

TULLIO ASCARELLI
Ex-catedrático da Universidade de Bolonha
Professor contratado da Faculdade de Direito de São Paulo

TEORIA GERAL
DOS
TÍTULOS DE CRÉDITO

Tradução de
BENEDICTO GIACOBINI

BIBLIOTECA
LELA HUCK MALINHOY OTRANTE
RUA CAMARGOS MESSEANA, 100

RED Livros
1999

isso, nas suas origens estava em plano inferior à das demais funções do título. A cambial surgiu para tornar possível o transporte do dinheiro; hoje possibilita a mobilização do crédito.

Por certo, mesmo hoje, no âmbito dos diversos títulos de crédito, a relação entre a declaração cartular e o negócio fundamental não é sempre a mesma, e veremos realmente que, nos títulos causais, a declaração cartular é um negócio declaratório, ao passo que, nos títulos abstratos, o direito cartular e o derivado de relação fundamental se apresentam como concorrentes.

Mas, o fenómeno dos títulos de crédito, ligado às exigências da circulação da riqueza, repousa, agora, antes de mais nada (embora não exclusivamente), na autonomia da declaração incorporada no título (com referência à da relação fundamental) e daí a possibilidade e a particular disciplina da circulação deste, em contraste com as diferentes normas da circulação no direito comum.

CAPÍTULO II

A "LITERALIDADE" DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

Sumário: 1. Os instrumentos confessorios do direito intermédio. — 2. A literalidade. — 3. Seu alcance. — 4. Sua função prática. — 5. Conhecimento das convenções extracartulares. — 6. Função prática. — 7. Pluralidade de obrigações. — 8. Explicação da literalidade. — 9. Literalidade e independência do título. — 10. Literalidade e abstração. — 11. Literalidade e aparência jurídica. — 12. Conclusões. — 13. A declaração cartular é uma declaração de vontade. — 14. Mesmo nos títulos causais. — 15. Possibilidade de uma diversa orientação. — 16. Tese de Carrelutti. — 17. Crítica. — 18. Continuação. — 19. Continuação. — 20. Conclusões. — 21. Crítica de uma afirmação de Vivante. — 22. Distinção entre o direito cartular e o da relação fundamental. — 23. Concurso de direitos.

1. Se volvermos o olhar para as primeiras manifestações, na época comunal italiana dos documentos que hoje constituem a categoria dos títulos de crédito, apenas encontraremos os instrumentos confessorios (redigidos tanto objetiva como subjetivamente), comuns naqueles séculos.

Instrumentos confessorios ex causa cambii, perfeitamente análogos aos redigidos por ocasião de mútuo, "comenda" e outros negócios ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁹⁾ GOLDSCHMIDT reproduz, entre os exemplos de cambiais, o seguinte documento (n.º 342 do cartulário de *Johão Scriba*): "Ego confiteor quod accepi a te lib. XI d. Jan, de quibus promitto dare filio vestro vel missa vestro apud alexandriam bisantinis 23/4 per libram etc.". A cambial de 6 de abril de 1207 de *Simão Rubens* (a primeira cronologicamente, segundo *Goldschmidt*) reza: Simon Rubens factur habuisse libras 34 denariorum januae et denarios 52 pro quibus Wilhelmus bancheitus eius frater debet dare in Palerno marcos octo boni argenti illi qui ei dabit hanc cartam".

Eis, no entanto, outros documentos do mesmo cartulário em que exatadamente não se reconhecem documentos cambiais: n.º 251: "Ego confiteor accepisse tantum de tuis rebus unde tibi vel tuo certo misso per me vel meum missum lib. XIII et sol. unum usque ad proximas Kal. aug. solvere promitto"; n.º 537: "Ego accepi a vobis... piperis centenários pro quibus promitto dare vobis vel vestro misso per me vel meum missum lib. XV den. usque octavam proximanum pasche". Basta, aliás, percorrer o cartulário de *Girardus Almaricus*, de *Johão Scriba* e os documentas *Manduel* para verificar a verdade do que afirmo no texto.

Prescindindo da causa particular da obrigação (o negócio de câmbio sobre cuja natureza disputavam os juristas e em que desde logo se distingue o câmbio *pecuniae presentis cum absentis* com o correspondente requisito da *distantia loci*), o título de crédito era, nas suas origens, um documento confessorio, submetido à disciplina geral dos documentos dessa espécie.

Justamente por isso era título executivo, como executivos todos os instrumentos confessorios, em que a doutrina medieval reconhecia uma *confessio judicialis ante litem contestatam*. De fato, através de uma progressiva extensão da *confessio judicialis*, o tabelião fôra equiparado ao juiz.

Com efeito, essa confessio judicialis ante litem contestatam era substancialmente equiparada à romana *confessio in jure*, com a aplicação do princípio *confessus pro iudicato habetur*, cuja consequência era tornar o título executivo ⁽⁶⁷⁾.

Mas se, inicialmente, o documento confessorio medieval e, portanto, o título de crédito, apenas envolvia a confissão de uma relação "anterior", dentro em pouco, com uma evolução que se afirma cada vez mais nítida na prática estatutária, a despeito da concepção probatória da confissão, dominante de *iure communi*, o documento confessorio vai tomando o aspecto de documento constitutivo de uma "nova" obrigação.

Podemos perceber essa evolução observando o progressivo reconhecimento da oponibilidade, mesmo em relação à *confessio judicialis ante litem contestatam*, das exceções dos vícios contratuais ⁽⁶⁸⁾, o que anteriormente, ao contrário, não era possível, dada a existência da confissão.

⁶⁷⁾ Cf. BREUGLER, *Geschichten des Executiv-Process*; LIBMANSON, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, pág. 46 e segs., e sobre os característicos dos processos executivos do direito romano comum, C HINOYENSA, *Instituições de direito processual*, São Paulo, 1942, vol. I, p. 342.

⁶⁸⁾ BREUGLER, pág. 186 e também L'ARTES, *Dritto commerciale*, pág. 258. BREUGLER entende que, no decorrer do desenvolvimento histórico, tenha sido reconhecida a admissibilidade de exceções cada vez mais numerosas ao instrumento confessorio, embora este tenha sido sempre assimilado à *confessio judicialis*.

Lembro que BURTRIGARIO, L. 14 C. *de non numerata pecunia*, seguido por BAUDO (ibidem), que se reporta também a CINO, admite, por exemplo, a possibilidade de opor a *querela non numeratae pecuniae* somente quando a confissão era feita por *modum voluntariae jurisdictionis*, como se admitia tivesse lugar nos instrumentos confessorios. De fato, ele assim se manifesta: "Aut promisit per modum voluntariae jurisdictionis aut per modum contentiosae jurisdictionis: ut Qui iustus fecit. Primo casu non preiudicat sibi, imo habet exceptionem non numeratae pecuniae in iure, quod fecit pro debitoribus Qui obligatur instrumento garantigiae.

A qualidade de título executivo do documento, que, num primeiro momento, fora admitida através do reconhecimento da existência da confissão, recebe, na legislação estatutária um reconhecimento próprio e independente, que torna inútil o recurso à confissão (69) e que, portanto, faz cada vez mais prescindir da disciplina peculiar desta.

Por outro lado, em matéria de confessio extra judicialis, a doutrina, sob a influência dos canonistas e dos ultramontanos, realizou, em grande parte com DURANTE, a fusão da confessio scripta com o contrato literal romano e reconheceu na confessio scripta um novo contrato, escrito e causal (70).

Lendo as páginas de durante, não é difícil perceber que ele trata

quia dico ibi est quaedam confessio per modum voluntariae jurisdictionis, quam aut iudex aut tabellio ex forma statutorum civitatum exercent. Secundo casu iustus fecit non praesentium factum spei future numerationis et tunc sibi preiudicat, nam non est verosimile quod confessus fuisse nisi pecunia sibi numerata esset ut D. de verborum obligationibus, l. inter Stichum". A meu ver, se num primeiro momento a assimilação dos documentos confessorios ao julgado levou a excluir as exceções relativas aos vícios do contrato, num segundo momento foram admitidas também essas exceções, contanto que, não encontrassem obstáculo na letra dos estatutos.

Um indicio significativo dessa evolução se encontra na interpretação de uma passagem de BARTOLO, que se pode ver no comentário de GIACON DEL MARINO à L. I. D. *De verb. obligationibus*. Significativa também a Cons. 43 de LUDOVICO RUCIANO (pág. 132 da *Crestomancia de Briegleb*), bem como o comentário de PAULO DE CASTRO à L. 13 D. *constituta pecunia*, onde declara que as exceções relativas à nulidade do contrato são inoponíveis quando o estatuto explicitamente declara *quod non possit opponi exceptionem contra talia continentia praecipuum*, mas não quando se limita a afirmar que *talita praecipua vel instrumenta mittantur executioni*. A qualidade de título executivo dos documentos torna-se portanto, independente das consequências que decorrem da regra *confessus pro iudicato habetur*, da qual fora deduzida. Os documentos confessorios aproximam-se, assim, do *confessio extrajudicialis* (cf. pág. 46) e aplicam-se-lhes também as normas gerais sobre a *confessio extrajudicialis*, principalmente com referência à causa.

⁶⁹⁾ Cf. de fato, no fim desse desenvolvimento histórico, MASCAIRO, que, nas suas *Conclusiones*, embora repetindo que a confissão dos instrumentos "garantigiatos" é uma *confessio judicialis* (nº 344), nega que a *confessio coram notario* seja uma *confessio judicialis* (nº 344) e conclui (nº 344), deduzindo, com uma verdadeira inversão do processo histórico, a executividade da confissão judicial, daquela dos instrumentos "garantigiatos": *confessio in iudicio facta executionem habet paratam sicut instrumentum garantigiatum*.

⁷⁰⁾ Sobre esse desenvolvimento histórico cf. geralmente PLACENTINUS, *Summa Cod. ad Tit. Si certum petatur, de non numerata pecunia*; *Leitura sup. Cod.*, 7, 59, nº 4-5; GLOSSA, *debeve ad lit. De lit. Obligationibus, generaliter* a C. *de non numerata pecunia* l. 13; à l. un. *de confessis*, HOSTIENSIS, *Summa aurea* "quod si quis extra ius confiteatur, qualiter intelligatur haec regula confessus pro convicio habetur"; BELLAERTICA, *super Cod.*, nº 13, C. 4, 30; DURANTE II, 2 § 3, e, no mesmo, J. ANDREA; CINO, à L. 3, 13 e 14, C. 3, 30; BARTOLO às mesmas leis, I. FARTAGNO, à L. 6, C. 2, 14; CUACIO, VI, 569, VII, 747 (ed. Prato, 1863); MOUNIER, in Lib.

promiscuamente de duas confissões distintas: uma, que é na realidade negócio dispositivo e a cujo respeito a causa é exigida para a validade do negócio; outra, que tem valor meramente probatório e em que a exigência da causa consiste na necessidade de constar do documento a relação confessada, para dar valor à prova oriunda da confissão e do respectivo documento (cautio discreta) ⁽⁷¹⁾.

I, Cod. tit. XVIII (vol. III, pág. 580, ed. Paris, 1681); *Codex Fabrianus*, IV XV, 31; POTHIER, *Obligaciones*, IV, cap. Entre os trabalhos modernos, devem ser citados EISENMANN, *Beweislehre*, pág. 121 e segs.; KAESTEN, *Die Lehre von obli. iurigen bet den italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock, 1885.

A identificação da *litterarum obligatio* romana à *confessio scripta extrajudicialis* deve-se especialmente aos canonistas.

Reconhecido na *confessio* um contrato, ela fica naturalmente submeçada às normas gerais elaboradas pela doutrina canônica para todos os contratos: aceitação pela outra parte e necessidade da causa se *ad obligandum*.

Essa causa devia, no mútuo e no dote, ser provada pelo credor, no primeiro biênio, por força dos princípios sobre a *querela non numerata pecunie*, porque como escreve *Faber Hirs. de lit. oblig.*, os homens se obrigam a reslitiir, mesmo antes de receber, *propter affectionem quam habent ad pecuniam et uxores*.

Exacto biennio e, na hipótese de *causa preterita*, era, no entanto, o devedor quem devia provar a falta de causa (BALDUS, de non numerata pecunia, l. 14).

A exata interpretação dos fragmentos romanos neste ponto somente foi restabelecida pelos "cultos" e particularmente por Donellus.

Naturalmente, ao lado da confissão-contrato, continua a viver a confissão-declaração de ciência, provida de eficácia meramente probatória. Essa confissão, e a consequente dupla significação do termo *causa*, turvam todas as obras de direito comum.

m) Cf. sobre esse ponto os autores anteriormente citados e FERDIN. *Das Wechselrecht der Postgossatorer*, Leipzig, 1909, pág. 60.

Singularmente mais penetrante que os escritores posteriores, PEDRO DE BELLAERICKA *Quaestio XXXIX*, na edição de Lião de 1515 das suas *Quaestiones*, com exatidão escrevia que ou se confessasse *ad probandum*, e então não se podia levar em conta o requisito da causa ou *confiteri super principali actione et tunc referi quia ista confessio recedit ad obligandum confitentis et tunc dico quod non probandum sine causa* D. *de probationibus* l. *cum indebitum ulinno aut ista confessio tendit ad liberationem alicuius et tunc dico quod probandum confitentis et sic loquitur authentica ista et est ratio quia probandum ad liberandum sine causa sed ad obligandum non, quia favorabiliores sunt rei quam actoris, etc.*

Pouco depois aliás, JOHANNES FABER (L. non epistolis C. de probationibus) exatamente entendeu, em oposição à doutrina do seu tempo, que ao julgar-se a força obrigatória de uma escritura não se devia levar em conta uma expressão enunciativa ou dispositiva, mas a intenção do declarante, conceito que, retido também na glosa (L. quidam D. constituita pecunia), será depois revivido por Fulgencio (ibidem em l. Titius). Quisera quase dizer que o pequeno grupo dos ultrarromanos, tão atiladamente educados nas distinções lógicas, constituiu, com as suas opiniões, um raro exemplo de clareza dogmática na desordem da doutrina intermediária relativamente a esses assuntos.

A doutrina posterior não chega a esclarecer suficientemente essa confusão, mas afirma a natureza dispositiva da confissão de *jure sanctorio* e a probatória de *jure communi* ⁽⁷²⁾.

Essa evolução, que constitui um dos caminhos históricos por meio dos quais a doutrina do direito comum chegou a elaborar o sistema contratual moderno ⁽⁷³⁾, bastante diferente do romano, em que a referida doutrina tivera o seu ponto de partida, não é sem relevância em matéria de títulos de crédito, mesmo do ponto de vista do estudo dogmático ⁽⁷⁴⁾.

Com efeito, permite-nos tal evolução verificar que o título de crédito, documento originariamente probatório, se foi transformando em documento constitutivo ⁽⁷⁵⁾ de um direito autônomo. Esse direito cartular autônomo subsiste

⁽⁷¹⁾ PAULO DE CASTRO, L. L., De confessis.

⁽⁷²⁾ Cf. a esse propósito, o citado volume de KAESTEN.

⁽⁷³⁾ Cf. aliás, na mesma ordem de idéias seguidas no texto, a exposição histórica de GRÜNETT, *Wechselrecht* (na Enciclopédia de BINDER) e a clássica obra de BRUNNER, no manual de EISENMANN.

⁽⁷⁴⁾ Em sentido mais restrito, entende-se por documento constitutivo, o instrumento cuja redação é essencial à constituição do negócio jurídico.

Em sentido mais lato, pode entender-se por documento constitutivo todo documento que incorpore a declaração de vontade ou o próprio ato (mesmo declaração de ciência ou declaração de intenção, para o que diz respeito a esta última categoria cf. von THUR, *Partie générale du code fédéral des obligations*, Lausanne, 1933, vol. I pág. 152 e segs.; cf. também MESSINEO, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, CEDAM, 1939, vol. I, pág. 109) para cuja prova é aduzido, e não uma declaração distinta.

Assim também o termo documento probatório pode ser usado, tanto levando em conta a desnecessidade do documento para a existência do negócio, quanto levando em conta a sua redação posterior ao fato, ou ato representado. Cf. sobre esse ponto também CARLUCCI, *Prova civile*, pág. 169, e o meu trabalho: *Registrazione nei libri di commercio e confessione estragiudiziale*, em *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, I, pág. 338 e 1931, I, pa. 342.

Cf., no mesmo sentido, REBELSBERGER, no *Handbuch* de EISENMANN, vol. 2, pág. 459. É, enfim, desnecessário, por outro lado, observar que também o documento constitutivo possui eficácia probatória.

Há quem (MESSINEO, *Tratado de crédito*, 1ª ed., pág. 6) fale também em documento recognitivo. Na realidade, o documento em si mesmo não é nunca recognitivo, mas probatório ou constitutivo: recognitivo pode ser a declaração mencionada no documento (por ex.: negócio declaratório ou declaração de ciência) e não o documento como tal.

Falar, portanto, em documentos recognitivos é produto do frequente equívoco entre a natureza do documento e aquela do ato documentado.

Cf. agora, no mesmo sentido, VALEFI, *Diritto cambiario*, l. pág. 3, e LA LUMIA, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1940, I, l. em contraste com a reafirmação do próprio pensamento feita por MESSINEO (*Titoli di crédito*, 2ª ed., vol. I, pág. 6) que defende a categoria do documento recognitivo, escrevendo que, no mesmo sentido, se fala de documentos constitutivos. Com isso fica esclarecido o equívoco de que nasce a categoria dos documentos recognitivos. Quando

de maneira independente, por força do título de crédito, eventualmente concorrendo com os direitos, de conteúdo econômico idêntico, oriundos de outras relações entre as mesmas partes ⁽⁷⁶⁾. O direito cartular, mesmo independentemente da sua abstração – e teremos ocasião de voltar a este ponto – distingue-se da relação fundamental.

Já no sec. XIV Baldo distingue a ação oriunda da *littera cambi* e a do negócio de câmbio subjacente, e os autores de direito comum afirmam que a obrigação é baseada na confissão do valor, mesmo quando expressa com *verba emunciativa* ⁽⁷⁷⁾.

realmente, falamos em documento “constitutivo” ou “probatório” referimo-nos à função do documento relativamente à declaração documentada, mas quando se fala em documento “recongnitivo” queremos referir-nos não à função do documento relativamente à declaração documentada, mas à função dessa declaração relativamente à declaração existente entre as partes. Trata-se, pois, de uma *declaração* “recongnitiva” e não de um *documento* “recongnitivo”. Tanto uso é verdade que, também nessa hipótese, o documento será depois constitutivo ou probatório em relação à declaração recongnitiva nele mencionada.

Naturalmente, nada obsta a que se entendam os termos “constitutivo” e “probatório” em relação à função da declaração documentada, mas a propriedade da linguagem parece-me impor se diga “declaração” constitutiva ou probatória, ou, se se preferir, “documento de uma declaração constitutiva ou probatória”.

Incerto nesse sentido é SORZA, *Polizza di carico*, Roma, 1936. (V. a minha resenha em *Rivista del diritto della Navigazione*, 1937), que também não distingue a função do documento (probatório ou constitutivo) relativamente à declaração documentada e a dessa declaração relativamente à situação anteriormente existente entre as partes.

A distinção entre documento dispositivo e probatório objetiva a eficácia probatória e a constituição do negócio documentado. Os vários graus da eficácia probatória dos documentos podem, a meu ver, ser depois apreciados seguindo as considerações de SIEGEL. *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, pág. 8 e segs. Archiv civ. Praxis, vol. XCI.

⁽⁷⁶⁾ Cf. REAUDR, *ob. cit.*, pags. 66 e 49 com referência à história da distinção entre *verba emunciativa* e *dispositiva*. LA LUMA, *Obbligazione cambiaria e rapporto fondamental*, pág. 16, vê nestas expressões da doutrina do direito romano comum um equívoco, devido às variações processuais da letra de câmbio, que, no entanto, segundo o próprio LA LUMA, teria sido sempre um mero documento probatório. Mas, assim argumentando, parece-me, não se leva em conta a evolução histórica acima referida, que se reflete justamente nas manifestações doutrinárias que, sem razão, LA LUMA considera fruto de equívoco.

⁽⁷⁷⁾ A transformação, agora posta em relevo, de um documento confessional em documento dispositivo e de uma declaração de ciência em uma declaração de vontade constitui um fenómeno geral na história do direito e um dos aspectos mais interessantes na história o documento.

Os estudiosos do direito grego chamaram a atenção para esse fenómeno pela *ᾠρολογία*, redigida objetivamente, bem como para os documentos redigidos subjunctivamente: os do direito romano também o notaram até com relação à *in littera castro*: os do direito inglês observam-no para o deed poll e para os chamados fines. Cf. PARSON. *Zeitschrift für das gesamte*

É, no sec. XVIII, EINECCIO que estabelece o princípio da cambial como contrato literal, chegando até a afirmar a abstração da obrigação cambiária. Surge, assim, o conceito de “literalidade” da obrigação cartular.

2. A doutrina atual, com efeito, é unânime em reconhecer o caráter da literalidade tanto nos títulos de crédito abstratos, quanto nos causais; tanto nos títulos à ordem, quanto nos títulos ao portador ou nos nominativos ⁽⁷⁸⁾, mas, pelo menos na Itália ⁽⁷⁹⁾, não se deteve na explicação da literalidade e da sua significação jurídica.

Convém, nesse sentido, lembrar uma premissa geral, que já tivemos oportunidade de acentuar, porque contraria o que, embora não constituindo um ensinamento preciso, não deixa de ser uma orientação bastante difundida.

A diferente lei de circulação dos títulos de crédito (nominativos, à ordem e ao portador) não implica só por si uma diversidade de natureza na declaração cartular dos vários títulos ⁽⁸⁰⁾.

Handelsrecht, vol. LXX (1910), pág. 477 (e sobre a cláusula “*κ'ἰπουε*” também particularmente A. SERRI, *Bollettino Istituto di diritto romano*, 1925, vol. XXXIV); M. THIES, *Rechtswort und Föhrschrift*, pág. 459; FERRARI, *Ann. Istituto Veneto*, 1910, vol. LXXX, pags. 863 e 1175; R. ABEL, *Nachgelassene Rechtsgeschäfte na Zeitschrift Smitigay-Stifung*, Rom. Abt., vol. XXVII e XXXVIII, K. JÜLLER, *ibidem*, vol. XXX; HAUDESWORIN, *History of english law*, vol. III, pág. 200; R. XX, *Anglo-American legal history*, St. Paul, Minn., 1936, p. 399.

O fenómeno e particularmente frequente nas hipóteses em que a aparente confissão se refere à tradição da coisa ou à prestação de valores, de que decorre a obrigação de restituir. Nessas hipóteses as partes querem fundamentar a obrigação justamente com a aparente confissão, que, é, ao contrário, uma declaração de vontade, para maior garantia do credor declararam que já houve a tradição ou a prestação de valores que, na realidade, só se verificará depois (*causa futura*).

É o que se dá mesmo hoje quando o devedor confessa ter já recebido uma importância de dinheiro, que, ao contrário, receberá logo depois ou corresponde aos juros que ele, na realidade, se obriga a pagar.

Com isso as partes não querem sempre constituir uma obrigação abstrata. A imposição ao credor de provar a ocorrência da prestação de valores ou de justificar o próprio crédito, independentemente da confissão do devedor, como se verificava com a *querela non numerata pecuniae*, conforme a sua interpretação no direito comum. (Cf. antes, pág. 46) visa, muitas vezes, satisfazer as exigências da prática e da equidade.

⁽⁷⁸⁾ Cf. por todos MESSINGO, *Titoli di credito*, 1^a ed., pags. 9 e 34. Insistindo, no entanto, na confissão que seria posta em relevo em outra nota, escreve MESSINGO que os títulos à ordem e ao portador são literais em antítese aos títulos nominativos, e isso porque os primeiros, em antítese aos segundos, são necessários e suficientes para exercer o direito nels mencionados.

⁽⁷⁹⁾ As várias explicações veiculadas na Alemanha são expostas e criticadas por SIEGEL, *Archiv. Civ. Praxis*, vol. CXI, pags. 99 e segs.

⁽⁸⁰⁾ Cf. antes pág. 25 e, adiante, pags. 216, 248, 317 e 428.

3. A literalidade, que a doutrina comum eleva a traço característico de todos os títulos de crédito e que a lei, por seu turno, menciona, quer quanto aos títulos cambiários (art. 14, 17, 21, 30 e 36), quer quanto aos causais (arts. 293 e 555 cod. com.), é definida nestes termos: "o direito decorrente do título é literal no sentido de que, quanto ao conteúdo, à extensão e às modalidades desse direito, é decisivo exclusivamente o teor do título"⁽⁸¹⁾. Daí a norma do art. 21 da lei cambiária (17 da convenção internacional), que, em matéria cambiária, exclui a oponibilidade das exceções decorrentes de convenções estranhas ao título e a do art. 392 do cod. de com. que introduz idêntica distinção, em matéria de conhecimento de transporte terrestre⁽⁸²⁾.

A literalidade age em duas direções, que podem dizer-se positiva e negativa, isto é, tanto contra, como a favor do subscriptor, o que é natural tratando-se, em substância, da delimitação do direito mencionado no título de acordo com o teor do documento.

⁽⁸¹⁾ Nesse sentido, MESSINEO, *Titoli di crédito*, 1ª ed., pág. 8. No decorrer do seu volume, porém, esse autor confunde, talvez, literalidade com legitimação, entendendo que a literalidade se refere à suficiência do documento para exercer o direito nele mencionado (págs. 9 e 11). Realmente a literalidade refere-se à obrigaçãõ, ao direito mencionado no documento e prende-se justamente a definiçãõ do próprio Messineo, ao conteúdo e aos limites desse direito; a legitimaçãõ, ao contrário, refere-se ao documento quanto ao exercício do direito nele mencionado. Tanto isso é verdade que ha muitos documentos, os chamados títulos impróprios ou pseudo títulos e crédito, que preencham uma função de legitimaçãõ, embora não sendo literais (v. adiante, p. 223 e segs.). Cf. a minha nota na *Rivista di Diritto Commerciale*, 1929, II, pág. 680 e com grande limpidez Brunner no seu curto, mas cerrado trabalho sobre os títulos de crédito, no II vol. do manual de ENDEMANN, pág. 168 e segs.

No direito brasileiro, o conceito de "literalidade" não foi, talvez, aprofundado na doutrina. Com frequência, o termo literalidade foi usado em sentido diferente daquele em que, segundo a orientaçãõ talvez mais espalhada na doutrina, foi adotado no texto. Assim OCTAVIO MENDES, *Títulos de crédito*, S. Paulo, 1931, pág. 2 entende a literalidade com referência à necessidade de apresentaçãõ do documento para o exercício do direito; na pág. 29 escreve que o título de crédito é sempre literal, "o que quer dizer: não há título de crédito sem documento assinado pelo devedor". Entretanto, CARVALHO DE MENDONÇA, *Ob. cit.*, pág. 47, escreve com rigor que a literalidade "tem como consequência que o devedor não é obrigado a mais, nem o credor pode ter outros direitos senão aqueles declarados no título". É esta justamente a significaçãõ de literalidade de que parte o texto. No mesmo sentido, VICENTE Y GELLA, *Derecho mercantil comparado*, Labor, 1934 pág. 201; WITTKAER, *ob. cit.*, pág. 23.

⁽⁸²⁾ Correspondem-lhe as normas dos códigos estrangeiros. Particularmente próximo ao nosso art. 392 é o art. 168 do cod. com. argentino. No direito brasileiro, cf. arts. 1507, cod. civ. e 51 do D., 2044 de 31 de dezembro de 1908. O princípio é adotado mesmo no direito anglo-norte-americano, cf. DANIEL, *ob. cit.*, pág. 2.

O subscriptor, portanto, não pode, afóra do caso de *exceptio doli*, opor nenhuma exceção decorrente de uma convenção não constante do próprio título, a não ser ao portador que tinha participado da mesma⁽⁸³⁾; o portador, por seu turno, não pode ter, no exercício do direito, pretensões mais amplas que as permitidas pelo teor do documento, ou socorrer-se de elementos extra-cartulares⁽⁸⁴⁾, a não ser invocando uma distinta convenção entre ele e o devedor.

Daí uma distinção fundamental, em matéria de títulos de crédito, entre o que está mencionado no título e os convenções extra-cartulares; daí a consequente inoponibilidade a terceiros das exceções decorrentes daquelas, bem como a impossibilidade, para os terceiros, de invocarem direitos baseados nas mesmas.

4. É evidente a importância destas afirmações em relação à função prática que os títulos de crédito são chamados a preencher, isto é, a circulaçãõ dos direitos. Esta circulaçãõ, como dissemos, somente é possível quando o direito que lhe é objeto esteja exatamente delimitado e definido, ou, melhor, circunscrito, relativamente ao conjunto das relações econômicas havidas entre os seus sujeitos originários.

É justamente essa delimitaçãõ que se obtém recorrendo-se à literalidade, e o leitor há de nos perdoar se nos detivermos, na ilustraçãõ desse conceito, mais do que geralmente se faz.

⁽⁸³⁾ LA LUMIA, *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, pág. 3.

Por isso um pactum de non petendo, um pacto de renovaçãõ, etc, não podem ser invocados relativamente ao portador que deles não tenha participado ou a quem não seja oponível a *exceptio doli*, que mais adiante examinaremos.

Diferente, ao contrário, é a disciplina das exceções decorrentes da própria declaraçãõ cartular (p. ex., erro, dolo, violência) e é sob esse aspecto, que se torna depois relevante a distincãõ entre títulos abstratos e causais; porque, nos segundos e não nos primeiros, as exceções causais se prendem à própria declaraçãõ cartular.

⁽⁸⁴⁾ Em sentido contrário, MESSINEO, 2ª ed., vol. I, pág. 37. Veja-se, porém, agora, no sentido do texto VALERI, *Direito cambiario*, vol. I, pág. 5; LA LUMIA, *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, pág. 3, no direito brasileiro, CARVALHO DE MENDONÇA, *ob. cit.* Na Verdade, a consequência exposta no texto decorre logicamente da premissa que relaciona a literalidade com o direito mencionado no título e os seus limites. Além, creio que nunca houve qualquer portador de título de crédito que, prescindindo da sua eventual participaçãõ em convenções extra-cartulares, tenha gozado de "direitos maiores que os resultantes do título", como parece sustentar MESSINEO, vol. I, pág. 41.

5. É conveniente acentuar desde logo, referindo-nos assim a uma ordem de idéias a que teremos oportunidade de voltar mais vezes, que essa inoponibilidade, em relação ao terceiro portador⁽⁸⁵⁾ do título, estranho, pois, à convenção extra-cartular, subsiste *independentemente* da circunstância de ter ou não *conhecimento* dos elementos extra-cartulares. É de bom alvitre recorrer, para esse fim, à regra do art. 21 da lei cambiária (17 da convenção internacional), que peremptoriamente veda a oposição, ao terceiro portador do título, das exceções decorrentes das convenções extra-cartulares. Para que a oposição seja possível, é necessário, consoante o disposto no art. 21, que o terceiro, não somente tenha conhecimento das exceções, mas que tenha adquirido a cambial agindo “cientemente em prejuízo do devedor”⁽⁸⁶⁾. O art. 392, em matéria de conhecimento de transporte terrestre também não menciona a ciência do terceiro, de modo que o princípio pode ser acolhido de maneira geral e podemos, portanto, afirmar que a simples ciência do terceiro portador não é suficiente para torná-lo passível das exceções extra-cartulares.⁽⁸⁷⁾

Para que isto se verifique, é necessário que o portador, ao adquirir o título, se tenha conluiado com o seu antecessor em prejuízo do devedor ou⁽⁸⁸⁾, “*adquirindo o título*”, tenha “agido cientemente em prejuízo do devedor”. A primeira dessas duas formulas nada mais é que a aplicação geral, ao nosso tema, dos princípios que regem o negócio fraudulento; a segunda é a estabelecida no art. 21 da lei cambiária e, na sua maior amplitude, compreende também a primeira.

⁽⁸⁵⁾ Uso o termo “portador”, na ampla significação em que é adotado na Convenção de Genebra e, portanto, com referência a todos os títulos de crédito e não somente aos ao portador. Na mesma orientação, no direito brasileiro, o art. 8º, d, do D. n.º 4178 de 13 de março de 1942, (imposto de renda) fala em “portadores de ações nominativas”.

⁽⁸⁶⁾ A insuficiência da simples ciência da exceção é salientada pelas trabalhos preparatórios da Convenção de Genebra. (*Comptes Rendus*, pags. 291 e 355).

⁽⁸⁷⁾ Diferente é a relevância da má fé do adquirente quando versa *sobre a aquisição do título*, isto é, sobre o conhecimento da falta de titularidade do seu antecessor (art. 20 da lei cambiana). Com efeito, nessa hipótese, o terceiro de má fé não é legítimo titular do direito e pode ser obrigado a restituir o título (art. 20). A consequência não é a oponibilidade as exceções extra-cartulares, mas a eventual impossibilidade para o terceiro de gozar um direito de que não é titular.

⁽⁸⁸⁾ Não é talvez diversa da do texto a conclusão a que se deve chegar no direito brasileiro, à vista do art. 1507 do cod. civil e art. 51 do D. 2044, de 31 de dezembro de 1908. O art. 51 corresponde quase literalmente ao art. 324 do cod. com. italiano e por isso vale(n) para a sua interpretação as considerações que, a respeito da questão ora discutida, teremos oportunidade de expender acerca do art. 324.

Ao examiná-la, porém, de perto, quando tratarmos dos títulos abstratos, teremos ocasião de estudar analiticamente a diferença entre essa hipótese e a da simples ciência do vício cartular, bem como o valor geral que adquire no âmbito dos títulos de crédito também a última parte do art. 21 (a disciplinar justamente o caso do portador que, adquirindo a cambial, tenha agido cientemente em prejuízo do devedor).

6. Aqui queremos somente acentuar que as afirmações anteriores, ao mesmo tempo que encontram a própria demonstração na lei, são impostas pelas exigências econômicas da circulação à qual são destinados os títulos de crédito.

Com efeito, é evidente quão aleatória seria uma prova que tivesse par objeto o simples “conhecimento” da existência de qualquer vício e de qualquer exceção; é evidente, portanto, o perigo que ofereceria para os terceiros e, pois, quanto à circulação do direito. E por isso natural exigir-se pelo menos de maneira geral, algo mais que a simples “ciência” da exceção, recorrendo-se ao simples conhecimento somente em hipóteses relativamente raras⁽⁸⁹⁾ ou quando se tratar de um vício determinado⁽⁹⁰⁾, cujo conhecimento ou ignorância por parte de terceiros possa ser provado com segurança, pelo menos relativa.

7. Quando o título envolve várias obrigações de sujeitos diferentes, a literalidade é peculiar a cada uma delas. Daí facilmente se deduz que a oponibilidade das exceções extra-cartulares encontra nessa hipótese um duplo limite. De fato, somente poderão ser opostas *ao portador* do título que tenha participado da convenção extra-cartular ou que, adquirindo o título, tenha agido cientemente em prejuízo do devedor, e somente poderão ser opostas *pelo devedor* que tenha participado da convenção, pois, evidentemente, os elementos extra-cartulares próprios de um dos direitos mencionados no título não poderiam prejudicar um direito diverso daquele a que se referem.

8. Por que é decisivo, em relação ao direito nele mencionado, o teor do título?

Perante as considerações anteriores, parece-me fácil a resposta.

⁽⁸⁹⁾ Como veremos quanto aos vícios de constituição do direito cartular e às exceções causais nos títulos causais.

⁽⁹⁰⁾ Como veremos relativamente à falta de titularidade do alienante.

A explicação da literalidade, que a doutrina eleva a característica essencial do título de crédito, está na autonomia da declaração mencionada no mesmo título (*declaração cartular*) e na função constitutiva que, a respeito da declaração cartular e de qualquer dar suas modalidades⁽⁹¹⁾, exerce a redação do título; essa declaração está, pois, submetida exclusivamente à disciplina que decorre das cláusulas do próprio título⁽⁹²⁾.

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

9. A literalidade não equivale à independência do título⁽⁹³⁾; ao lado de títulos que não podem referir-se a outros documentos (como os títulos cambiários), a lei regulamentou títulos (por exemplo, o conhecimento marítimo e as ações) que se referem a outros documentos⁽⁹⁴⁾; as cláusulas destes valem, através da referência feita⁽⁹⁵⁾, como resultantes do título e portanto o

⁽⁹¹⁾ Qualquer cláusula relativa ao direito cartular, não emergente do título, ressentir-se-ia, com efeito, da falta da forma necessária e, portanto, somente poderia valer como convenção extra-cartular.

Sob esse aspecto, estaria de acordo com VALERI, *Diritto Cambiale*, vol. I, pág. 5, em aproximar o fenômeno da literalidade ao formalismo; cf. na doutrina brasileira WIRTKER, pág. 24. Com muita exatidão, no entanto, foi objeção por LA LUMIA, *ob. cit.*, que a literalidade não deve ser confundida com o chamado formalismo cambiário, isto é, com a determinação relativa ao teor específico do documento.

⁽⁹²⁾ O que literalmente não impede que, além de sua eficácia constitutiva quanto à declaração cartular, o título de crédito possa ter uma eficácia probatória quanto à relação fundamental. É o que geralmente se verifica ao reconhecer na cambial (mesmo cambiariamente inválida) um documento probatório da relação fundamental, balança para justificar a ação causal e, até,

para a emanação de uma injunção de pagamento do crédito derivado da relação fundamental, no processo “monitório” do direito italiano. Cf. Cass. Reino. 24 de julho de 1936, nº 2783 *Massimario Foro It.*, 1936, 562; 24 de julho 1934, *Foro It. Rep. v. Ingiunzione*, nº 13.

⁽⁹³⁾ Conflunde os dois problemas BERLINGIERI, *G. Diritto marittimo*, 1911, págs. 321 e 361.

⁽⁹⁴⁾ Os primeiros, verenos, são, geralmente, títulos abstratos; os segundos, ao contrário, geralmente, causais.

⁽⁹⁵⁾ Por isso, no caso de divergência entre o conhecimento marítimo e o contrato de fretamento, por exemplo, quanto ao valor do frete, é somente a conhecimento marítimo que poderá ser oposto ao portador que não tenha participado do contrato e este, portanto, terá o direito de retirar a mercadoria, pagando somente o frete indicado na conhecimento, independentemente do diferente valor iniciado no contrato. Cf. ASCARELLI, *Foro It.*, 1935, I, I, pág. 1362; contra, Cassação do Reino de 10 de julho de 1934, *ibidem*.

princípio da literalidade não exclui a relevância delas na disciplina do direito cartular⁽⁹⁶⁾.

Problema ulterior é indagar quais as cláusulas que, nos vários títulos de crédito, *devam* ser mencionadas, quais as que, embora não devam, *possam* ser mencionadas no título com eficácia cartular e quais as que, embora mencionadas no título, *não possam* ter eficácia cartular⁽⁹⁷⁾, em virtude dos limites impostos pela lei à possibilidade de ser modificado, pelas partes, o conteúdo típico dos vários títulos de crédito.

Estes, realmente, se apresentam como documentos, cujo contendo a lei limita sob ambos os aspectos possíveis: isto é, determinando, de um lado, as cláusulas que dele devem fazer parte, para que o documento se caracterize como título de crédito ou título de crédito de tipo determinado; estabelecendo, de outro lado, as cláusulas que podem fazer parte do mesmo, sendo susceptíveis de adquirir a eficácia própria das cláusulas de um título de crédito.

10. A literalidade não equivale a abstração do título e, por isso, não veda, por si só, as exceções causais⁽⁹⁸⁾.

Com efeito, a causa, em geral, faz parte da própria obrigação: os vícios da causa, portanto, são vícios da própria obrigação mencionada no título e não derivam de uma convenção extra-cartular.

Para que as exceções causais possam ser consideradas como derivadas de uma relação extra-cartular, é necessário que o direito seja abstrato; pois, como veremos, é nas obrigações abstratas que a causa, não faz parte da própria obrigação, mas decorre de um negócio distinto.

Por isso é preciso considerar separadamente a literalidade (peculiar a todos os títulos de crédito, ou, melhor, a todos os direitos cartulares) e a

Veremos, depois, qual é a situação quando o conhecimento marítimo não constitua título de crédito, tal é, por exemplo, segundo dominante doutrina italiana, o caso do conhecimento nominativo.

⁽⁹⁶⁾ VIVANTE, *Tratado*, cit. Pág. 124, Cass. Reino de 10 de janeiro de 1927, *Foro It.*, 1927, I, pág. 354.

⁽⁹⁷⁾ Consequentemente, as exceções respectivas, nesta última hipótese, são exceções extra-cartulares. Assim, exemplificando, o “pactum de non petendo”, o compromisso de prorrogar o vencimento do título, a cláusula de juros na cambial conforme o sistema do código de comércio e assim por diante. As exceções respectivas são opontivas não somente entre os sujeitos da convenção extra-cartular.

⁽⁹⁸⁾ Cf. VIVANTE, vol. III, nº 1469 da V edição. No direito brasileiro, cf. C. de VALDE DE MENDONÇA, *ob. cit.*, pág. 48.

abstração (peculiar somente a alguns) ⁽⁹⁹⁾.

11. Não me parece exato explicar a literalidade dos títulos de crédito com o princípio, frequentemente invocado, mas nem sempre definido com precisão, da tutela da aparência jurídica.

Segundo esse princípio o terceiro deveria contar com a aparência criada pelas cláusulas do título, pelo menos todas as vezes que não tivesse conhecimento da sua divergência da realidade.

Indiscutivelmente, a literalidade visa proteger o terceiro que confia no teor do título. Mas o problema está no verificar se essa proteção se realiza no sistema jurídico, acolhendo ele, pelo menos neste terreno, o princípio da tutela da aparência jurídica ou, ao contrário, conceitos técnicos diversos, como tentei demonstrar nas páginas anteriores.

Em primeiro lugar, se o nosso direito tivesse acolhido o princípio da tutela da aparência jurídica em matéria de título de crédito, não como simples exigência geral, mas como princípio técnico jurídico, a literalidade deveria operar tão somente em benefício e nunca em prejuízo de terceiros; estes teriam o direito de invocar sempre as convenções extra-cartulares, mesmo quando estas não lhes pudessem ser opostas pelo obrigado. Ao contrário, como lembramos, é correntemente acolhido o princípio oposto: as convenções extra-cartulares não podem ser opostas a terceiro, nem podem ser invocadas por este, a menos que ele, tanto num, quanto noutro caso, seja o sujeito da relação extra-cartular.

Exegeticamente, o art. 392 assim como o art. 21 da lei cambiária, encerram somente a distinção entre “convenções” cartulares e extra-cartular ⁽¹⁰⁰⁾. Isso demonstra, de um lado, que, na própria letra da lei, o direito cartular, é concebido como autônomo em relação às outras convenções estipuladas entre as partes e, de outro, que não é o simples elemento da boa ou da má-fé, do conhecimento ou da ignorância das respectivas convenções extra-cartulares, que resolve definitivamente o caso. Coma veremos, esse elemento é decisivo somente enquanto o possuidor de má-fé na aquisição do

título não pode, justamente porque tal, ser considerado titular do direito cartular ou quando concorram os requisitos da *exceptio doli generalis*, que, introduzida na convenção cambiária, constitui um princípio geral em matéria de títulos de crédito.

Por seu turno, o art. 21, em matéria cambiária, exclui, como lembramos, ser a ciência das convenções extra-cartulares, suficiente para tomá-las oponíveis ao possuidor que delas não participou, mas exige que este, ao adquirir a cambial, tenha “agido cientemente em prejuízo do devedor” e somente nestes limites admite a oponibilidade da *exceptio doli generalis*.

Se devêssemos, ao contrário, na explicação da literalidade, recorrer apenas à aparência jurídica, o único elemento relevante deveria ser o do conhecimento ou não das convenções extra-cartulares, elemento que, ao contrário, não se acha mencionado no art. 392 do código de comércio, nem é suficiente segundo os termos do art. 21.

Historicamente, as considerações com que iniciamos este capítulo excluem seja possível explicar a literalidade com o simples recurso à aparência de direito; esta impossibilidade se torna ainda mais evidente, quando se levam em conta as formulações dos primeiros autores em que se encontra o conceito da literalidade. Desde Eineccius, a literalidade tem sido entendida com referência ao contrato literal romano e, portanto, em relação à autonomia da declaração cartular, ao valor constitutivo da redação do documento, e independentemente de qualquer relação com a ordem de idéias a que se reporta o conceito da tutela da aparência de direito, quando entendido como conceito técnico jurídico e não simplesmente como expressão de uma exigência, que o sistema jurídico satisfaz com meios tecnicamente diversos.

12. O título de crédito é, portanto, um documento *constitutivo* de uma declaração cartular autônoma, distinta, por isso, das convenções extra-cartulares e, mesmo, da declaração da qual decorre a relação fundamental, esta declaração cartular é disciplinada exclusivamente pelo teor do título ⁽¹⁰¹⁾. Veremos, aliás, mais adiante, que a conexão entre documento e direito, tem nos títulos de crédito um caráter permanente, porque o título é necessário, quer para exercer ⁽¹⁰²⁾, quer para transferir o direito nele mencionado e o

⁽⁹⁹⁾ Com efeito, pode haver, como veremos, direitos abstratos mesmo nos títulos causais (por ex.: o direito de regresso no conhecimento de transporte); cf. adiante, pág. 109.

⁽¹⁰⁰⁾ No direito brasileiro, o art. 1507 do cod. civ. fala em “direito pessoal do emissor ou suscriptor contra o portador”, o art. 51 do D. 2044 em “gênera fundada no direito pessoal do réu contra o autor”.

⁽¹⁰¹⁾ No direito brasileiro, cf. CARVALHO DE MENDONÇA, *ob. cit.*, pág. 47.

⁽¹⁰²⁾ Excetuada a hipótese da anulação.

devedor, correlatamente, tem direito à restituição do título, satisfeita a prestação. Com isso o documento adquire uma função bem mais vasta do que se costuma indicar falando de documento constitutivo e, daí, acrescentar-se, com exatidão, ser também um documento *dispositivo* ⁽¹⁰⁵⁾.

13. Afirmando ser, o título de crédito, um documento constitutivo, e ser, a declaração cartular, distinta do negócio fundamental, sustenta-se também, ser, a declaração cartular uma declaração de *vontade* (e não uma declaração de verdade ou de ciência) ⁽¹⁰⁶⁾, fonte de um direito autônomo,

⁽¹⁰⁵⁾ Nesse sentido, recentemente, LA LUMIA, *ob. l. cit.* O termo documento dispositivo é ainda hoje usado na literatura também para indicar a reticência do documento a uma declaração de vontade; mais que de ciência. Atendendo ao que se disse no texto, é evidente que o título de crédito pode ser qualificada como dispositivo também sob este segundo ponto de vista.

⁽¹⁰⁶⁾ No que diz respeito a esta distinção fundamental (cujo exame se deve especialmente a ZIEHMANN), cf. MESSNER, *Instituzioni di diritto privato*, vol. I, p. 111.

Como é sabido, a doutrina moderna vem, há tempo, investigando o conceito de declaração de vontade e o de negócio jurídico, com o intuito de, por um lado, estabelecer em cada um deles, toda uma série de subdistinções, e por outro lado, distinguí-los de conceitos afins, que, a princípio, haviam ficado na sombra. Nesse sentido, foi elaborada uma teoria geral dos atos jurídicos dos quais o negócio jurídico constitui a subespécie mais importante, não a única. Examinando o conceito de negócio jurídico, a doutrina distinguiu as unilaterais (identificando, depois, as várias categorias de negócios unilaterais, entre outras, a importantíssima da procuração, da autorização e dos outros atos análogos) e os plurilaterais, entre estes últimos identificou, nos seus caracteres, as figuras do contrato (unilateral, bilateral e, pelo menos a meu ver, plurilateral), do ato complexo, do acordo, da deliberação e outras. É evidente que as regras peculiares ao contrato não valem para o ato complexo; que as deliberações estão submetidas a regime jurídico que não é nem o do contrato, nem o do ato complexo, e assim por diante.

Quanto ao objeto da declaração, foram distinguidas, pela doutrina, ao lado das declarações de vontade (entre as quais, o negócio jurídico) as de ciência, as de intenção, as de sentimento e, ainda, aquelas declarações que, embora sendo de vontade, não constituem, na entença, um negócio jurídico. O critério da distinção repousa na diversidade do objeto da declaração, que pode ser a vontade do declarante, ou uma notícia (como no caso do testamento, ou no da confissão, pelo menos segundo a entença a doutrina tradicional, e assim por diante) ou um propósito do declarante (como por exemplo, no caso de "protestos"), ou um sentimento seu (como, por exemplo, arrependimento, perdão, etc.)

Em todas as "declarações" encontramos uma "vontade de declarar", mas somente nas declarações de vontade encontramos, ademais, a vontade como objeto da declaração.

As regras tradicionais sobre os atos jurídicos concernem, em substância, somente aos negócios jurídicos; é evidente que elas podem ser aplicadas fora desse âmbito, somente quando possível a aplicação analógica e nos limite da mesma. É, por exemplo, evidente que as regras sobre a capacidade estabelecidas para os negócios jurídicos, não podem ser, em geral aplicadas às declarações de ciência; que as sobre os vícios da vontade estabelecidas para os negócios jurídicos não podem ser aplicadas às declarações de ciência; que uma declaração de ciência pode ser ver-

distinto do decorrente da relação fundamental, e das demais convenções extra-cartulares.

Com efeito, se a declaração cartular fosse uma declaração de ciência e constituísse, portanto, apenas uma prova de relação fundamental, o portador do título, ao contrário do que lembramos, poderia gozar de direitos diversos dos decorrentes do título, mesmo não sendo o sujeito de uma convenção extra-cartular.

Apesar das recentes divergências ⁽¹⁰⁵⁾ a tese acima mencionada é evidente quanto aos títulos cambiários ⁽¹⁰⁶⁾.

Para verificar, sob mais um aspecto, a exatidão dela cumpre, ter presente a circulação do direito.

A letra de câmbio é sacada em virtude de uma relação fundamental entre sacador e sacado (por exemplo venda de mercadorias), que justifica a ordem de pagamento dada por aquele a este. Essa relação costuma dizer-se de provisão. Mas, ao passo que o direito cambiário se transfere aos sucessivos possuidores da cambial, o crédito de provisão permanece com o sacador, independentemente do crédito cambiário, o possuidor da cambial, que não puder agir cambiariamente, nem por isso poderá invocar o crédito de provisão, que só é invocável pelo sacador e pelos seus sucessores ⁽¹⁰⁷⁾.

A letra de câmbio e a nota promissória são transmitidas ao tomador e, sucessivamente, aos endossatários, sendo cada transmissão justificada por uma relação fundamental (p. ex. venda de mercadorias). Essa relação costuma

dadeira ou falsa, mas não "simulada", no sentido em que se fala de simulação nos negócios jurídicos; que pode haver erro na vontade de comunicar ou não a notícia, mas que a falsidade da notícia não podem ser aplicadas as regras acerca do erro ou do dolo nos negócios jurídicos, etc.

⁽¹⁰⁵⁾ Examinaremos mais adiante a tese que, negando a existência de um direito, recorre, no entanto, à simples existência de uma ação.

⁽¹⁰⁶⁾ Essa é realmente a opinião da doutrina dominante, como se pode ver, ainda recentemente, no citado estudo de LA LUMIA, apesar da oposição de PERRIGNI, *Rivista di diritto commerciale*, 1933, I, pág. 476 e de uma reticência de CAVIANI, *Rivista di diritto processuale*, 1930, I, pág. 599, à cambial como documento confessorio. No sentido do texto é a doutrina germânica: LANEN, *Die Wechselverbindlichkeit*, Marburg, 1936; os comentários de MICHAELIS e de STAB-STRANZ e os citados BURKNER e JACOB. Idêntica é a orientação da mais recente doutrina francesa: L'ESCOR, *Effets de commerce*, cap. I; BERTHE, *Revue Trim. Droit Civil*, 1926; ESQUI, na mesma revista, 1921. No direito brasileiro, cf. LACERDA no seu clássico volume cit., págs. 14 e seguintes.

⁽¹⁰⁷⁾ No sistema francês, a circulação do direito cambiário (no saque) é acompanhada pela do crédito de provisão (do sacador para com a sacado, em consequência da relação havida entre ambos e em virtude da qual foi sacada a cambial), o que tem, como consequência, a menor

dizer-se de valor recebido. Mas, ao passo que o direito cambiário se transfere aos sucessivos possuidores da cambial, o crédito de valor recebido, do tomador contra o sacador ou o emitente, cabe somente ao tomador; o de valor recebido do primeiro endossatário contra o tomador, cabe somente ao primeiro endossatário; o do segundo endossatário contra o primeiro endossante, ao segundo endossatário e assim por diante.

mitidez que oferece no sistema tradicional francês a autonomia do direito cambiário.

É a influência da cessão da provisão, que leva a doutrina francesa, mais ou menos conscientemente, a reconduzir o fenômeno dos títulos de crédito para o âmbito da teoria da delegação, eventualmente negando, por seus autores menos recetes, até a distinção entre a declaração cartular e a da relação fundamental e reconhecendo no título de crédito somente um documento probatório dessa relação.

Ao contrário, é a exclusão da cessão da provisão, que dá força às conclusões opostas a que chegaram o direito alemão, o italiano e todos os que, por exemplo o brasileiro, negam aquela cessão. Nesses sistemas a cessão da provisão pode ser uma consequência de uma convenção especial extra-cartular, alias praticamente rara, mas não acompanha automaticamente a circulação do saque, ao contrário do que acontece no sistema francês.

A diferença entre os dois sistemas é, praticamente, pequena *de jure* do aceite da cambial, pois, em virtude dele, de um lado, o saque se obriga para com o titular da cambial, e, de outro, o pagamento desta por parte do sacado extinguirá também o débito do mesmo para com o sacador e esse pagamento poderá e deverá verificar-se após a falência do sacador (art. 33 da lei cambiana II). A diferença é, no entanto, praticamente muito sensível *antes* do aceite da cambial. Com efeito, se o sacador incide em falência antes do saque ter sido aceite, o titular da cambial não goza por um lado, de nenhum crédito contra o sacado e, de outro, vê diminuir o valor econômico de seu crédito contra o sacador, dada a falência deste; os demais credores do sacador - desde que falte a cessão da provisão - são, ao contrário, favorecidos pela circunstância de o crédito do sacador contra o sacado fazer parte da massa ativa da falência e haver entrado no patrimônio do falido aquilo que foi eventualmente entregue pelo titular da cambial ao receber a mesma. Graças à cessão da provisão, o crédito do sacador, caberá, ao contrário, ao titular da cambial, este, portanto, ficará, relativamente à falência do sacador, numa situação análoga à de um credor garantido com penhor sobre um crédito do seu próprio devedor.

É por isso que na legislação italiana uma lei especial (de 15 de janeiro de 1924, n.º 48; cf. mais adiante, pág. 462) disciplinou a cessão da provisão nas hipóteses de cambiais não aceitas ou na eventualidade de falta de aceite da cambial, para facilitar, mesmo nesses casos, o desconto dos saques e a mobilização dos créditos comerciais.

A convenção internacional não disciplinou a provisão, deixando liberdade aos diversos Estados aderentes e é por isso que a circulação da provisão foi mantida na França mesmo com o decreto de 30 de outubro de 1935, que introduziu no direito interno a convenção internacional. Sobre a doutrina francesa da provisão cf. François, La propriété de la provision en matière de lettre de change, Paris, 1930 e, sob o ponto de vista do direito comparado, Hirsch, Der Rechtsbegriff der Provision im französischen und internationalen Privatrecht, Marburg, 1930.

No direito inglês, por sua vez, exclui a cessão da provisão: art. 53, Bill Exchange Act, que, no entanto, introduz uma reserva no que diz respeito à Escócia. Para o direito norte-americano cf. no mesmo sentido scc. 127 N.º I. Cf. DANIEL, *ob. cit.*, § 18 e sg.

Cada sucessivo titular da cambial goza quer do crédito cambiário, quer do decorrente da relação fundamental em que foi parte; este último subsiste⁽¹⁰⁸⁾, apesar da emissão da cambial, e o direito regula justamente o concurso desse crédito com a ação cambiária⁽¹⁰⁹⁾.

O credor, que perdeu o direito à ação cambiária, poderá recorrer à do negócio fundamental, sujeita aos prazos da prescrição ordinária; se a cambial não tiver sido paga, o credor poderá exercer a ação do negócio fundamental em vez da cambiária ou cumular ambas.

Se a cambial fosse apenas um documento probatório da relação fundamental e da divida decorrente do valor recebido e se, portanto, fosse este crédito, o objeto da circulação, na circulação da cambial, por um lado o credor, que perdesse o direito "cambiário", teria, ao mesmo tempo, perdido o direito decorrente da relação fundamental, pois, sendo a cambial documento probatório, haveria, em substância, só "um" direito; por outro lado o terceiro portador poderia invocar, contra o emitente ou o sacador, o crédito decorrente da relação fundamental (p. ex. de venda), havida entre estes e o tomador⁽¹¹⁰⁾, pois, seria, afinal, esse crédito o objeto da circulação cambiária. É, ao contrário, jurisprudência assentada, já, não ficar (salva a hipótese de novação), a ação causal, prejudicada pela prescrição cambiária e, já poder, cada portador, invocar tão somente a ação causal decorrente da relação fundamental em que foi parte, e não envolver, a transmissão da cambial, uma sucessão, pelo adquirente, na relação fundamental entre o transmitente e o seu antecessor.

É por isso, que podemos distinguir o direito cambiário do direito derivado da relação fundamental; ao possuidor da cambial cabe quer o direito cambiário, quer o crédito causal da sua relação fundamental com quem lhe transmitiu o título, mas, enquanto o primeiro se transfere com a circulação cambial, o segundo, isto é, o da relação fundamental, fica pertencendo ao seu titular originário⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Pressuposto naturalmente que, com a constituição do crédito cambiário, não se tenha extinguido por novação o crédito oriundo da relação fundamental. Cf. mais adiante pág. 120.

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. mais adiante, pág. 120.

⁽¹¹⁰⁾ Bem como poderia invocar contra o acitante o crédito decorrente da relação de provisão, havida entre o sacador e o acitante, mesmo independente de uma especial convenção que visasse a transferência desse crédito, além daquele do crédito cambiário.

⁽¹¹¹⁾ Portanto no caso excepcional em que o possuidor da cambial, por um lado, não disponha da ação do negócio fundamental (p. ex. porque a cambial foi entregue *pro soluto*) e, por outro

Portanto é exato afirmar que o direito cambiário 'autônomo e distinto do que decorre da relação fundamental.

Esta distinção evidencia-se, aliás, na diversidade dos prazos e da

lado, tenha perdido (por decadência ou prescrição) a ação cambiária, pode ocorrer um injusto locupletamento em seu dano e a favor de um daqueles que figuram na cambial.

Esse caso pode dar-se especialmente na letra de câmbio e, de modo particular, nos sistemas em que não há a circulação da provisão, circulando portanto, o crédito cambiário independentemente quer do crédito causal de valor, quer do de provisão.

É justamente essa hipótese excepcional que a ação de Enriquecimento, peculiar dos sistemas inspirados nos princípios da ordenação germânica de 1848, visa remediar.

O caso mais frequente é o que se dá quando, por um lado o possuidor da cambial, que a recebeu *pro soluto*, tenha, depois, perdido o direito à ação cambiária e, por outro lado, o sacador que transmitiu a cambial, recebendo um contra valor, não haja feito provisão. (Neste caso, a ação cambiária perdida pelo possuidor, é a de regresso, pois, dada a falta de provisão a cambial não terá sido aceita e, portanto, de qualquer forma o portador não gozará da ação direta).

O código de comércio (art. 326), com efeito, regulamentava a ação de locupletamento tão só contra o sacador ou contra o aceitante ou o emitente de uma cambial domiciliada; realmente, mesmo nestes últimos casos, pode haver um caso análogo ao acima mencionado. O código falava somente em "decadência" da ação cambiária, pois, em todos os casos de que tratava, a ação cambiária estava sujeita à decadência.

A lei cambiária (cf. VALERI, vol. II, p. 394), emanada em consequência da Convenção de Genebra (no mesmo sentido os art. 86 e 89 da Lei grega), teve em vista a possibilidade de, embora mais dificilmente, haver Enriquecimento mesmo dos endossantes (a cujo respeito a ação de locupletamento é ao contrário excluída na lei alemã (art. 89) e austríaca; art. 89), do aceitante ou do emitente.

Estes últimos casos se dão quando o aceitante tenha recebido a provisão, de modo que, não pagando a letra de câmbio, se enriqueceria em detrimento do possuidor que houvesse perdido o direito à ação cambiária contra qualquer obrigado e não dispuser da ação causal contra quem lhe transmitiu o título. Com efeito o se o possuidor dispõe da ação causal, o sucessivo exercício da ação causal de cada obrigado contra o seu antecessor leva até ao sacador que, por sua vez, pode agir contra o aceitante com a ação causal de provisão. Ao contrário, se o possuidor não tem ação causal, o aceitante fica enriquecido.

Por seu turno é análogo o caso do emitente de uma nota promissória, que tenha recebido do tomador o contravalor, quando o possuidor da cambial houver perdido o direito à ação cambiária e não dispuser da ação causal.

Admitindo a ação de locupletamento mesmo nestes casos, a nova lei (art. 67) falta, coerentemente, de perda do direito à ação cambiária abrangendo portanto quer a hipótese de decadência, quer a de prescrição, pois a ação cambiária contra o aceitante ou o emitente não está sujeita a decadência.

Final a ação de locupletamento visa prover a algumas hipóteses excepcionais que podem ocorrer especialmente nos sistemas que não admitem a circulação da provisão.

Essa ação constitui um remédio excepcional, distinto *quasi* da ação cambiária, *quasi* da do negócio fundamental. Ela pressupõe, portanto, a perda (por decadência ou prescrição) do direito à ação cambiária e a falta (ab origine) da ação causal.

A ação causal (isto é, a decorrente do negócio fundamental) pressupõe, com efeito, uma relação fundamental válida não novada pela cambial (a novação, porém, não se presume (art.

disciplina de prescrição; nas causas de decadência, peculiares apenas ao direito cambiário, na disciplina diversa dos dois direitos, quer no processo de

66) e, portanto, normalmente o credor dispõe quer da ação causal, quer da cambiária), pode ser exercitada só entre os sujeitos da relação fundamental; o seu objeto é o crédito decorrente da relação fundamental; não é prejudicada pela invalidade da cambial.

A ação de locupletamento pressupõe, ao contrário, a perda (por decadência ou prescrição) do direito à ação cambiária e a falta ad origine da ação causal; falta que decorre da novação ou da invalidade originária da relação fundamental (não, porém, da prescrição da ação causal); pressupõe, portanto, uma cambial válida (se a cambial for inválida não poderá haver novação da obrigação fundamental, cuja ação portanto subsiste); pode ser exercitada pelo possuidor contra aquele, dentre os obrigados na cambial (sacador, emitente, aceitante, endossador; não, porém, avalista), que se locupletou à sua custa e tão só nos limites desse locupletamento: é concebida, justamente, para o caso, excepcional, de faltar ao credor a ação causal que, normalmente, é assistida.

A prescrição da ação causal dá-se nos prazos de prescrição ordinária; presereve e de locupletamento no prazo de um ano à contar do dia da perda da ação cambiária.

No direito francês, exatamente em consequência da circulação da provisão, a possibilidade de locupletamento injusto, na letra de câmbio só se pode verificar quando o sacador não tenha feito provisão, pois o possuidor da cambial goza sempre, além do crédito cambiário, do causal de provisão. Portanto o direito francês descuida da ação de locupletamento, mas estatui que a ação de regresso contra o sacador não fica sujeita à decadência, quando este não fez provisão (art. 156). Por outro lado, no direito francês, a prescrição cambiária tem sempre, apenas, caráter presuntivo (art. 179). A lei holandesa, por sua vez, estatui (art. 169 e 186) que a prescrição cambiária é apenas presuntiva a respeito do aceitante que não prova ter recebido a provisão; do sacador que não prova havê-la feito; do emitente que não prova ter deixado de receber o contravalor.

A ação de Enriquecimento não foi disciplinada na convenção de Genebra, que, assim, implicitamente, depõe a favor da sua natureza extra-cambiária, o que, em princípio é, a meu ver, mais certo.

Na doutrina e na jurisprudência brasileira denomina-se ação de Enriquecimento, a regulada no art. 48 do D. n.º 2044. Esta ação, no entanto, tem, às vezes, um alcance diferente do atribuído a ação de Enriquecimento no direito italiano, mas se aproxima, então, da que, na doutrina italiana e nestes estudos, se denomina "ação da relação fundamental".

No sistema brasileiro fala-se, com efeito, às vezes, em ação de Enriquecimento, com referência à letra de câmbio sem efeitos cambiários, encanada então qual simples título de dívida (cf. as referências em MERA, *Revista Forense*, vol. XXI, p. 543), e admite-se (cf. M. TORRES, nota 113) a possibilidade da ação do art. 48 justamente no caso de cambial inválida.

No sistema italiano a letra de câmbio, embora inválida, é igualmente encanada como documento probatório de dívida (v. antes, pág. 56) mas esta "dívida" é a da relação fundamental e portanto a ação respectiva é a da relação fundamental. A ação de Enriquecimento pressupõe, ao contrário, uma cambial válida (cf. no direito brasileiro, CARVALHO DE MENEZES, vol. 5, n.º 941; WIRKKER, n.º 29); a perda da ação cambiária (por decadência ou prescrição) e a falta da ação que decorre da relação fundamental.

No sistema brasileiro há autores (cf. M. TORRES, nota 113) que excluem a subsistência de ação extracambiária no caso da prescrição da ação cambiária, embora admitindo-a no caso de decadência desta. Essa tese é acolhida na jurisprudência do Tribunal de Apelação do Distrito

cognição, quer no de execução (117).

Ora, um direito cartular autônomo pressupõe uma declaração cartular

Federal (recurso de revista nº 166 de 13 de março de 1941; Jurisprudência do Trib. de Ap. do D. F. vol. III, p. 101; contra GONÇALVES DE OLIVEIRA, *Revista Forense*, vol. 89, p. 686). O caso mais comumente discutido é o do sacador-tomador (vendedor da mercadoria) contra o acitante (comprador) ou do tomador (mutuante) contra o emittente da nota promissória (mutuário). A solução do Tribunal do D. F. assenta, parece-me, no pressuposto de que não haja independentemente do art. 48, uma ação concorrente com a cambiária; o credor portanto, com a perda da ação cambiária, não dispõe de outro remédio, a não ser a aplicação do art. 48. Esta aplicação, segundo a teoria acima mencionada, é justificada no caso de decadência da ação cambiária, injustificada, ao contrário, no caso de prescrição, pois não pode ser havido como injusto o locupletamento do devedor causado pela negligência do credor. Na jurisprudência italiana, a justificativa para a ação de locupletamento, quer na hipótese de prescrição, quer na de decadência da ação cambiária, está justamente no fato de ser, a ação de locupletamento, exercível não somente quando, excepcionalmente, falte ao portador o direito à ação causal que normalmente lhe cabe; este direito lhe permite, com efeito, nos casos normais, uma vez perdido o direito à ação cambiária, agir contra o próprio devedor com base na relação fundamental, qualquer que seja a disciplina da ação de locupletamento.

Portanto a jurisprudência acima lembrada, afinal, nega, quer a existência (na hipótese de prescrição da ação cambiária) de uma peculiar ação de locupletamento, distinta, seja da ação cambiária, seja da decorrente da relação fundamental, quer a normal coexistência da ação cambiária e da ação de relação fundamental; vê na entrega da cambial, uma *datio pro soluto* (cf. mais adiante, p. 120 e p. 200) ou abrange, na ação do art. 48, mesmo a decorrente da relação fundamental!

A solução da jurisprudência acima lembrada, corresponde, praticamente, apesar da diversidade dos argumentos, à sustentada na França (Cf. Lessco, vol. I, p. 137 e ali a crítica) por parte dos que consideram a cambial como um documento probatório da relação fundamental; é, então, natural concluir que a prescrição da ação cambiária abrange mesmo a ação causal.

Por seu turno os que impugnaram a tese adotada pelo Tribunal de Apelação (p. ex. GONÇALVES DE OLIVEIRA, cit.) interpretam o art. 48, como se implicasse a subsistência da ação causal, mesmo quando perdido o direito à cambiária, e não como referente a uma ação distinta quer da cambial, quer da decorrente da relação fundamental!

Na Itália (e alias, também na França; cf. Lessco, *ob. l. cit.*) considera-se o direito cambiário como distinto do oriundo da relação fundamental. Este, normalmente, coexiste com o cambiário, pois a novação não se (resumo; portanto a perda da ação cambiária não abrange a ação causal; é a falta excepcional da ação causal que, por seu turno, justifica a peculiar ação de locupletamento na hipótese da perda do direito à ação cambiária.

A ação de locupletamento, por isso, é encaixada na Itália, de natureza diversa daquela, por que, quer a primeira, quer a segunda das duas teorias acima mencionadas, encaram, na doutrina brasileira a ação do art. 48, D. nº 20/44.

(117) Na lei cambiária várias normas apoiam a tese do texto. Vejiam-se, por exemplo, os arts. 66 e 67, em que a ação cambiária é oposta à ação causal. Criticando a construção processualista do instituto, veremos que o reconhecimento de uma ação cambiária distinta da causal, equivale justamente ao reconhecimento de um direito cambiário distinto do que decorre da relação fundamental!

de vontade e isso porque é regra assentada que os direitos subjetivos podem ter por fonte manifestações ou declarações de vontade, mas não manifestações ou declarações de ciência. Estas, comprovando um negócio anterior, não poderiam dar lugar a nenhum direito autônomo, suscetível de uma circulação própria, mas somente provar o direito derivado do negócio fundamental, e, portanto, só este é que poderia circular.

14. A tese que estamos expondo parece-nos merecedora de acolhida também quanto aos títulos causais. Com efeito, é evidente que a causalidade da declaração não impede que continue ela como declaração de vontade.

Convém, no entanto, assinalar, que os que se opõem a reconhecer a existência de uma declaração de vontade nos títulos causais em geral (118), ou em alguns títulos causais (119), têm em vista títulos causais concretamente considerados e não negam, em abstrato, a possibilidade de títulos de crédito causais, em que a declaração cartular seja uma declaração de vontade.

Nem esses opositores pretendem negar o caráter constitutivo do título de crédito. Ao que parece, entendem eles que a redação do documento é, na verdade, necessária para a existência da declaração cartular, embora esta seja uma declaração de verdade (de ciência) e não de vontade (115).

Os que assim argumentam (116) são, na realidade, levados pela sensação de uma maior conexão — uso, de propósito, um termo indeterminado — entre o título causal e a relação fundamental.

De fato, com relação aos direitos causais (por exemplo, contra o emissor do conhecimento marítimo) não é possível admitir aquela circulação do direito cartular, independente da circulação do direito derivado da relação fundamental (p. ex. do contrato de fletamento), a que há pouco nos reportamos quanto aos títulos cambiários (117).

Mas, a negação da existência de uma declaração de vontade nos direitos cartulares causais, contrasta com uma regra que, mais adiante, ilustraremos e

(113) É o que faz MESSINEO, *Titoli di credito*, 2ª ed., I, pág. 143, com referência aos chamados títulos representativos e às ações nominativas.

(114) É o que se dá com as ações nominativas e ao portador, de sociedades comerciais, no pensamento de LA LUMBA, *Revista di diritto commerciale*, 1940, cit.

(115) Assim, parece, LA LUMBA, *ob. cit.*, e MESSINEO, *ob. l. cit.*

(116) Cf. p. exemplo, LA LUMBA, *ob. l. cit.*

(117) Também nos títulos causais, no entanto, a circulação do direito cartular é independente da circulação dos direitos decorrentes das demais convergências extracartulares.

que se aplica em matéria de títulos de crédito ⁽¹¹⁸⁾, compreendidos aqueles (por ex. conhecimento marítimo, ações) a que a doutrina, ora impugnada, concretamente se refere ⁽¹¹⁹⁾. regra essa que estabelece ser, titular, o legítimo portador do título e poder, portanto, gozar do respectivo direito, embora titular não fosse o seu antecessor. Esta regra se aplica a todos os títulos de crédito, por uma exigência fundamental: a de proteger o adquirente, na hipótese em que o alienante não seja o titular do direito.

A “circulação” dos direitos, como lembramos no primeiro capítulo, somente é possível quando a ela se possam aplicar os princípios peculiares à circulação das coisas móveis.

A regra exposta encontra, como veremos, a sua justificação na circunstância de que o direito cartular é atribuído de modo autônomo a cada um dos sucessivos portadores legítimos do título. A circulação deste tem como objeto imediato o título (e não o direito nele mencionado); é em consequência da aquisição do direito real sobre o título que o portador adquire o direito nele mencionado.

Isso pressupõe justamente que a declaração cartular seja uma declaração de vontade. Com efeito, admitido que, em virtude da aquisição do direito real sobre o título, nos tornamos titulares do direito nele mencionado,

⁽¹¹⁸⁾ No código brasileiro, como lembramos, o princípio “possession de bonne foi en fait de meubles vaut titre” não foi acolhido quanto aos títulos ao portador (V. no entanto adiante, pág. 341) e, no entanto, acolhido quanto a cambial e até, neste caso, com referência também aos títulos extraviados ou furtados.

⁽¹¹⁹⁾ Quanto às ações nominativas, veja-se o art. 7º do D. R. nº 1364, de 7 de junho de 1923, quanto às ao portador, o art. 57 do cod. com.; quanto aos conhecimentos de frete ao portador, o art. 57 do cod. com.; quanto aos à ordem, o art. 555 do cod. com. (que se refere às normas cambiais).

Em apoio de sua tese, MESSINEO, 2ª ed., vol. I, pág. 163, cita a doutrina germânica. A referência não me parece exata, como se pode ver em W. OUF, *Sachterrecht* § 75, I, 3, lembrado por MESSINEO e que não exprime os conceitos que se lhe querem atribuir.

Na realidade, a doutrina germânica é contrária à tese de MESSINEO, a doutrina alemã não hesita em, com efeito, incluir entre os títulos de crédito até documentos probatórios (abrangendo os que na Itália se denominam títulos impróprios) em virtude do amplo conceito dos títulos de crédito, peculiar à doutrina germânica, segundo o qual eles compreendem também títulos não literais, e em que o terceiro portador não goza de uma posição autônoma. No entanto, quando se trata do conhecimento marítimo (a que se refere MESSINEO), a doutrina alemã não hesita em ver a existência de uma declaração autônoma de vontade: declaração de vontade, porém, casual, diferentemente da cambial. Cf., realmente, JACOBI em EISENBERG, *Handbuch*, vol. IV, parte I, págs. 123, 233, 328 e segs. e 373, c, sobre o conhecimento marítimo em particular. PAPPENHEIM, *Seerecht*, vol. II, § 19, pág. 269.

cumprir também reconhecer que o direito mencionado no título encontra a sua fonte na declaração cartular, isto é, que se trata de um direito cartular autônomo (distinto daquele da relação fundamental) e que, portanto, a declaração cartular é uma declaração de vontade: se esta fora uma simples declaração probatória da relação fundamental, seria difícil admitir que a aquisição do título pudesse dar lugar à titularidade de um direito.

15. As conclusões a que chegamos poderiam, no entanto, justificar-se também com uma construção diferente, isto é, encarando os títulos de crédito como simples documentos probatórios, e admitindo que a “documentação” do direito derivado da relação fundamental constitui, depois, o fundamento de uma ação cartular autônoma, distinta da derivada da relação fundamental.

Assim argumentando, satisfar-se-iam, em substância, as exigências que acentuamos nas páginas anteriores, substituindo o direito cartular pela ação cartular; o fato constitutivo do direito cartular (declaração de vontade), pelo fato constitutivo de ação cartular (documentação); a circulação do direito cartular, pela da ação cartular e assim por diante, com uma transposição para termos processuais do que, nas páginas anteriores, se afirmou em termos de direito substantivo.

16. Essa é, em substância, a tese de CARNELUTTI, que deve ser examinada de acordo com a sua orientação geral, prescindindo de problemas particulares e da fácil crítica a expressões que, no pensamento do próprio autor, não têm valor definitivo ⁽¹²⁰⁾.

Para Carnelutti, como é sabido, a cambial e, em geral, o título de crédito, constituem simplesmente uma prova legal da relação fundamental, criadora de uma responsabilidade peculiar. O portador não tem um direito substancial, mas uma simples ação. A criação da cambial ou do título de crédito não é, portanto, senão uma simples documentação, inútil sendo, pois, as discussões (sobre as quais voltaremos) relativas a um negócio cartular, na verdade inexistente. A circulação da cambial tem por objeto a circulação daquela

⁽¹²⁰⁾ Assim, para CARNELUTTI, o titular da ação cambial não é o “proprietário” do documento.

O titular da ação cartular encontra-se, para Carnelutti, também numa relação real com o documento, mas esta relação não é a propriedade. Carnelutti filia, nesse sentido, em usufruto, mas o termo não deve ser entendido como precisa referência - evidentemente impossível - ao conhecido instituto do direito comum.

ação (não a de um direito e muito menos a do direito derivado da relação fundamental ou de um direito cartular autônomo), a que corresponde a sujeição do subscritor (e não um débito; quer o da relação fundamental, quer um débito cartular autônomo).

Em apoio da sua tese, CARNELUTTI aduz os dois casos da cambial de favor e da cambial em branco, em que reconhece exatamente duas hipóteses marginais que podem servir, de experimentação das várias teorias.

Isso justifica desde já o estudo, que alguém talvez achará demasiado amplo, dedicado a essas hipóteses, para explicá-las ⁽¹²¹⁾.

17. A solução da questão proposta pela teoria de CARNELUTTI decorre, em substância, de um problema de caráter muito mais geral.

Com efeito, convém preliminarmente perguntar se é possível conceber

⁽¹²¹⁾ Resumo para comodidade do leitor o que se refere a essas duas hipóteses.

Na cambial de favor, Carnelutti reconhece a redução ao absurdo do conceito de débito abstrato, pois, quem assina por favor, na realidade não quer garantir nem doar, mas somente facilitar o desconto da cambial, de forma que seria torçoso reconhecer nessas hipóteses, uma simples responsabilidade sem débito. É fácil responder que isso é, no entanto, perfeitamente compatível com a existência de um débito abstrato, justamente porque abstrato, podendo como tal preencher uma função qualquer e até uma função que, como a de facilitar a circulação cambial, é preenchida pela firma de favor, não poderia, por si, constituir uma válida causa de obrigação extra-cambial. A questão, portanto, volta a ser a seguinte: um débito abstrato é realmente um débito ou corresponde somente a uma simples sujeição processual?

Na cambial em branco, e, em geral, na assinatura de um papel em branco, Carnelutti vê uma simples declaração de paternidade do documento: seria esta declaração de paternidade do “documento” que, independentemente da vontade do subscritor, vedaria a este, dadas as normas em matéria de prova, a possibilidade de excepcionar, alegando não ser o autor da declaração nele mencionada. A eficácia do papel em branco residiria justamente nessas normas probatórias e, portanto, a sua explicação deveria ser procurada no terreno do direito processual e não no do direito material (CARNELUTTI, *Lezioni*, vol. III, pág. 243).

É fácil, no entanto, replicar que, na subscrição de um papel em branco, o que se dá não é a declaração de paternidade do “documento”, mas a declaração de querer considerar como própria uma declaração que será feita por outrem, isto é, uma atribuição, e outrem, de um poder que, sob certo aspecto, pode aproximar-se da representação. Tanto isso é verdade que, contrariamente ao que afirma Carnelutti, quer no domínio dos títulos de crédito (salvo os litúrgicos que devam da oponibilidade das exceções ao terceiro portador e que agora decorrem do art. 14 da lei cambial), quer no geral, do direito civil e comercial (Cas. Do Reino, 23 de maio de 1928, *Monitore Trib.*, 1929, pág. 168; Ap. de Milão, 15 de maio de 1930, *Foro Italiano*, 1930, I, I, 1191; STERN-LOJAS, *Zivilprozessordnung*, vol. I, pág. 1115 da 14ª ed. do comentário à ordenação germânica de processo civil; HELLWING, *System*, vol. I, pág. 694, començo), admite-se a possibilidade de alegar o abuso no preenchimento do papel em branco e, pois, de provar que a declaração não provém de quem assumiu a “paternidade” do documento.

uma ação de condenação, independentemente de um direito a que ela corresponda, se é possível uma sujeição processual à execução, independentemente de um débito ou de uma sujeição de caráter substancial ⁽¹²²⁾.

Digo “independentemente de um direito substancial correspondente”, porque Carnelutti reconhece que tal ação pode caber a quem não é titular do direito derivado da relação fundamental e corresponder, por parte do devedor, a uma sujeição processual, por seu turno distinta do débito derivado da relação fundamental.

Eis porque a concepção de Carnelutti põe, na realidade, em foco todo o problema das relações entre direito material e processual, só podendo a aplicação feita pelo insigne jurista à matéria de títulos de crédito, ser julgada com relação àquele problema mais geral.

E é em relação a esse problema que, de minha parte, julgo dever sustentar a concepção tradicional, que não vê possibilidade de ação de condenação sem um direito substancial correspondente e somente vê possibilidade de sujeição à ação executiva quando houver um débito ou uma sujeição de direito substancial ⁽¹²³⁾.

Voltando aos títulos de crédito, não é sem importância que, no desenvolvimento histórico do instituto, como lembramos no início deste estudo, se possa apreender a afirmação progressiva da autonomia do direito cartular, em conexão com o progressivo reconhecimento dos princípios característicos do instituto.

É por isso que, em matéria de cambial, o legislador regula até os problemas da relação entre a cambial e o negócio fundamental e fala em relação cambial e em relação fundamental (arts. 66 e 67), em relação cambial e em relação pessoal (art. 21) e a doutrina estuda os vícios da declaração cartular, a concorrência dos vários direitos e o regime diverso da

⁽¹²²⁾ CARNELUTTI fala em ação executiva, mas, como ele mesmo esclarece (*Rivista di diritto commerciale*, 1935, I, pág. 469), quer com isso referir-se à possibilidade final da execução, embora através de um processo de cognição. Ele, portanto, agora, justamente prescinde de apoiar a sua teoria na circunstância de, no direito italiano (diferentemente do que ocorre em outros sistemas), a cambial constituir título executivo.

⁽¹²³⁾ O problema poderia ser, talvez, diferente nos sistemas em que se concebe o direito concretamente e portanto juntamente com a sua realização processual. Nesses sistemas, pois, a rigorosa contraposição entre concepção “processual” e “substancial” de um instituto jurídico não teria talvez o mesmo sentido. Nos direitos da Europa continental, nos quais essa contraposição é hoje corrente, a exatidão do elemento processual pode importar numa perigosa super valorização do elemento “coativo” e “estatal” do direito.

prescrição destes.

18. Bem sei⁽¹²⁴⁾ que esses problemas podem, no domínio abstrato da lógica, apresentar-se partindo de uma simples ação cambiária, mas, afinal, qual a razão e qual a vantagem em adotar uma concepção meramente processual, que tão profundamente fere as premissas da lei e os nossos hábitos de ver o direito substancial como pressuposto da ação e de não admitir que possa ser movida com êxito uma ação de condenação por quem não seja titular do direito a que ela corresponda?

A duplicação, criticada por Carnelutti, do negócio fundamental e do negócio cartular, substitui-se a duplicação das duas ações; a normal e a cartular, a primeira baseada no negócio fundamental, a segunda derivada da criação da específica prova legal dele (o título de crédito). A singularidade, criticada por Carnelutti, da circulação do direito cartular independentemente da circulação do direito derivado da relação fundamental, substitui-se a circulação da ação cartular, independentemente da circulação do direito derivado da relação fundamental.

Há vantagem na troca?

19. A teoria de Carnelutti não escapa, parece-me a um inconveniente que é peculiar a todas as teorias que vêm nos títulos de crédito um documento probatório.

Com efeito, é indiscutível e constante, quanto a todos os títulos de crédito, embora com regulamentação parcialmente diversa, a diferente oponibilidade das exceções, consoante se considere o terceiro portador ou aquele que é, ao mesmo tempo, sujeito da relação fundamental: essa diversidade constitui, em substância, o ponto de partida e o ponto de chegada de todas as teorias dos títulos de crédito. Ora, reconhecendo-se no título de crédito um documento probatório do negócio fundamental, entra-se num círculo vicioso. Porque ou se concebe essa prova como uma prova legal absoluta (como faz Carnelutti), e então é difícil explicar por que as exceções

sejam em alguns casos oponíveis, ou a concebemos suscetível de ser combatida (como na doutrina tradicional), e então é impossível explicar porque as exceções não sejam oponíveis ao terceiro, a menos que se recorra ao “*deus ex machina*” de uma prévia renúncia do subscriptor⁽¹²⁵⁾, ou a uma genérica exigência de proteção à boa fé⁽¹²⁶⁾, o que, em última análise, é renunciar a uma verdadeira explicação.

20. Dai convém concluir: a) que, toda vez que nos encontramos diante de um título literal, a declaração cartular é uma declaração distinta da referente à relação fundamental e que, a respeito da declaração cartular, o documento tem valor *constitutivo*; b) que a declaração cartular é uma declaração de *vontade*, fonte de *direito autônomo*, cujo exercício e transmissão estão em função da apresentação e da transmissão do título (denominado, por isso, *dispositivo*).

Parece-me que estas conclusões são, agora, acolhidas pela doutrina⁽¹²⁷⁾.

21. Não julga necessário esclarecer, depois do que disse, que, se a declaração cartular constitui uma declaração de vontade, distinta da do negócio

⁽¹²⁴⁾ Como faz PELLEGRINI, *ob. l. cit.* No direito brasileiro cf. OLIVARIO MENDES, *ob. cit.*, pág. 179.

⁽¹²⁵⁾ Como FERREIRA (Senior), Lembrem-se a esse propósito as observações anteriores sobre o valor da ciência da existência das exceções, observações que demonstram a dificuldade de conciliar estas explicações com o direito positivo, a menos que entendidas num sentido por tal modo genérico que as torne praticamente inúteis.

Da mesma forma não me parece constituir uma explicação jurídica o frequente apelo às “exigências ou necessidades do comércio”. É evidente que foram as necessidades do comércio e mais precisamente as da circulação que determinaram o regime especial dos títulos de crédito, mas só com isso ainda não sabemos em que “juridicamente” consistia esse regime, nem temos um critério preciso para resolver as várias questões que podem surgir a respeito. ⁽¹²⁷⁾ V. com efeito, depois da primeira edição destes estudos, VALERI, *Diritto Cambiario* vol. I, pág. 10; CASATI, *Rivista di diritto commerciale*, 1935, II, pág. 24; BRUNETTI, *Corso di diritto commerciale*, pág. 229; CASS, do Reino, 22 de março de 1934, n° 940, *Foro Italiano*, 1934, I, pág. 929 (com particular referência ao conhecimento marítimo); BRUNETTI, *Corso di diritto commerciale*, pág. 270; SOPRANO, *Società Commerciali*, vol. I, pág. 474, (com particular referência às ações de sociedades comerciais).

Quanto à doutrina germânica, v. a nota anterior p. 71. Naturalmente, para a doutrina italiana, as afirmações do texto equivalem a afirmar que a declaração cartular é declaração de vontade em todos os títulos de crédito, porque todos os títulos de crédito, no conceito italiano, são caracterizados pelo duplo requisito da literalidade e da autonomia na doutrina germânica, ao contrário, as afirmações do texto relacionam-se não somente com os *skripturrechtliche Wertpapier*”

⁽¹²⁶⁾ É no fundo essa a resposta que, na sua *Teoria cambiaria*, Padova, 1937, Carnelutti dá às

críticas movidas à tese, como ele a expusera, na *Teoria giuridica della circolazione*. Quanto à criticada teoria de CASATI, cf. também, agora, VALERI, *Diritto cambiario*, vol. I, pág. 248 e seq. (onde se encontra a bibliografia a respeito) e o meu estudo na *Rivista di diritto commerciale*, 1934, I, 546.

fundamental, isso se verifica tanto considerando a posição de quem recebeu o título do subscritor, como a do terceiro portador do título, porque a declaração cartular, se declaração de vontade, será tal, necessariamente, sem depender da posição do titular do título.

Não me parece, pois, que acerte no alvo, VIVANTE, na sua monografia juvenil sobre a "*Polizza di carico*"⁽¹²⁸⁾, quando sustenta que o conhecimento marítimo, sendo um documento probatório *inter partes*, é no entanto, dispositivo, e, mais precisamente, título de crédito, em relação a terceiros.

Esta tese⁽¹²⁹⁾ cinde, realmente, um ato conceitual e praticamente único, como é a emissão do conhecimento marítimo, em dois atos rigorosamente distintos: declaração de ciência (em relação ao sujeito da relação fundamental) e declaração de vontade (em relação a terceiros). Um único documento seria ao mesmo tempo dispositivo, de um lado, e exclusivamente probatório, de outro; ou melhor, segundo a formulação de Vivante, seria e não seria, ao mesmo tempo, título de crédito⁽¹³⁰⁾.

22. Tendo reconhecido na declaração cartular uma declaração distinta da relação fundamental e mais precisamente uma declaração de vontade, afirmamos, também, ser, o direito mencionado no título (direito cartular), sempre um direito distinto do baseado na relação fundamental⁽¹³¹⁾.

É preciso, portanto, fazer em matéria de títulos de crédito uma distinção preliminar: a que vai entre direito cartular e direito derivado da relação

⁽¹²⁸⁾ Para análogas construções propostas na Alemanha, com particular referência ao conhecimento de transporte terrestre, cf. SIEGER, *ob. cit.*, pág. 115, onde se encontra também uma crítica eficaz e, a meu ver, decisiva.

⁽¹²⁹⁾ Provavelmente é nela que se deve procurar a primeira formulação da conhecida construção de VIVANTE em matéria de títulos de crédito, segundo a qual a obrigação cartular repousa num negócio unilateral e (no caso da cambial) abstrato relativamente a terceiros, e num negócio bilateral e causal relativamente ao tomador imediato.

⁽¹³⁰⁾ A jurisprudência é no sentido do texto e põe continuamente em evidência a autonomia da obrigação incorporada no conhecimento; põe-na em evidência justamente em relação à literalidade. Assim, Cass. de Turim, 5 de julho de 1897, *Diritto commerciale*, vol. XV, pág. 887; Cass. da Roma, 31 de julho de 1926, *Corte Cassaz.*, 1926, pág. 1680; Ap. de Gênova, 18 de fevereiro de 1922, *Diritto Marittimo*, 1927, pág. 306; Ap. de Florença, 9 de maio de 1904, *G. Toscana*, 1916, pág. 513.

CF. ainda a excelente nota de NATTINI na *Rivista di diritto commerciale*, 1926, II, pág. 70 sobre a distinção entre literalidade e independência do título.

⁽¹³¹⁾ Cf., agora, no mesmo sentido V. ALBERI, *Diritto cambiario*, vol. I, pág. 7. No direito brasileiro, CARVALHO DE MENDONÇA, *ob. cit.*, pág. 47.

fundamental. Cada um deles se origina de um negócio diverso e está sujeito a disciplina diferente.

O título de crédito, originariamente surgido como documento confessorio, é, agora, no direito moderno, constitutivo do direito autônomo nele mencionado.

Em virtude da sua distinção do direito decorrente da relação fundamental, o direito cartular se separa desta relação em que tem origem e, em algumas categorias de títulos de crédito, esta separação chega a traduzir-se mesmo na abstração do direito cartular.

Como vimos, nas páginas precedentes, o direito cartular, quando abstrato, pode ter titular diversa daquele a quem cabe o direito decorrente da relação fundamental, tendo portanto, os dois direitos, uma circulação independente.

Quando, ao contrário, o direito cartular é um direito causal ele visa, como veremos, a declaração do direito decorrente da relação fundamental e, portanto, ambos os direitos, embora distintos, circulam juntos, pertencendo necessariamente ao mesmo titular.

23. Por seu turno reconhecer, no direito cartular, um direito distinto do que decorre da relação fundamental, não significa ainda reconhecer no mesmo um direito concorrente com o derivado dessa relação⁽¹³²⁾.

Para que se verifique o concurso de direitos é, de qualquer forma, necessário⁽¹³³⁾ haja a possibilidade de mais de um adimplemento, que as normas sobre o concurso visam excluir⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³²⁾ Ao limitar somente aos títulos abstratos a concorrência do direito da relação fundamental com o direito cartular atásto-me do que escrevi na primeira edição destes estudos.

⁽¹³³⁾ A figura do concurso de direitos é muito discutida. CHICOVENNA, *Principi*, pág. 287 e HELLWIG, *Anspruch and Klagerrecht*, pág. 86, partindo do conceito de que as pretensões a uma prestação sejam idênticas quando forem idênticas as partes, o objeto e a causa, vêm o concurso quando varia apenas um desses elementos. Para LA LUMIA, *Obbligazione cambiaria e rapporto fondamentale*, pág. 84, ao contrário, o concurso pressupõe a identidade das pessoas e do conteúdo econômico, com a diversidade da causa. CARLUCCI, *Teoria della circolazione*, pág. 252, e SALAMONDA, *Rivista di diritto commerciale*, 1937, I, pág. 561, excluem o concurso se os dois direitos têm como conteúdo um mesmo interesse e, finalmente, para LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, em *Studi in memoria di Ratti*, Milão, 1934, pág. 665 e segs., não se deveria falar em concurso de direitos, mas em conjunto de ações.

⁽¹³⁴⁾ A identidade de conteúdo prático dos direitos concorrentes não exclui uma diversidade de interesses na sua constituição. O devedor que deve cem, em virtude da venda, deve da mesma maneira cem por força da cambial consequentemente assinada, embora sendo evidente que a

Essa hipótese se verifica, como veremos, nos direitos abstratos ⁽¹³⁵⁾, nos quais o direito cartular tem um objeto correspondente ao do negócio fundamental ⁽¹³⁶⁾ e nos quais a lei, realmente, se preocupa com a disciplina do concurso, visando excluir uma duplicidade de adimplementos ⁽¹³⁷⁾.

No entanto, semelhante hipótese não se verifica nos direitos causais (por ex. ações de sociedades, conhecimento marítimo), em que, objeto imediato da declaração cartular, como veremos, é tão somente a autenticação da relação fundamental ⁽¹³⁸⁾ e, daí, poder o titular do título gozar precisamente do direito derivado da relação fundamental, mas de acordo com o que está declarado no título.

CAPÍTULO III

A ABSTRAÇÃO NOS TÍTULOS DE CRÉDITO

Sumário: 1. O problema da abstração. — 2. Abstração processual. — 3. Causa do negócio jurídico. — 4. Continuação. — 5. Negócios abstratos. — 6. Limites à função do negócio abstrato. — 7. Convenção executiva. — 8. Causa da atribuição patrimonial. — 9. Atribuição abstrata. — 10. Remédios equitativos. — 11. Causa do negócio e causa da atribuição. — 12. Atribuição abstrata com negócio aparentemente causal. — 13. Causalidade e, abstração no direito italiano.

1. O problema da abstração nos títulos de crédito somente pode ser convenientemente entendido e resolvido, levando-se em conta a distração entre abstração processual e abstração material, conceitos prática e historicamente conexos, mas distintos e não equivalentes.

Processualmente, o problema da causa envolve vários problemas: o da necessidade ou não de aduzir uma específica *causa petendi* para a justificação do pedido; o da referência da causa, para a eficácia probatória do documento relativo a um débito; o da presunção de verdade da causa eventualmente aduzida.

A história dos dois últimos problemas é a história da cautio indiscreta e das cláusulas de renúncia às exceções e, particularmente, à *querela non numeratae pecuniae*, cláusulas, aliás, frequentes no direito intermédio ⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁵⁾ Cf. BAHR, *Anerkennung*, pág. 41; EYDENDMANN, *Beweislehre*, pág. 410 e *Handelsrecht*, pág. 473; MEYNAU, *Des renonciations au moyen âge*, na *Nouvelle revue historique*, 1900 e 1901; SCHUPFER, *Le obbligazioni nell'età del risorgimento*, vol. I, pág. 56 e 112; GOLDSCHMIDT, *Storia del diritto commerciale*, pág. 239; LATTES, *Diritto commerciale*, págs. 285, 294; FREUDT, *Handelsrecht der Postglassaroren*, 1911.

Embora frequentemente confundindo o problema da abstração material com o da abstração processual, o direito comum admitiu, no direito comercial, a validade da *cautio indiscreta* (vale dizer, do documento que não indica a origem do débito declarado). Por outro lado, o direito comum preparou o caminho para o princípio da abstração processual, através das cláusulas de renúncia.

Estas, a princípio, hostilizadas pela doutrina, foram, a seguir, reconhecidas, e interpretadas como envolvendo uma simples inversão do ônus da prova: o credor deixou de estar obrigado

criação da cambial visa o objetivo de reforçar e tornar mais móvel, além de (no nosso direito) executivo, o direito de crédito. Esse objetivo se realiza com a constituição de um novo direito ou com a de uma nova ação? Eis a dúvida levantada por Carricutti, cuja teoria examinamos nas páginas anteriores.

⁽¹³⁷⁾ É essa realmente a doutrina corrente em matéria cambial.

⁽¹³⁸⁾ O que não significa ser idêntico em todas as suas modalidades. Por ex., a cambial pode ser emitida somente por uma parte da quantia devida em virtude da venda.

⁽¹³⁹⁾ Com efeito, v. o art. 66 da lei cambial.

⁽¹⁴⁰⁾ É o que explica a tendência anteriormente criticada, em ver nos títulos, *causais*, documentos probatórios.