ao lado do avalista e do fiador? Pode o aval ter ampliação com simples declaração em pacto adjeto, em cláusula contratual?

Vejo a problemática sob outro prisma, dentro de uma exegese na qual os institutos de um mesmo sistema não podem artrar-se, impondo-se interpretação que os harmonize.

Assim, vê-se que a execução, no sistema processual civil brasileiro, a exemplo do que ocorre hoje no melhor direito comparado, se assenta em títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Outrossim, ao elencar, em *numerus clausus*, os títulos extrajudiciais, proclama o inc. II do art. 585 do CPC ter eficácia executiva 'o documento público, ou o particular assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa fungível'.

Ora, se o contrato está devidamente formalizado, nos termos do art. 585, II, CPC, constitui título executivo o documento particular através do qual alguém se responsabiliza por um determinado débito, não podendo constituir-se em óbice a circunstância do valor não estar expresso em cruzeiros no documento, mesmo porque, em anômalo regime inflacionário como o nosso, já assentou esta Corte da validade de títulos lançados não em nosso padrão monetário-cruzeiro, mas em outros padrões, formulados e oficializados pelo próprio sistema econômico, e como indiscutíveis o conhecimento e aceitação dos mesmos pelo mercado financeiro e pela própria comunidade.

Ademais, impende aduzir que eventual imprecisão no rotular essa obrigação, repercussão alguma pode ter na esfera jurídica, inclusive por força do disposto no art. 85 do CC, segundo o qual 'nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem'.

Por fim, é de acrescentar-se que, não obstante as cautelas de que precisa munir-se

o Judiciário para evitar que os mais poderosos esmaguem ou enfraqueçam ainda mais os hipossuficientes, especialmente na área econômica, não menos certo também é que o Direito, 'cette toujours et jeune chanson', não pode omitir-se ante uma realidade que reclama novas formas de proteção jurídica, sob pena de deixar de cumprir sua missão normativa de disciplinar a vida social.

Do exposto, chega-se à conclusão que, na real verdade, o pretense 'garante solidário' não passa de um devedor (CPC, art. 568, I) e como tal obrigado, e de forma ainda mais ampla que o fiador, quer por dispensar a anuência do cônjuge (embora incidente a Lei 4.121/62), quer por não dispor do benefício de ordem, com o qual é contemplado o fiador por força de lei (CPC, art. 595; CC, art. 1.491)".

Pelo exposto, conheço do recurso e o provejo para que o Eg. Tribunal de origem aprecie os embargos, afastada a nulidade da execução.

Naquela oportunidade, ementado restou: "Processo Civil — Execução — Pluralidade de títulos — Vinculação ao mesmo negócio — Possibilidade — 'Garante solidário' — Responsabilidade executiva — Natureza jurídica dos títulos.

Consoante proclamou o Tribunal (REsp. 2.531-MG), a lei não veda que o credor instrua a execução com pluralidade de títulos vinculados ao mesmo negócio. Instrumentalizada a execução com mais de um título, a eventual imprestabilidade de um não induz, necessariamente, a invalidade dos demais. Havendo apenas um válido dentre eles, idônea se afigura a execução, ressalvada a posição de avalistas se imprestável o título cambial, uma vez inexistir aval fora deste.

Sendo de cediço conhecimento que somente há aval quando formalmente lançado na cártula e que a fiança, que não se presume não admite interpretação extensiva, não se enquadra como avalista ou fiador aquele que, além de figurar como responsável em título cambial, se obriga solidariamente pela dívida em contrato vinculado ao mesmo negócio.

Se o contrato se apresenta formalmente válido como título executivo extrajudicial (CPC, art. 585-II), lícita em princípio se mostra a execução movida contra aqueles que nele se obrigaram, independentemente do rótulo que se lhes deu".

Mutatis mutandis, o raciocínio se aplica por inteiro ao caso vertente, no qual o v. Acórdão não apenas vulnerou o direito federal como dissentiu de outros julgados, inclusive deste Tribunal, dentre os quais ainda pode ser mencionado o REsp. 5.196,

Relator o Min. Barros Monteiro, decidido por unanimidade.

Pelo exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas do permissivo constitucional e o provejo para restabelecer a r. sentença.

Votaram com o Relator os Mins. Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Min. Bueno de Souza.

COMENTÁRIOS

1. Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (4.^a T., Rec. Esp. 5.055, j. 6.11.90, in *Bol. AASP* 1.714/275 e ss.) enfrenta a questão de qualificar, ou seja, de identificar no ordenamento jurídico, a exótica figura intitulada “garante solidário”, concluindo, equivocadamente a meu ver, diga-se desde logo, tratar-se de *devedor*.

Enfrentando um caso de processo de execução em que o credor “fundou em contrato de financiamento e em cambial concomitantemente criada para representar a dívida contraída”, o Tribunal abordou também — e é esta a questão que aqui nos interessa — a qualificação jurídica do garantidor da cambial — como avalista — e do contrato como garante solidário, nome que lhe foi atribuído.

A leitura da decisão transcrita leva à primeira impressão de que se está perante uma *construção* jurisprudencial; esta figura, a da construção, como se sabe é um instrumento integrante do chamado “arsenal jurídico”, ou uma das ferramentas jurídicas a que alude Dabin, configurando-se através do ajuste de princípios, normas, precedentes judiciais e lições doutrinárias do qual resulta ou a explicação de certas figuras e institutos jurídicos ou mesmo a criação de novos. No caso presente, a impressão primeira é de que pretendeu criar uma nova figura através da explicação da figura do *garante solidário*, que não seria nem avalista nem fiador; ora essa posição desde logo parece incorrer num desvio lógico, pois a conclusão a que

chegou o Tribunal, foi a de que o garante solidário não sendo nem avalista nem fiador, é um devedor, o que revela que não seria também garante.

Atente-se para tanto, numa das explicações encontradas no texto do relatório: “Do exposto, chega-se à conclusão que, na realidade, o pretense “garante solidário”, não passa de um devedor (CPC, art. 568, I), e como tal obrigado, e de forma ainda mais ampla que o fiador, quer por dispensar a anuência do cônjuge (embora incidente a Lei 4.121/62), quer por não dispor do benefício de ordem, com o qual é contemplado o fiador por força de lei (CPC, art. 595, CC, art. 1.491)”. Tem-se assim que aquele que firmou a garantia, e portanto assumiu, não a dívida, mas a responsabilidade como garante (em bom vernáculo, melhor fora usar garantidor, do que o francesismo garante), transforma-se, por uma espécie de mágica argumentativa do Tribunal, em devedor. Como as decisões judiciais, por força de lei, devem ser fundamentadas, e esta o foi longamente, vejamos na seqüência as linhas retóricas que orientaram a posição do Tribunal e se elas têm o condão de convencer, obtendo o consenso necessário, advertindo-se desde logo que o discurso judiciário, aqui, está endereçado a um auditório universal mas também a um auditório especializado, o dos juristas.

2. As reações contra as criações judiciárias advieram sobretudo dos positivistas, para quem o Judiciário deveria apenas “dizer a lei”, e também, politicamente, pode-se dizer, do

temor da violação da competência dos poderes, sobretudo o Legislativo e em parte o Executivo (no que lhe compete legislar), rompendo-se o monopólio legislativo. E os partidários dessa posição, que nos inícios chegavam a negar a competência ao Judiciário de sequer interpretar as leis, certamente que se baseavam também naquilo que hoje se conhece como *ideologia estática* que prega a segurança e a certeza do Direito, através de uma certa imobilidade na aplicação das normas legais.

Claro está que exceções tiveram de ser abertas nessa rígida posição, ao menos por dois grupos de razões: 1) a de que ordenamento não é completo, apresentando lacunas a que é preciso colmar, buscando no próprio ordenamento os elementos para isso; 2) de que as próprias leis, em muitos casos, previam, como até hoje ocorre uma verdadeira abertura para o social, através do emprego de *topoi* ou expressões "larges" (como dizem os franceses) tais como bem comum, boa fé, interesse público, bons costumes, e tantos outros. Do que decorreu que pela obrigação de julgar (proibição do "non liquet") e também pelo fato de ficar o Judiciário obrigado a fundamentar as suas decisões, a necessidade de se oferecer normas que orientassem, as hoje chamadas *regras de decisões* (cf., J. Wróblewski, "La règle de décision dans l'application judiciaire du droit", na obra coletiva intitulada *La Règle de Droit*, Bruxelas, 1971, p. 68 e ss.). Nesse sentido é que encontram-se em quase todos os ordenamentos, dispositivos nesse sentido, que se não chegam à amplitude do sistema suíço, em que o Juiz deve se colocar no lugar do legislador, em caso de lacuna, ao menos servem como orientação, fazendo, via de regra, como acontece no Brasil integrar o ordenamento os

princípios gerais de direito e os fins sociais da lei, o que salva o esquema legal, justificando a sua face evolutiva, tanto na parte criadora, como na chamada interpretação funcional das normas, voltada para uma visão social.

3. E terá sido certamente nessa linha que a decisão do STJ trouxe um novo aporte à questão, de certa forma problemática, da execução de títulos de crédito vinculados a contratos e da posição do avalista e ou do fiador em tais casos. E conclui por admitir a possibilidade de execução conjunta, contrato-título — o que é de certa forma e para certos casos aceitável e pela qualificação do garante solidário como uma figura especial que não se confundindo com o avalista nem com o fiador, equipara-se (ou é desde logo) devedor, o que é deveras estranhável.

4. Quanto à decisão referente à execução conjunta ou mesmo a cobrança de encargos contratuais acrescidos ao valor do título, certamente, filia-se à corrente doutrinária que a defende e à jurisprudencial que a vem acatando, e que julga admissível a cobrança executiva de multa e juros, instituídos em pacto à nota promissória, o que de certa forma liga-se à classificação doutrinária de títulos de crédito, em *dependentes* e *independentes*, tal seja a sua ligação com documentos subjacentes, como ocorre por exemplo, entre nós, com as cédulas pignoratícias e hipotecárias, já chamadas até por isso de contratos-títulos (Cf., *RDM* 72/65 e ss., 1988). A tal respeito, encontram-se exemplos significantes na regulamentação dos títulos de crédito rural, que aliás, deu ensejo à regulação dos títulos de crédito industrial, de crédito à exportação, e de crédito comercial, conforme se vê no meu livro *Títulos de Crédito*, 8.ª ed., S. Paulo, 1991.

Observe-se que nos casos de promissórias jungidas a contratos, como forma de garantia destes, o que realmente tem preocupado a Jurisprudência é a vinculação entre ambos, chegando-se mesmo à conclusão de que elas, as promissórias, perdem o seu caráter autônomo (até pela chamada cláusula de preenchimento), pois que integradas inteiramente ao contrato de que são garantia expressa. Nesse sentido fez fortuna a decisão do 1.º TACivSP in RT 576/118, em que se afirma: “Deixa ela de valer pelo que contém escrito, independentemente da demonstração extracartular de sua causa. Aqui era preciso demonstrar a existência do crédito que ela indica, pelo valor que ela indica, a partir do contrato e dos fatos integrados na sua execução. Isso não aconteceu. Sequer com os documentos unilaterais constituídos unilateralmente pela instituição financeira e por ela produzidos no processo de fls. (extratos de conta-corrente) se pode chegar a essa soma, que restou indicada, afinal, apenas nessa cártula sem abstração. Eis por que não expressando em si mesma a obrigação cambiária em discussão e não se podendo conhecer o valor preciso do débito, essa cártula carece da firmeza necessária quanto à indicação de uma obrigação líquida”. (Cf. tb. comentários de Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, in RDM 78/58 e ss., nova fase).

5. Terá sido sem dúvida, perante tal posição que assume importância a verdadeira opção que o credor terá, por ocasião da execução, de escolher entre o *avalista* da nota promissória e o *fiador* do contrato, pois diversas são as normas reguladoras de uma e de outra, não obstante, parecerem ter sido unificadas pelo Código de Processo Civil.

Não será demasia lembrar que divergem as leis de circulação dos títulos de crédito — através do endosso e dos contratos — cessão de contrato ou cessão de crédito; que se atribui sobretudo às cambiais (Letras de Câmbio e Notas Promissórias) o caráter da abstração, enquanto os contratos são naturalmente causais, já que os nossos códigos, comerciais e civis, não acolheram como o alemão, os negócios abstratos; que as defesas do devedor são por isso mesmo, naturalmente, amplas nos contratos, ao passo que nos títulos de crédito, resumem-se a apenas três, a que se deve acrescer a exceção de dolo geral; o que é ainda reforçado pela visão formal que impera em relação aos títulos de crédito e a visão mais aberta na interpretação dos contratos, em que vale mais a intenção do que a linguagem empregada. Tudo somado, a escolha na hora da execução, para os contratos garantidos por notas promissórias, deve levar em conta essas peculiaridades, dado que não é de boa fé executarem-se os dois, autonomamente contratos e nota promissória.

Em relação aos garantidores, a execução por título de crédito há de recair no *avalista* e por contrato no *fiador*.

6. Esclarecidos esses pontos relevantes, há que se convir que o reconhecimento jurisprudencial de uma nova figura de garantidor no plano das obrigações civis, desperta, como é natural certa perplexidade, pois quando menos não se atina com o afastamento da figura do fiador, tradicionalmente reconhecido e consagrado como garantidor dos negócios jurídicos, principalmente dos contratos. Que ele não se confunde com o *avalista* é evidente, sobretudo em países como o nosso, que não aceitam o *aval*

em separado, exigindo-se que sua assinatura conste expressamente do título.

E a esta altura, surge, naturalmente, a pergunta: por que esse afã em caracterizar a figura do garante solidário, do regime da fiança e do aval, para considerá-lo, desde logo, devedor?

É o que tentaremos entender e explicar na seqüência.

7. No esforço de criação da regra de decisão, pode-se anotar, desde logo, o desejo e a intenção de não aceitar para o caso, a figura do fiador e do avalista, através do uso argumentativo baseado em norma processual.

Nesse sentido, após justificar a sua posição com base em precedentes jurisprudenciais, ou seja, a da execução conjunta do contrato de financiamento com a nota promissória de garantia, já que caracterizados como títulos executivos extrajudiciais, pelo Código de Processo Civil, afirma a decisão: "Destarte instrumentalizando a execução com mais de um título, caracterizados na norma processual como executivos, a eventual imprestabilidade de um não induz, necessariamente, a invalidade dos demais. E por via de consequência, havendo apenas um dentre eles válido, idônea se afigura a execução no sentido de satisfazer o crédito do exeqüente, pela realização daquilo que se contém no título eficaz, ressaltada a posição de avalistas se imprestável o título cambial, uma vez inexistir aval fora deste"; finalmente, ingressa no ponto nevrálgico, afirmando: "Por outro lado, no entanto, embora a discussão tenha girado prioritariamente sobre a possibilidade ou não da execução simultânea de títulos diversos, é de considerar-se que no caso também se encontra o tema da admissibilidade ou não da execução de quem, além de subscrever cambial como avalista, garantiu a dívida em contrato

atinente ao mesmo negócio, tema, aliás versado nos autos".

Pelo que se deduz, mesmo não tendo à vista o contrato referido, houve uma garantia por aval, no título de crédito, e outra no contrato, que forçosamente só pode ser a de fiador, pois como o próprio Tribunal reconhece ele é garantidor dos dois.

Ou haverá uma lacuna legal que autorize a interpretação oferecida pelo Tribunal?

8. Certamente que se conhece, pelo menos um caso, em que houve transferência da posição do devedor no contrato, em depositário, como ocorre com os contratos de alienação fiduciária, mas, é bom lembrar que essa transformação decorreu de texto expresso de lei. Conhece-se também a regra jurisprudencial de proibição do restabelecimento de quem cedeu seu estabelecimento, isto, por prazo determinado, cuja formulação é antiga, vinda dos tempos do grande pleito judiciário que envolveu a Fábrica de Juta do Conde Álvares Penteado, em que porfiaram de um lado J. X. Carvalho de Mendonça e de outro Ruy Barbosa.

No primeiro caso, sabe-se que a lei quis proteger as financiadoras e no segundo a jurisprudência procurou resguardar o adquirente de estabelecimento de boa fé.

E neste caso, o que se pretende?

9. A explicação dessa tentativa de transubstanciação de um garante em devedor, ao revelar que o julgador resolveu desconsiderar a *causa* da responsabilidade e desdenhar a separação doutrinária já antiga entre dívida e responsabilidade (*Schuld* e *Haftung*), divulgada há tempos no Brasil, principalmente, por Sylvio Marcondes (*Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*, S. Paulo, 1956, p. 240 e ss.) e que mereceu acolhida pelo legislador, principalmen-

te, na área do Direito Tributário, em que se colhem variados exemplos (cf. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "A estrutura dualista das obrigações tributárias", in *RDM*, n. 1, nova fase, 1971) demonstra também que pôs de lado certas diferenças existentes entre contratos e obrigações civis e comerciais, com reflexos na fiança comercial.

O seu enfoque foi calcado no regime do Código de Processo Civil, com o que afastou também o regime dual entre títulos de crédito e contratos, sobretudo, as diferenças já apontadas em relação à lei de circulação e ao esquema de responsabilidade.

Ora, essa posição do julgador demonstra ao menos dois pontos salientes: 1) a adoção de uma ótica ideológica do tipo dinâmica, voltada para o social; e 2) uma postura psicológica peculiar.

Vejamos ambas.

10. A primeira pode-se constatar pelo intento de renovar e pela confissão feita no contexto do relatório da decisão que aqui se transcreve: "Por fim, é de acrescentar-se que, não obstante as cautelas de que precisa munir-se o Judiciário para evitar que os mais poderosos esmaguem ou enfraqueçam ainda mais os hipossuficientes, especialmente na área econômica, não menos certo é que o Direito "cette toujours et jeune chanson", não pode omitir-se ante uma realidade que reclama novas formas de proteção jurídica, sob pena de deixar de cumprir sua missão normativa de disciplinar a vida social. Do exposto, chega-se à conclusão que na real verdade, o pretense "garante solidário" não passa de um devedor (CPC, art. 568, I) e como tal obrigado, e de forma ainda mais ampla que o fiador, quer por dispensar a anuência do cônjuge (embora incidente a Lei 4.121/62, quer por

não dispor do benefício de ordem, com o qual é contemplado o fiador, por força de lei (CPC, art. 595, CC, art. 1.491)".

Trata-se, portanto de fundamento insuficiente para transformar o garante em devedor. Veja-se que se não chega ao ponto de copiar a atuação do bom Juiz Magnaud a que alude a doutrina, como rebelde às imposições de lei, e de se alinhar como seguidor extremado da chamada, entre nós, doutrina da Justiça alternativa, parece ter-se inclinado para a antiga escola do direito livre que teve o seu momento de esplendor ainda neste Século. Ora, conquanto se tenha presente, hoje, que a certeza não é um dogma absoluto, sobretudo no direito anglo-saxônico, em que é tida mais como um ponto de referência ou um ideal a se alcançar, tem-se, entretanto, a convicção de que a certeza no direito decorre de pelo menos dois elementos essenciais: o da proibição do *non liquet*, e o de uma lei bem feita e bem interpretada.

A chave afinal fica com a interpretação que deve estar afinada com o sistema e informada pelas técnicas e métodos desenvolvidos modernamente pela nova retórica e pela jurisprudência tópica.

O que parece não ter ocorrido aqui, como ainda veremos melhor.

11. A segunda, implica em indagar sobre a posição psicológica do Juiz perante o feito, levando em conta que já muito antes de Kelsen se admite que o Juiz não é um autômato, mas um ser humano, que terá suas aflições, dúvidas, certezas e visão social. Nesse sentido a doutrina, sobretudo, a chamada escola realista norte-americana vem desenvolvendo estudos e análises sobre o tema que, não obstante alguns exageros, servem para orientar o intérprete e o estudioso do direito. As-

sim é que, por exemplo, Alf Ross, considerado a ponte entre o normativismo de Kelsen e o realismo escandinavo e norte-americano, com base nos realistas Frank (*Law and the Modern Mind*, 1930), Cohen (*Transcendental Nonsense and the Funcional Approach*, 1935) e outros, resume o tema da ideologia normativa, assinando, no texto que a seguir transcrevemos da edição argentina de 1963: "Acerca de este problema existe una gran diversidad de opiniones. El punto de vista tradicional no cuestiona que la parte dispositiva es el resultado del razonamiento hecho en los considerandos. La sentencia, de acuerdo con este punto de vista, es un silogismo. Los considerandos contienen las premisas; la parte dispositiva, la conclusión. En oposición a este punto de vista algunos estudiosos han sostenido en tiempos más recientes que el razonamiento hecho en los considerandos no és más que una racionalización de la parte dispositiva. En efecto, dicen, el Juez toma su decisión parcialmente guiado por una intuición emocional y parcialmente sobre la base de consideraciones y propósitos prácticos. Después que la conclusión es establecida, el Juez halla una argumentación jurídico-ideológica plausible para justificar su decisión. Por lo común esto no le será difícil. La variedad de las reglas, la falta de certeza de su interpretación, y la posibilidad de hacer construcciones diversas sobre los temas en debate, permitirán las más de las veces que el Juez halle un ropage jurídico pausable para revestir su decisión. La argumentación jurídica contenida en los considerandos no es más que una fachada dirigida a hacernos creer en la objetividad de la decisión."

12. Pode-se concluir assim que no caso em exame, o julgador levado por considerações de ordem ideológica,

conforme transcrevemos, adotou uma posição psicológica que se enquadra inteiramente na apreciação da segunda doutrina acima citada.

Perante os fundamentos como foram apresentados, fica-se autorizado a concluir que o julgador adotou uma tese (decisão) ou seja, a de que o *garante solidário* era menos do que avalista e mais do que fiador, e portanto o que restava era a figura do *devedor*, e isto posto, passou a fundamentá-la a todo custo, mesmo pondo de lado os vários outros aspectos que a questão comportava e que já mencionamos mas que merecem ser repisados com outros esclarecimentos.

Em primeiro lugar, ficou claro que o julgador quis proteger o credor, eliminando para isso certos óbices que a figura do fiador oferece, como a autorização marital e o benefício de ordem. É cristalina essa colocação do julgado, tanto mais que como se sabe, a regulamentação legal da fiança foi feita em favor do fiador, a partir da proibição da interpretação extensiva na responsabilidade assumida e chegando ao benefício de ordem, enquanto a figura do avalista foi concebida em favor do credor, já que o avalista segue a sorte do avalizado. Como, porém, não poderia o julgado invocar a figura do avalista, dados os termos formais exigidos, passou a desconsiderar a fiança.

Para tanto também — o que nos parece muito perigoso — afastou a *causa* da responsabilidade que aqui é um fator decisivo para se apurar qual a situação desse garante solidário. Tanto entendida subjetivamente como objetivamente a causa está a demonstrar que o garante não assumiu uma dívida, mas sim uma responsabilidade de garantia. Que a causa aqui atua como *essentialia negotii* é indiscutível (cf. o meu *Contratos Mercantis*, 6.^a

ed., 1991) surgindo como elemento esclarecedor da vontade e da intenção do agente, o que deve ser levado em conta na interpretação do negócio. Por este aspecto, é bom lembrar, que no Direito Civil pátrio, a “falsa causa vicia o ato”, e que o Direito Comercial exige para a validade do negócio a menção da causa da obrigação. Ao transformar a causa da obrigação, *garantia* em dívida, a construção jurisprudencial violou frontalmente não só a vontade e a consciência da parte, como também a própria norma tanto a civil como a comercial. Trata-se, portanto, de esforço mal sucedido e de decisão insustentável perante o bom Direito pátrio.

13. Insistamos ainda que mesmo sem ter-se o texto do contrato, a exposição da sentença leva a consideração de que o contrato, na parte referente ao garantidor, intitulou-o de *garante solidário*, pretendendo com isso não lhe competir o benefício de ordem; a desnecessidade da anuência do cônjuge e permitindo uma interpretação extensiva da obrigação por ele garantida. Portanto, um exercício evidente de refugir à figura do fiador, naquilo que o protege. Cita a propósito a sentença ainda que é: “lícita em princípio a execução movida contra aqueles que nele se obrigaram, independente do *rótulo que se lhes deu*” (o grifo é nosso).

Entretanto, há que se convir que em se tratando de contrato de adesão, cujas cláusulas foram impostas pelo credor e pela utilização da expressão *garante*, há manifesto abuso de poder, por um lado, e simulação por outro, e esta certamente pode-se presumir não de boa fé, pois tentou vender gato por lebre. Se queria a parte credora que “o garante” fosse devedor por que (dentro da liberdade contratual, relativa é claro, dado o poder do cre-

dor, no caso) não o disse; do que se infere que se trata de expressão que ou vale como garantidor, ou então foi empregada enganosamente e presumidamente de má fé. Pena que o julgador não tivesse atentado para esse aspecto, o que se compreende, pelo motivo aqui já analisado da intenção de proteger o credor.

E justamente essa posição é que não convence; por que proteger o credor que já está sobremaneira protegido de um lado pelo aval lançado na cártula e de outro pela fiança no contrato? Poder-se-ia até admitir hipótese, em que o credor ficasse desamparado por variados motivos, e então seria de se aceitar uma interpretação mais arrojada para assegurar-lhe o ressarcimento. Não é o caso, entretanto, e até poder-se-ia invocar, com alguma liberdade, o Código de Defesa do Consumidor que alcança os contratos de adesão e as operações bancárias (para esse fim equiparadas a serviços).

14. Em contrato que temos em mãos — e acredita-se semelhante ou análogo ao examinado pela sentença no caso — verifica-se a presença da financiada e dos intervenientes garantidores — trata-se, aliás, de um contrato de financiamento de capital de giro, do Banco Bradesco de Investimento S/A, com cláusula assim redigida, aliás, em caracteres minúsculos e no verso do instrumento:

“Os Intervenientes Garantidores, avalistas da nota promissória referida na letra “a” da cláusula 6.ª, supra, comparecem também neste ato na condição de devedores solidários, anuindo expressamente ao ora convencionado, responsabilizando-se incondicionalmente com a Financiada de maneira irrevogável e irretroatável, pelo total cumprimento de todas as obrigações pecuniárias ou não, assumidas neste instrumento”.

Pelo que se verifica que a Instituição credora quis reforçar a garantia (sempre garantia) do avalista, inclusive, denominando-o Terceiro Garantidor, sendo óbvio no sistema da fiança, de que este se torna devedor em caso de inadimplemento da obrigação da financiada.

Contudo, é cristalino, que ele, o interveniente garantidor não é desde logo devedor (dada a causa da obrigação) e num esquema analógico só pode ser compreendido no gênero garantidor, e portanto, na espécie de fiador (além de avalista). Do que resulta a impropriedade dessa criação jurisprudencial remetendo-o desde logo para a figura do devedor; não, e é importante que se diga, que estejamos contra o aparecimento na nossa prática comercial de novas figuras — afinal, foi isso que o Direito Empresarial moderno veio fazendo até hoje — mas no caso nos parece, realmente, abusiva e enganosa a introdução da cláusula desse tipo, que segundo a *causa* da responsabilidade, como já

demonstramos, somente pode ser aceita como a de fiador.

Infelizmente, a conclusão é a de que o julgador acolheu uma cláusula no mínimo enganosa, contra a parte mais fraca.

E tanto assim é que, como garante terá assegurado o direito de regresso contra o devedor, o que é discutível se for considerado apenas devedor solidário.

Verdade é que a Súmula 26 do STJ considera que: “O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário”, o que é correto, mas veja-se que a expressão utilizada é a de *devedor solidário* e não garante solidário, conforme se refere na decisão comentada.

Insistimos, portanto, que não se poderia mudar a causa da obrigação, a de responsabilidade por dívida de outrem, em caso de inadimplemento.

WALDÍRIO BULGARELLI