

Aval posterior ao vencimento do título

JOÃO BAPTISTA VILLELA

SUMARIO: 1 — Atribuição ao aval póstumo dos efeitos da fiança; 2 — Negação de quaisquer efeitos ao aval póstumo; 3 — A atribuição dos efeitos da fiança em face da doutrina e da lei; 4 — Utilidade e função do aval póstumo; 5 — Conseqüências do vencimento sôbre a natureza cambiária do título; 6 — O serôdio avalista e a exceção prescricional do avalizado; 7 — O pensamento de Lyon-Caen & Renault; 8 — O aval póstumo na Lei Uniforme de Genebra; 9 — Conclusão.

DESENVOLVIMENTO

1. Autores há que reconhecem no aval posterior ao vencimento do título os meros efeitos da fiança.

Assim é que, entre nós, Saraiva afirma textualmente: "O aval lançado depois do vencimento não produz efeitos cambiais".¹ E conclui que tal garantia será tão-sòmente uma "fiança civil ou mercantil, conforme a hipótese, e a sua constituição".²

Na doutrina brasileira, a opinião do mestre Saraiva tem feito proselitismo, em que pese a entendimentos contrários ao dêle. Paulo de Lacerda, ao esposá-la, o faz sob o fundamento de que, uma vez vencido o título, "a circulação subsequente perde o caráter cambiário e, como reduz os efeitos do endôso posterior aos de mera cessão civil, reduz os do aval posterior

1. SARAIVA, José A. — *A Cambial*. V. 1º, Rio de Janeiro, José Konfino, 1947, p. 382.

2. Op. cit., loc. cit.

aos de simples fiança".³ E acrescenta: "O ato conserva ainda a vestimenta cambiária e os característicos de forma que lhe são próprios; mas, o conteúdo é vazio de toda substância cambiária, e apresenta matéria jurídica de verdadeira e própria fidejussão à obrigação à qual adere".⁴

Magarinos Torres afina-se pelo mesmo diapasão, com a só discrepância de assimilar o aval póstumo apenas à fiança mercantil, ao contrário de Saraiva, para quem, tais fôsem a hipótese e a constituição, os efeitos seriam os da fiança civil. Diz Magarinos, realmente, que o aval "prestado posteriormente ao vencimento do título, tem o efeito de mera fiança comercial; isto é, o avalista, conquanto obrigado, pode fazer executar primeiro os bens do avalizado".⁵

João Arruda, acompanhando a maioria dos autores italianos, enxerga no aval póstumo uma fiança modificada pelas regras da solidariedade.⁶ Assim, o avalista, que lança a sua assinatura no título depois do vencimento dêste, seria havido como fiador, estando, porém, impedido do invocar o benefício da ordem na execução. O pensamento de Arruda distancia-se, destarte, do de outros tratadistas brasileiros da mesma corrente, todavia mais radicais em suas conclusões a respeito do aval póstumo, e é particularmente distinto do texto *supra* de Magarinos.

Whitaker, negando a possibilidade de se outorgar o aval depois do vencimento do título, concede que uma tal garantia será fiança "se tiver as condições de forma e de fundo estabelecidas na lei comum".⁷

3. LACERDA, Paulo Maria de — *A Cambial no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro, J. Ribeiro dos Santos, 1928, nº 135.

4. Op. cit., loc. cit.

5. TORRES, Magarinos — *Nota Promissoria*. São Paulo, Saraiva & Cia., 1943, p. 228.

6. *Decreto nº 2.044, de 31 de Dezembro de 1908, Annotado*. V. 13, São Paulo, Escolas Profissionais Salesianas, 1914, p. 66-67.

7. WHITAKER, José Maria — *Letra de Câmbio*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 1957, p. 182.

Silva Pinto adere, por igual, à atribuição dos efeitos de fiança ao aval póstumo, declarando colocar-se “convencidamente ao lado da grande maioria”.⁸

Pela tese da fiança solidária também se pronuncia Cunha Gonçalves, no direito português, ao sustentar que “assim como o endôssó posterior ao vencimento só produz os efeitos da cessão, o aval posterior só valerá como simples fiança, embora solidária”.⁹

Entre os tratadistas italianos também prevalece, como já dissemos, o entendimento de ser fiança o aval dado após o vencimento do título. Sorani, depois de dizer que “l’avallo dovrà essere prestato prima che il titolo sia scaduto”,¹⁰ explica: “Ma se un sifatto avallo non varrà come obbligazione cambiaria, non sarà per questo privo di ogni qualsiasi efficacia: varrà al contrario come una fideiussione ordinaria e solidale, e le azioni che da essa hanno origine dovranno sperimentarsi dinanzi al giudice ordinario”.¹¹

Para Umberto Pipia o aval aposto depois do vencimento “non potrebbe più assumere efficienza e significato di obbligazione cambiaria, ma si ridurrebbe a normale fideiussione commerciale e quindi sempre solidale, perchè, fermando la scadenza la circolazione cambiaria e personificando il credito nell’ultimo possessore, il titolo non è più suscettibile di ricevere ulteriori obbligazioni di natura cambiaria”.¹²

Vivante, muito embora não se pronuncie expressamente no sentido de considerar fiança o aval aposto nas condições aqui estudadas, parece admitir esta solução, de vez que do aval póstumo só nega o caráter cambiário: “L’avallo scritto

8. SILVA PINTO, Paulo J. da — *Direito Cambiário*. Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1948, p. 373.

9. CUNHA GONÇALVES, Luiz da — *Comentário ao Código Comercial Português*, V. 2º, Lisboa, Empresa Ed. José Bastos, 1916, p. 210.

10. *Della Cambiale e dell’Assegno Bancario*. V. 2º e últ., Roma, Soc. Edit. Dante Alighieri, 1902, p. 31.

11. Op. cit., p. 67-68.

12. *Trattato di Diritto Commerciale*. V. 3º, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1916, p. 499.

dopo la scadenza non assume carattere cambiario: così è della girata (art. 260); così è dell'accettazione e del pagamento per intervento (art. 273 e 299), poichè il titolo può accrescere il suo credito mediante l'aggregazione di nuove firme cambiarie solo nel periodo della sua circolazione normale".¹³

2. Carvalho de Mendonça nega qualquer valor ao aval posterior ao vencimento, sob a alegação de que "visando garantir o pagamento no vencimento, perderia a sua função única".¹⁴ Daí conclui que o "aval posterior ao vencimento supõe-se não escrito".¹⁵

Aderem ao ensinamento de Carvalho de Mendonça, entre os autores brasileiros, Alfredo Russel¹⁶ e Gonçalves de Oliveira.¹⁷ Este último ressalva, entretanto, a boa-fé de terceiros, perante os quais torna-se obrigado o avalista que lança, sem data, sua assinatura em título vencido.¹⁸

Na Itália, Valeri, depois de observar que a lei cambiária não resolveu explicitamente a questão de poder-se prestar o aval depois do vencimento, afirma: "Noi riteniamo, che le necessarie direttive vengano fornite qui pure dal principio dell'accessorietà formale dell'avallo, conducendo in massima ad una soluzione negativa".¹⁹

Valeri admite, contudo, que o aval possa ser dado ao endossante mesmo depois do vencimento da letra, desde que o seja antes do protesto por falta de pagamento e antes de

13. VIVANTE, Cesare — *Trattato di Diritto Commerciale*. V. 3º, Milano, Dottor Francesco Vallardi, [s.d.], p. 409.

14. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier — *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. V. 5º, parte 2ª, Rio de Janeiro — São Paulo, Liv. Ed. Freitas Bastos, 1947, p. 329.

15. Op. cit., loc. cit., p. 329.

16. *Curso de Direito Comercial Brasileiro*. T. 2º, Rio de Janeiro, Liv. Scientifica Brasileira, 1924, p. 205-206.

17. GONÇALVES DE OLIVEIRA, A. — Aval Antecipado e Aval Posterior ao Vencimento. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 87 (459):624-629, set., 1941, p. 629.

18. Op. cit., loc. cit.

19. VALERI, Giuseppe — *Diritto Cambiario Italiano*. Parte esp., Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1938, p. 208.

decorrido o tempo assinalado para esta diligência.²⁰ E, em qualquer caso, põe a salvo o direito dos titulares sucessivos que não tinham conhecimento da posterioridade do aval:

“Anche per l’avallo, la tardività, *fatto impeditivo* dell’obbligazione cambiaria dell’avallante, è da ritenersi opponibile soltanto a quei titolari che ne abbiano conoscenza”.²¹

Navarrini, Bracco e De Gennaro²² repelem o aval depois do vencimento, a não ser que tenha sido outorgado antes do protesto por falta de pagamento ou antes de expirado o tempo para dito protesto.

3. Não deixa de causar estranheza a circunstância de inúmeros tratadistas reconhecerem no aval póstumo os efeitos da fiança, sem que haja nas ordens jurídicas dos respectivos países nenhum texto de lei que, sequer, insinue tal solução. Por que fiança? O que parece justo concluir dessas opiniões é que seus autores não se libertaram de um preconceito, largamente espalhado, preconceito que poderíamos qualificar de *fidejussório* e que consiste em estabelecer uma relação de filiação, na verdade impossível, entre a fiança e o aval. Tal se deverá talvez, ao êrro muito comum a que se refere Guido Rossi,²³ de “considerare la fideiussione come il paradigma tipico dei negozi di garanzia, senza tener conto che invece essa altro non è che una delle molte applicazione di un concetto avente ben più ampia portata”.²⁴

O fato é que doutrinariamente não subsiste a menor razão para que se repute fiança o aval prestado depois do vencimento. Uma tal consequência só poderia advir de um texto expresso de lei, já que em direito cambiário prevalece

20. Op. cit., p. 208.

21. Op. cit., loc. cit.

22. *Apud* VALERI — Op. cit., loc. cit., nota 1.

23. L’Avallo e l’Irregular Indorsement come Garanzie Cambiarie Tipiche nella Legge Uniforme e nel Diritto Anglo-Americano. *Riv. Dir. civ.*, Padova, Dott. Antonio Milani, anno 6(5), 2ª parte: 498-519, sett.-ott., 1960.

24. Op. cit., p. 502.

a regra da *cambialidade* de tôda e qualquer assinatura lançada no título.

A assimilação do aval póstumo à fiança além, pois, de violentar a lei, que a não permite, contraria os princípios teóricos que informam o direito cambiário, sendo lícito concluir com Rossi que “nel quadro del minimo comun denominatore di negozio di garanzia, in senso ampio, l'avallo non è più vicino alla fideiussione di quanto non lo sia la girata (ovviamente non la girata senza garanzia) o qualunque altra firma cambiaria avente funzione di garanzia”.²⁵

Dizer, por outro lado, que o aval prestado depois do vencimento só tem os efeitos de fiança porque o endôso, em idênticas condições, só os tem de cessão civil é armar um raciocínio de lógica duvidosa. Seria sustentar, em outras palavras, que a fiança está para o aval, assim como a cessão está para o endôso, o que é manifesta impropriedade. Não existe entre aval e endôso semelhança senão accidental: em um e outro dos institutos há garantia pela realizabilidade da soma cambial. Na essência, entretanto, são fundamentalmente diversos. O fim precípua do endôso é a transferência do título, tanto assim que na maioria das legislações cultas o título pode ser endossado sem que o endossante responda pela sua *bonitas*. Já o fim do aval é exclusivamente o reforçamento da realizabilidade do título pela instituição de um novo coobrigado direto ou de regresso.

Consequentemente, equiparar o aval póstumo à fiança porque a lei equipara o endôso póstumo à cessão civil é ler onde o legislador não escreveu, e ler mal porque não há entre êsses institutos parentesco que justifique a proporcionalidade contida naquele juízo.

4. Para Carvalho de Mendonça a negação absoluta de poder-se prestar o aval após o vencimento assenta-se na suposta inutilidade desta serôdia garantia. Pergunta-se o

25. Op. cit., loc. cit.

mestre, com efeito, a propósito do aval póstumo: “Que garantiria êle?”.²⁶ É João Eunápio Borges quem responde, pondo a questão nos seus devidos termos: “Garantiria o pagamento; pois a função do aval é garanti-lo durante tôda a vida da obrigação que contraiu”.²⁷

A. Navarrini, que nega os efeitos cambiais do aval depois do vencimento, pareceu que “o possuidor da letra não pode contar senão com a obrigação cambiária tal como existia antes do vencimento, e, por sua vez, não é justo que o devedor cambiário veja surgirem novos credores”.²⁸ Eunápio Borges refuta o primeiro desses argumentos lembrando que “não há prejuízo para ninguém se o possuidor, depois do vencimento, tiver boa sorte, *com que não podia contar*, de ver reforçar-se, com mais uma firma, a garantia do pagamento da letra”.²⁹ Aduziríamos que nem há mister colocar tal possibilidade na dependência de *boa sorte*, uma vez que o aval poderia ser prestado a título oneroso, comportando assim vantagens também para o seu dador.

Não procede, igualmente, o segundo argumento de Navarrini. O devedor cambiário é responsável nos estritos termos da obrigação por êle assumida e fato nenhum de terceiro poderá alterar substancialmente esta responsabilidade. A admitir-se que o aval posterior ao vencimento agrava a situação do devedor cambiário, como aceitar a regra, o princípio de que o aval pode ser outorgado sem o conhecimento do avalizado e com a sua oposição até?

5. Sustenta João Eunápio Borges, com acêrto, que “enquanto existir uma obrigação cambiária, é suscetível de ser avalizada”.³⁰

26. Op. cit., p. 329.

27. Do Aval — Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 138.

28. *Apud* Borges — Op. cit., loc. cit.

29. Op. cit., loc. cit.

30. Op. cit., loc. cit.

Ora, o vencimento não tem o alcance de extinguir a natureza cambiária de uma obrigação. Seus efeitos são bem outros.

Whitaker, fundado em nossa lei cambial, reconhece, além da exigibilidade da soma cambial, mais as seguintes decorrências do vencimento: a letra perde os requisitos de título circulante; surge o momento em que começa a correr o prazo prescricional para o portador comum; estabelece-se a data em que se inicia o prazo para a apresentação da letra extra-aviada pelo eventual portador.³¹

Logo, pretender afastar a possibilidade do aval póstumo sob o fundamento de que a obrigação não mais tem caráter cambiário é ignorar os reais efeitos do vencimento. E porque um desses efeitos é pôr fim à cadeia de circulação cambial foi que o legislador estabeleceu o *quid juris* para a hipótese do endosso póstumo, preceituando que valha apenas como cessão civil. E esta providência do legislador vem, exatamente, abonar o entendimento de que outorgado após o vencimento do título opera o aval com a mesma plenitude de conseqüências que se o fôra antes. Outra fôsse a pretensão da lei não haveria de faltar para o aval póstumo dispositivo simétrico ao art. 8º, § 2º, da lei nº 2044.

Razão assiste, pois, a Pontes de Miranda, ao sustentar a cambialidade do aval póstumo, sob a alegação de que “os direitos cambiários ainda estão de pé, ainda há ação cambiária a ser proposta; se está encerrada a vida circulatória do título cambiário, razão por que o endosso após o vencimento não vale *cambiariamente*, e só tem efeitos civis, não se pôs termo à sua vida jurídica”.³²

Nem substancialmente diverso é o pensamento de Bonelli: “Se non che la scadenza ha bensì l'effetto di fermare la circolazione nell'ultimo possessore ma la cambiale non si estingue colla scadenza, e finchè l'obbligazione cambiarìa

31. Op. cit., p. 203-204.

32. *Tratado de Direito Cambiário*. V. 1º, São Paulo, Max Limonad, 1954, p. 252.

dura, non c'è ragione che non possa esser garantita come tale, cioè avallata".³³

6. Entre os motivos deduzidos por Magarinos Torres para repelir a permissibilidade do aval após o vencimento do título está o de que tal admissão "leva os autores a concederem ao serôdio avalista a exceção, peculiar ao avalizado, quanto ao prazo já decorrido para a prescrição (Vêde BONELLI e BRAVARD, logs. cites., e GRUNHUT e STAUB, cites. pelo primeiro), o que constitui a negação mesma da cambialidade dêsse aval, que devia ser autônomo e independente e estranho às exceções pessoais do avalizado, sendo personalíssima a de prescrição".³⁴

Data venia, a nós nos parece que não há relação de causa a efeito entre a admissão do aval póstumo e a comunicação das exceções personalíssimas do avalizado ao avalista. Entendemos ser perfeitamente possível optar pela primeira e não conceder a segunda. Não haverá nisto contradição. Aliás, Magarinos não foi feliz na interpretação que fêz de Bonelli. Êste, na verdade, atribui ao avalista a exceção prescricional do avalizado como regra, aplicável *ainda quando* o aval fôr prestado após o vencimento e não *sòmente* nesta hipótese. E tanto é assim que, logo depois de sustentar a possibilidade do aval póstumo, é que afirma Bonelli: "Ma sempre *viene in applicazione la regola* che l'obbligazione dell'avallante è quella stessa che avrebbe se la sua firma si trovasse al posto dell'avallato. Quindi, dato l'avallo dopo la scadenza per un firmatario anteriore alla medesima, esso ha lo stesso valore che se fosse stato apposto prima; e *perciò* competerebbe all'avallante anche la stessa eccezione di decadenza o di precrizione che fosse acquista all'avallato". (os grifos são nossos).³⁵

33. BONELLI, Gustavo — *Della Cambiale, dell'Assegno Bancario e del Contratto di Conto Corrente*. Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1930, p. 342, nota 3.

34. Op. cit., p. 229, nota 54C.

35. Op. cit., p. 342-343.

7. Sustentam Lyon-Caen & Renault os mesmos efeitos para o aval prestado antes ou depois do vencimento.³⁶ Argumentam com base na questão análoga do endôso póstumo que, no regime do *Code de Commerce*, ao tempo em que escreveram, não perdia, segundo êles,³⁷ o valor cambial por ser lançado após o vencimento do título.

Talvez, entretanto, pelo recurso àquela analogia pareceu a Cunha Gonçalves que ditos autores perfilhassem a tese fidejussória.³⁸

A verdade é que, inexplicavelmente, o jurista português incluiu os nomes daqueles comercialistas entre os que, sobre o assunto, pensam como êle, referindo-lhes, precisamente, texto onde a convicção dêles é expressa de modo claro e infosismável.

8. João Eunápio Borges, citando Ruggeri, diz que “a Lei Cambial Uniforme não resolveu expressamente a questão³⁹ de ser possível o aval depois do vencimento.

Não vemos naquele diploma nenhum fundamento para uma solução negativa. E se é verdade que a Lei Uniforme não dirimiu, por um texto expresso, dúvida já antiga ao tempo de sua elaboração, não se pode deixar de reconhecer, sob o ponto de vista doutrinário, a absoluta desnecessidade de fazê-lo. A simples aplicação dos princípios de direito cambiário basta a resolver perfeitamente a hipótese. Assim, entendemos que o aval após o vencimento deve ser admitido na Lei de Genebra pelas mesmas razões por que o deve ser no direito brasileiro. A favor da solução aqui preconizada é, também, Lioubomir Bayalovitch.⁴⁰

36. LYON-CAEN, Ch. & RENAULT, L. — *Traité de Droit Commercial*. T. 4^o, Paris, F. Pichon, Successeur, 1893, p. 139.

37. Op. cit., p. 103.

38. Op. cit., p. 210, nota 4.

39. Op. cit., p. 140.

40. *Le Droit International du Change — La Loi Uniforme de Genève et le Droit Uniforme Anglo-Américain*, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1935, p. 280.

9. Sem razão os que vêm no aval póstumo a figura da fiança. Sem razão, do mesmo modo, os que lhe negam quaisquer efeitos. As alegações de uns e outros estão construídas sobre uma falsa concepção dos efeitos do vencimento, o qual, como notaram Lyon-Caen & Renault “ne suffit pas pour faire perdre au titre sa nature”.⁴¹

Não há, em boa doutrina, como negar ao aval póstumo plenitude de efeitos cambiais. E, quando não bastassem para conduzir a esta inferência a boa aplicação das normas de direito cambiário, deve-se considerar que nenhum texto de lei existe em abono de solução diversa, o que, pelo princípio da conservação dos institutos, redundaria a favor da posição por nós sustentada. Ademais, o direito cambiário, com ser um direito de exceção, não recomenda ampliações ou restrições que se não façam sob a cobertura ostensiva de texto claro da lei.

41. Op. cit., p. 190.