

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 GILCOBBINI

BIBLIOTECA  
LEILA HUCK MALHEIROS OTRANTO  
O CARIACÓI E MASSINA ANTONIO

RED Livros  
1999

## Capítulo IV

### TÍTULOS ABSTRATOS – ALCANCE DA ABSTRAÇÃO

*Sumário:* 1. Abstração da obrigação cambial. – 2. No direito italiano. – 3. Continuação. – 4. Crítica da teoria da delegação. – 5. Continuação. – 6. Conclusão. – 7. Crítica da teoria dualista. – 8. Proteção da boa fé. – 9. Causa da obrigação cambial. – 10. Convenção executiva. – 11. Sua função. – 12. Concurso de ações. – 13. Diversas hipóteses. – 14. Pluralidade das obrigações cambiais. – 15. Exceções causais e literalidade. – 16. Pluralidade de devedores cambiários.

1. A abstração da obrigação cambial<sup>(174)</sup> foi se afirmando lenta, mas seguramente.

Correlatamente se foi acentuando o rigor formal da cambial, no duplo sentido da fixação, por parte do legislador, das enunciações que “deve” e das que “pode” conter, isto é, foram determinadas não só as enunciações que a cambial deve conter para ser válida, mas também as que podem, através de sua menção nela, adquirir eficácia cambial.

O rigor formal encontra a sua máxima expressão na necessidade da denominação “cambial”, que o sistema alemão e italiano<sup>(175)</sup>, bem como o da convenção de Genebra, incluem entre os requisitos essenciais do título.

<sup>(174)</sup> Ao falar de “cambial” e de “obrigação cambial” nas páginas seguintes, refiro-me tanto a letra de câmbio como a nota promissória.

<sup>(175)</sup> Esse princípio é estranho ao sistema francês anterior a Convenção de Genebra. O requisito da denominação é, ao contrário, exigido pela lei brasileira, não o é no código argentino (art. 599).

É, aliás, princípio constante e constantemente confirmado na história do direito, o do maior rigor formal, quando se acentua a abstração, e o da sua atenuação quando a abstração é atenuada ou abandonada. Típica nesse sentido é a *stipulatio* romana no seu desenvolvimento, do direito clássico ao direito justiniano (cf. os conhecidos estudos de Riccobono nos vols. 35 e 43 da *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Rom. Abt.), o menor rigor formal acompanha pari passu o abandono do caráter abstrato. Essa evolução continua no direito intermédio (cf. o citado volume de KASTEN, *Die Lehre vom obl. Verträge* etc. cit., Rostock, 1888); por outro lado, o princípio da acionabilidade do pacto nū, isto é, a eficácia obrigatória do contato independentemente de requisitos de forma, é afirmada no direito intermédio paralelamente com a exigência de uma causa válida. Típica é a esse respeito a posição de AZONE que, no

A introdução do endosso, a difusão da cambial como instrumento de crédito independentemente de um contato de cambio e a multiplicação das cláusulas que se referiam a um "valor recebido" em mercadorias, conduziram ENECCUS a afirmar a literalidade e a abstração da cambial; o princípio da abstração foi retomado e reelaborado no século findo por EINERT, LIEBE e THOEL e foi recebendo adesões cada vez mais numerosas <sup>(176)</sup>.

Não teve, porém, acolhida na interpretação jurídica francesa, embora também nesse sistema jurídico a orientação legislativa seja no sentido da abstração da obrigação. A lei de 7 de junho de 1894 suprimiu, na França, o requisito da *distancia loci*, que, ao contrário, caracterizava a letra de cambio no código de comércio napoleônico. A lei de 1922, eliminando a necessidade da menção do valor recebido, venceu um obstáculo, embora formal, para o reconhecimento da abstração da obrigação cambiária <sup>(177)</sup>; a recente

discriminar os pactos produtores de efeitos jurídicos, menciona justamente, como requisito necessário para a eficácia do pacto, quer a forma, quer a causa:

Não é, aliás, infrequente o uso do termo "formal" como sinônimo de "abstrato" tanto na Itália e na França, como na Alemanha; no mesmo sentido muitos encaram as obrigações abstratas como obrigações cuja causa é incerta na forma da própria obrigação.

Por sua vez, no direito inglês (cf. o estudo de Lorenzen citado) a doutrina da "consideration" não é aplicável ao contato formal (*deed*) <sup>(178)</sup>.

<sup>(176)</sup> Cf. GRUNERT, *Wirtschaftsrech.*, pág. 243.

O caráter de título de crédito na cambial prendeu-se justamente a sua transformação, de documento do contato de cambio, em meio de mobilização do crédito.

Foi reconhecido que a cambial é independente do contato de câmbio e da *distancia loci*, e que, ao contrário, pode estar ligada a relações fundamentais diversas.

Este princípio caracteriza quer o sistema germânico da ordenança de 1848, quer o inglês e portanto e peculiar a todos os direitos inspirados naqueles sistemas.

Não deixa de haver abstração nem na cambial hipotecária, nem na cambial para a exportação, regulada pela lei nº 361, de 9 de abril de 1931 ou na cambial com cessão da provisão regulada pela lei de 15 de janeiro de 1934, nº 48.

A primeira é caracterizada pela existência de uma convenção especial para a constituição da garantia hipotecária, mas esta, podendo ser livremente convenionada pelas partes, pode ser também constituída por um crédito abstrato e não podem, portanto, aduzir-se contra a abstrato da cambial hipotecária as considerações expandidas para a cambial agrícola (v. pág. 193).

A segunda é caracterizada pela existência de uma especial declaração para a cessão da provisão, mas também esta, podendo de qualquer forma ser livremente convenionada pelas partes, não obsta à abstração do crédito cambiário. Nem esta desaparece pela menção da relação de provisão no título, porque essa menção se refere justamente a cessão da provisão e não se destina a subordinar a obrigação cambiária a existência de uma causa, que seria, quando muito, constituída pela relação de valor recebido.

<sup>(177)</sup> A menção do "valor recebido" não constitui hoje um requisito da cambial nem no sistema da convenção de Genebra, nem no sistema anglo-norte-americano (cf. sec. 6 N.I.L. e DAVIEL.

introdução, no sistema francês, da convenção de Genebra, proporcionou-lhe novos princípios fundamentais, o que não poderá deixar de influir sobre a doutrina <sup>(178)</sup>.

2. É esta a teoria que julgo mais razoável também em nosso direito <sup>(179)</sup>.

Pelos autores que escreviam sob o império do código de comércio, essa teoria costumava ser baseada no art. 324 do cod. com., pois este determinava que o devedor somente podia opor "as exceções relativas a forma do título ou a falta das condições necessárias ao exercício da ação e as exceções pessoais a quem a exerce". Da própria redação do artigo decorria, portanto, que as exceções causais eram estranhas a cambial, somente podendo ser opostas, quando pessoais aquele que no caso concreto exercitava a ação <sup>(180)</sup>.

O art. 21 (17 da convenção de Genebra) tem uma redação, na verdade, mais genérica <sup>(181)</sup>, porque se limita a consagrar a inoponibilidade das exceções baseadas nas relações pessoais do devedor com o sacador e com os portadores anteriores; não havendo, portanto, na sua redação prejudicado o problema do caráter "pessoal" ou não das exceções causais <sup>(182)</sup>.

A redação do art. 324, enumerando taxativamente as exceções oponíveis (sem mencionar as causais) era, sob esse aspecto, pelo menos

§ 124), nem no russo (art. 2 da lei soviética de 1922). Cf. a respeito do progressivo desaparecimento deste requisito LESCOR, vol. I, p. 353.

<sup>(178)</sup> Como lembramos, essa doutrina, nas suas manifestações mais moderna, adotou com CAPRANI, LACOUR, BOUTERON, ESMEIN, LESCOR uma posição correspondente à seguida na Itália por VIVANTE e que mais adiante criticaremos.

Não se deve esquecer, no entanto, a influência que inevitavelmente exerce sobre a doutrina francesa a teoria da cessão da provisão, que indiscutivelmente atenua a visão da autonomia e da abstração do direito cambiário. Isso também explica a disciplina diferente, no direito francês, da obrigação de regresso do sacador, o que, por seu turno, determina a ausência da ação especial de Enriquecimento cambiário. V. o art. 156 do código comercial francês na redação decorrente do decreto de 30 de outubro de 1935; c. antes, pág. 68.

<sup>(179)</sup> No direito brasileiro cf. SAKAWA, *ob. cit.*, pág. 102; M. TOKRIS, pág. 511; WITKAKEN, pág. 30. <sup>(180)</sup> Redação correspondente à do art. 324 cod. il. com. é a do art. 51 da lei cambiária brasileira, orientada pelos conceitos recentemente acolhidos pela convenção internacional. No mesmo sentido é a nova lei mexicana dos títulos de crédito.

<sup>(181)</sup> Essa redação encontra um precedente no art. 87 da ordenança de câmbio germânica. <sup>(182)</sup> O art. 21 (17 da convenção de Genebra) determina: "A pessoa contra a qual seja movida ação cambiária não pode opor ao portador exceções baseadas nas suas relações pessoais com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador, adquirindo a cambial, tenha agido cientemente em prejuízo do devedor."

aparentemente, mais restritiva que a do art. 21, que, ao contrário, se limita a indicar as exceções inoponíveis.

E, todavia, fácil supor que a convenção de Genebra <sup>(183)</sup> e a lei interna decretada para a sua execução, não tenham, por certo, pretendido inovar, nesse sentido, o direito anterior.

Elas reafirmam, antes, o rigor formal cambiário que é, por certo, distinto da abstração, mas que a esta se prende política e praticamente <sup>(184)</sup>.

Talvez resida aí a explicação do fato de, pelos mais recentes autores, que têm por objeto de seus estudos a convenção de Genebra, a abstração da cambiária ser mais pressuposta que demonstrada <sup>(185)</sup>.

<sup>(183)</sup> Tanto mais que tem a sua fonte no art. 87 da ordenança de câmbio germânica, em que a doutrina via consagrada a abstração cambiária.

<sup>(184)</sup> A convenção de Genebra consagrou, de fato, o caráter essencial da denominação de cambiária entre os requisitos do título, de conformidade com os precedentes alemães e italianos e em contraste com o princípio francês e anglo-saxão. No mesmo sentido da convenção, cf. art. 2 da lei cambiária soviética de 1922.

O conceito "técnico" da abstração é estranho ao direito anglo-saxão, mas a regulamentação prática do sistema anglo-saxônico chega a resultados similares aos da convenção de Genebra. Reconhece-se ali na cambiária um documento constitutivo, mas entende-se que a validade da obrigação está subordinada a uma *valuable consideration*; a existência desta é presumida: a sua falta não pode ser oposta ao *holder in due course*. O *holder in due course*, por seu turno, como terrenos oportunidade de voltar a lembrar, é o que tenha adquirido a cambiária de boa fé, antes do vencimento e baseado numa *valuable consideration*. Cf. sec. 24, 25, 26, 52 e 59 N. L. L., e DANIEL, *ob. cit.*, § 176 e seg.; 181 e seg.; 882 e seg.

O conceito de *consideration* não é exatamente traduzível em termos continentais; a meu ver, deve ser relacionado com o de "causa das atribuições patrimoniais" e não com o de "causa do negócio ou do contrato" da doutrina da Europa continental. A respeito de um exame comparativo cf. LORENZEN, *Causa and consideration* 28 Yale Law Journal, pág. 621.

A teoria tradicional do contrato de câmbio parece prender-se o código Argentino (art. 589 e segs.). Nele a disciplina da cambiária é anexa com a do contrato de câmbio; a denominação de cambiária não é mencionada entre os requisitos do título (art. 589); a circulação do título com as normas cambiárias depende da presença da cláusula. A ordem (art. 600), o endosso exige a menção do valor recebido ou convenção com conta (art. 620). No entanto, no seu alcance prático, a disciplina cambiária argentina não é substancialmente diversa daquela da convenção de Genebra. Cf. MAURICIO L. YORDAKOLA, OSCAR ZOFFERRE SILVA Y PEDRO E. TORRES, *El derecho cambiario argentino e la legislación uniforme*. Instituto argentino de estudos legislativos, Buenos Aires, 1940.

<sup>(185)</sup> É o que se da nos tratados de VALERI, MOSSA, ANGELONI, BRACCO e outros.

No sistema italiano a cambiária é título executivo e também essa circunstância explica porque na Itália, mais que alhures, a doutrina e a jurisprudência se mostram inclinadas a reconhecer a abstração cambiária. Veja-se na jurisprudência da Corte Suprema, 22 de março de 1934, *Foro It.*, 1934, I, pág. 743; 23 de novembro de 1934, *Foro It.*, 1935, I, 17.

A executoriedade da cambiária constitui uma peculiaridade do direito italiano; cf., p. 404.

A observação anterior, acerca do caráter genérico da formulação do art. 21, explica, no entanto, porque a mais recente doutrina francesa não reconheça uma profunda divergência de diretriz entre a orientação da convenção de Genebra e a anteriormente seguida pela legislação francesa <sup>(186)</sup>.

3. Na verdade, mesmo prescindindo-se dos indícios acima indicados e de outros que poderão encontrar-se na lei cambiária <sup>(187)</sup>, é fácil acentuar desde logo que o negócio cambiário não só não menciona a causa, como também pode, na realidade, no caso concreto, por um lado, resultar, de relações fundamentais diversas (venda, mútuo, etc.), por outro, preencher a variedade de funções peculiar aos negócios abstratos (de garantia, pagamento, etc.).

Ao definir como "pessoais" as exceções baseadas nas relações do devedor com o sacador e com os portadores anteriores <sup>(188)</sup> aquele que exerce a ação, o art. 21 (17 da convenção cambiária) não faz, evidentemente, referência tão somente a relações ocasionais ou eventuais que possam intercorrer entre o devedor cambiário e o sacador ou os portadores anteriores,

Com efeito, na Itália, a cambiária permite o arretrate completo da execução sem necessidade de qualquer exame ou verificação judicial da existência do direito do executante ou do fundamento da demanda de execução.

No direito brasileiro essa possibilidade subsiste somente na execução da sentença condenatória. No caso dos títulos cambiários, bem como nos demais casos disciplinados no art. 298, cod. process., civil bras., o direito brasileiro admite a penhora imediata (diversamente do que acontece quando não exista título executivo), mas essa tem uma função cautelar e o arretrate completo da execução é subordinado a prolação de uma sentença que, julgando essa penhora, avaliará o direito do executante num processo de rito ordinário (art. 301).

Cf. a respeito as notas de LIEMAN em CHOVENEA, *Instituições de direito processual civil*. São Paulo, 1942, vol. I, p. 345 e p. 426.

Conforme a terminologia deste autor indicamos com "executoriedade" a situação peculiar ao direito italiano.

<sup>(186)</sup> A formula do art. 21 se aproxima aliás, mais que a do anterior artigo 324, a do art. 1278 em matéria de delegação (e voltaremos mais adiante sobre este ponto) e é sabido que a doutrina francesa recorre, seguindo a teoria de THALLER, à teoria da delegação na explicação dos títulos de crédito e, particularmente, da cambiária.

<sup>(187)</sup> Por exemplo, os art. 66 e 67 (estranhos a convenção de Genebra), nos quais, em oposição a ação cambiária, se fala em uma ação "causal".

<sup>(188)</sup> Lembro, para clareza, que a relação entre sacador e sacado costuma chamar-se "provisão"; aquela entre, o devedor cambiário e o tomador imediato (ou em geral, o credor da relação fundamental em virtude da qual a obrigação foi assumida) chama-se de valor recebido (entre sacador e tomador, endossador e endossatário, etc.). A terminologia é adotada, em geral, em toda a teoria dos títulos de crédito e encontra correspondência em análoga terminologia em matéria de delegação; cf. mesmamente p. 64.

mas mesmo às relações que, constante e tipicamente, intercorrem entre eles.

Essas relações são precisamente, de um lado, (isto é, se devedor é o aceitante), a relação de provisão <sup>(189)</sup>, de outro (isto é, se devedor é um emissor de nota promissória ou o endossador ou o próprio sacador obrigado em via de regresso), a relação de valor recebido <sup>(190)</sup>. São as exceções tiradas dessas relações as que o art. 21 declara pessoais e inoponíveis ao portador “que delas não tenha participado” <sup>(191)</sup>, isto é, pertinentes a um elemento extra-cartular.

Isso equivale a sancionar a abstração da atribuição cambiária, porque, se não fosse abstrata, encontraria, mediata ou imediatamente <sup>(192)</sup>, a sua causa na relação de provisão ou na de valor recebido.

O caráter abstrato da obrigação cambiária manifesta-se, por seu turno, no princípio, explicitamente consagrado na convenção de Genebra, da impossibilidade de submeter as obrigações cambiárias a condição <sup>(193)</sup>.

#### 4. Mas é a esse respeito que surge um problema, cuja diferente solução

<sup>(189)</sup> É a intercorrente entre sacado e sacador e em virtude da qual o sacado chega a aceitação da cambial.

<sup>(190)</sup> É a relação por força da qual o sacador entregou a cambial; o emissor cingiu a nota promissória; o endossador endossou a cambial.

<sup>(191)</sup> Prescindimos, no momento da hipótese da *exceptio doli generalis* porque esta, na sua conceituação, visa evidentemente atenuar as consequências, demasiado rigorosas, decorrentes do princípio consagrado no art. 21. A *exceptio doli*, lembramos, é consagrada na última parte do art. 21 afirmando “a menos que este (isto é, o portador) adquirindo a cambial não tenha agido cientemente, em prejuízo do devedor”, o que confirma a atenuação trazida ao princípio do art. 21.

<sup>(192)</sup> Reineto o leitor para o que escreverei a propósito dos títulos causais.

<sup>(193)</sup> Cf. na lei italiana os arts. 12, 16 e 31. Este último artigo (correspondente ao art. 11 do D. 2044 no direito brasileiro específica que o aceite pode ser limitado, que podem ser-lhe apostas modificações (havendo-se nesse caso por recusado o aceite, mas continuando, o sacado, obrigado aos limites do seu aceite), mas não pode ser condicionado (cf. VALERI vol. II, pág. 170). No caso do endosso (art. 16) a condição, ao contrário, *vitalitur sed non vivitur*, pois de outra forma, interromper-se-ia a série de endossos. O princípio da incondicionabilidade encontra-se já no direito inglês: art. 3 B.E.A. No entanto no direito inglês admite-se na cambial a possibilidade de ser o vencimento incerto, embora, determinável (cf. SMITH-GUTTERIDGE, *Mercantile law*, ed. 1924, pág. 230; DANIEL, *ob. cit.* § 42, sec. 1, N. 1.1.). A incondicionabilidade das obrigações, não se refere somente à impossibilidade de submeter-las a condições, no sentido técnico do termo, mas principalmente à impossibilidade de subordiná-las ao adimplemento de uma prestação. Cf. mais adiante, pág. 331 e 396.

É particularmente essa consequência que se coordena com o caráter abstrato da obrigação cambiária.

consiste, em substância, o “punctum divisionis” doutrina dominante na Itália e da tradicional na França.

A abstração da obrigação cambiária poderia ser considerada apenas um reflexo da circulação e encontrar uma conveniente explicação no instituto da delegação. O devedor que aceitou a delegação, diz o art. 1278, não pode opor ao credor delegatário as exceções que poderia opor ao credor delegante. Em matéria cambiária, poderia dizer-se, a obrigação é assumida relativamente ao delegatário (assim a aceitação relativamente ao portador do título, delegatário do sacador) ou feita valer, antes que pelo credor originário, por um terceiro delegatário do primeiro (através de endossos, nos quais consubstanciaríamos sucessivas delegações). A respeito deste o devedor não poderia, portanto, invocar as exceções, porque pelo mesmo fato de assinar um título de crédito, teria concordado e aceito a sucessiva delegação através da série de endossos.

Essa teoria, embora hoje descuidada na Itália, é inegavelmente sugestiva e muito difundida na França <sup>(194)</sup>.

Cai, no entanto, diante de uma dupla consideração, que teremos oportunidade de desenvolver, tratando, mais adiante, da constituição e da titularidade do direito cardar: 1º) a declaração cartular, como veremos, é dirigida a pessoa indeterminada <sup>(195)</sup>, (isto é, a qualquer pessoa que for o legítimo portador do título), o que exclui a possibilidade de recorrer-se a uma delegação (porque esta pressuporia, ao contrário, dirigir-se a declaração a uma pessoa determinada, pressuposto da sucessiva delegação); 2º) o titular do direito cartular é tal, embora não o seja o seu antecessor. O art. 20 da lei cambiária específica, de fato, que é titular do direito cambiário o portador que tenha adquirido o título sem má-fé ou culpa grave. Isso também contraria a doutrina da delegação, que não pode explicar porque o direito do pretensão delegatário existe independentemente do direito do pretensão delegante <sup>(196)</sup>.

<sup>(194)</sup> Cf. especialmente THALLER in *Annales de droit commerciale*, 1906.

<sup>(195)</sup> É justamente BÉLAÏV, *Revista di diritto commerciale*, 1937, I, pág. 113 quem insiste nesses pontos, embora erradamente (cf. LA LUMA, *ob. l. cit.*), entendendo que esse princípio somente tenha sido introduzido com a nova lei cambiária, em contraste com o código de comércio.

<sup>(196)</sup> Esta norma é própria também do sistema cambiário brasileiro (arts. 36 e 39 do Dec. 2044, e 31 de dezembro de 1908), embora este não tenha, em geral, acolhido quanto às coisas móveis o princípio “possession de bonne foi vaut titre”. Esta norma todavia, como veremos não em peculiar ao sistema francês tradicional o que explica o apego daquela doutrina à teoria da delegação. Quanto aos títulos ao portador, v. adiante, pág. 259.

5. Na realidade <sup>(197)</sup>, como frequentemente se observa, a teoria da delegação cai num erro de perspectiva, porque considera a circulação do título somente como um acidente de que decorrem certas consequências, esquecendo, porém, que o título é, hoje, tipicamente destinado a circulação, em que encontra a sua justificação econômica, de forma que a natureza da declaração cartular deve ser tal qual se revela aos terceiros.

Na verdade, essa teoria representa a reação natural da consciência jurídica, diante da posição do sacador de uma cambial e do instituto do endosso. Dai a tendência a conceber o regime das exceções, em função, por assim dizer, do endosso. Ao passo que a posição do devedor cambiário, perante o contraente imediato, é encarada como a posição normal, a do devedor perante o terceiro é encarada como acidental <sup>(198)</sup>.

É, por isso, natural, por um lado, o fascínio dessa teoria em matéria cambiária e, por outro lado, a particular resistência que encontra nos títulos ao portador, nos quais são mais evidentes a característica destinadação do título a circulação e o princípio da autonomia da posição de cada titular

<sup>(197)</sup> A teoria da delegação foi adotada por THALLER com referência aos títulos cambiários e principalmente para a cambial saque; os seus próprios partidários, como pode verificar-se facilmente na doutrina francesa sobre o assunto, a ela não recorrem relativamente aos títulos ao portador. Isso só por si consiste elemento de crítica, dado que, como tem sido observado, não é possível recorrer-se a uma natureza diferente da declaração cartular pelo simples fato da diferente lei de circulação do título.

A teoria da delegação parece mesmo dificilmente conceível quanto aos títulos de participação (ações de sociedades comerciais), nem, fornece uma explicação do diferente regime passivo dos títulos abstratos e dos causais.

Além do mais imprópria numa identidade de regime para todas as exceções (quer as causais, quer as que, como o dolo ou o erro, se alicem à manifestações de vontade do subscritor), o que é praticamente incongruente. Acrescente-se que se é exata a explicação dada acerca da literalidade e do fundamento da inoponibilidade das exceções extra-cartulares, parece mais lógico continuá-se na mesma ordem de ideias também para as exceções causais encontrando, portanto, a explicação de sua inoponibilidade na natureza da declaração cartular e não nos reflexos da circulação.

<sup>(198)</sup> Essa posição psicológica é, por exemplo, típica no citado estado de PERLHARIN, pág. 512-513. Isso confirma que, reconhecido ser a cambial tipicamente destinada à circulação, são exatas as críticas a teoria da delegação feitas no texto.

Na evolução histórica da cambial, foi, com efeito progressivamente desaparecendo a necessidade da explicita menção da cláusula à ordem; esta, ao contrário, era, anteriormente, exigida para que a cambial pudesse circular. Cf. LISA ET, vol. 1, pág. 283.

No direito francês a necessidade da inclusão da cláusula à ordem desapareceu em consequência da introdução da Convenção de Genebra.

relativamente a do titular anterior, de forma que o possuidor de boa fé do título é titular do direito, embora não o fosse o seu antecessor <sup>(199)</sup>.

Mas, a despeito de seu valor no terreno histórico, a teoria da delegação encontra hoje a sua condenação diante da sistemática dos títulos de crédito, considerada na sua integridade, e diante da já afirmada consciência de que o título de crédito é tipicamente destinado a circulação <sup>(200)</sup> e baseado, consequentemente, numa declaração dirigida a pessoa indeterminada, de maneira que o direito do portador do título existe até independentemente da existência do direito do portador anterior.

Por isso o título é objeto de “negociação”, é considerado como uma coisa, como um valor, que é vendido, doado, permutado, caucionado e penhorado, consideração que nitidamente supera os pressupostos e os princípios da delegação.

6. Podemos, portanto, reafirmar a abstração cambiária, e entendê-la como abstração da declaração e da obrigação cambiária e não somente como um reflexo dos efeitos da circulação, por força dos princípios da delegação.

A abstração da obrigação cambiária é consagrada, em geral, com uma regra única e constante, seja qual for o portador, e essa abstração assenta num princípio extremamente simples: o caráter pessoal (isto é, extra-cartular) das exceções causais, que, como tais, não podem ser opostas, se não ao portador sujeito da respectiva relação.

A consequência da abstração do título consiste no fato de que também a relação causal se torna uma relação extra-cartular; as exceções respectivas são, por isso, exceções extra-cartulares <sup>(201)</sup>.

Por isso valerão, quanto as exceções causais nos títulos abstratos, as

<sup>(199)</sup> E isso, no sistema italiano, mesmo quando o título se tenha extraviado ou tenha sido furado. O princípio é, como veremos, substancialmente idêntico em todos os títulos de crédito.

A disciplina francesa é bastante diferente, como veremos, daquela do direito italiano, de modo que o princípio da autonomia do título resulta ali menos claro.

<sup>(200)</sup> Este princípio consagrado na ordenança de câmbio germânica de 1848, prevalece nos direitos modernos. Cf. VICENTE Y GUILA, *Derecho mercantil comparado*, Labor, 1934, pág. 224.

Também a mais recente doutrina francesa já abandonou a teoria da delegação. Cf. BERTHIEU, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926; ESMEIN, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1931; LESCOR, *Études de commerce*, cap. I, LACOUR ET BOUTERON, *Précis de droit commercial*, nº 1068, (200) No mesmo sentido, na doutrina brasileira, com acerto, WITTKAMER, pág. 35.

mesmas regras que anteriormente mencionamos quanto a todos os títulos de crédito, com referência as exceções extra-cartulares.

A abstração, em substância, representa como que um passo ulterior no carrinho em que a literalidade constitui já um primeiro passo, isto é, no caminho da sempre maior delimitação e objetivação do direito cartular: da sua sempre maior distinção do conjunto do "negócio" econômico havido entre as partes, e, isso, justamente a vista da sua circulação e da segurança desta.

Por isso devem ser consideradas como extra-cartulares, quer as exceções que decorrem da relação fundamental (falta, nulidade, ilicitude da relação fundamental; *exceptio inadimpleti contractus*; *exceptio non numeratae pecuniae*; *exceptio causa data causa non secuta*, etc.), quer as que decorrem da função particular que o título devia preencher quanto a relação fundamental (novação; reforço; garantia de uma dívida própria,<sup>(202)</sup> ou de um terceiro, com a consequente convenção, então, de não exigir o pagamento, a não ser na hipótese da falta de pagamento da dívida principal, e assim por diante), quer as exceções que decorrem das várias convenções acerca do exercício do direito cartular (por exemplo, *pacium de non petendo*, convenção de renovação) ou das ulteriores relações de débito e crédito intercorrentes entre um devedor cartular e um portador do título (por exemplo, compensação)<sup>(203)</sup>.

Na realidade, tendo-se presente a função prática que a cambial, na sua dupla forma de letra de câmbio e de nota promissória, vem preenchendo no mundo moderno, não custa apreender-se a justificacão econômica e a necessidade lógica da abstração.

<sup>(202)</sup> Neste caso, só imprópriamente, fala-se no entanto, em "garantia". Com efeito esta, afinal, consiste nas vantagens decorrentes da disciplina dos créditos cartulares.

Na prática, esta hipótese se verifica quanto às notas promissoras. Com frequência, na hipótese de garantia, a nota promissória é em branco quanto à soma; quanto ao vencimento ou é em branco (cf. antes, p. 37) ou é a vista. Isso se verifica quando seja inserto o vencimento do crédito imediato ou a sua importância, visando-se, no entanto, dar, ao credor, a possibilidade de agir imediatamente, com o processo cambiário, desde que o devedor não satisfaga o débito garantido. Pense-se, por exemplo, em uma nota promissória entregue a um banco por parte de quem goze de uma abertura de crédito; pode-se ignorar então, qual será a soma da qual o cliente será devedor; pode-se ignorar a data do vencimento, quando o banco tem o direito de encerrar em qualquer momento, mediante prévio aviso, a conta, exigindo o saldo a seu favor.<sup>(203)</sup> No direito brasileiro, cf., entre outros, LACERDA, *ob. cit.*, pág. 409.

Da sua originária função de instrumento para o transporte de dinheiro<sup>(204)</sup>, a cambial, como é sabido, evoluiu para instrumento de crédito<sup>(205)</sup> e especialmente de crédito a curto prazo, o que corresponde as diversas e múltiplas operações da vida comercial. A cambial visa tomar possível a circulação desse crédito. É essa a sua função econômica e é esse o interesse que tipicamente preside a sua criação. Ela, portanto, deve ser disciplinada de modo a poder ligar-se a operações diversas e a poder, preenchendo sempre aquela função, satisfazer os vários fins exigidos pela diversidade das situações concretas; isso equivale justamente a afirmar a sua abstração.

7. São essas as conclusões a que chegou - já no domínio das normas do código de comércio - a doutrina italiana dominante, após ter, paulatinamente, eliminado, mesmo, todas as teorias que queriam distinguir as relações para com terceiros daquela entre os sujeitos imediatos, admitindo, no primeiro caso, a abstração material, negando-a, (ou limitando-a a uma simples abstração processual) no segundo<sup>(206)</sup>.

O ponto de partida dessas doutrinas é constituído pela oponibilidade das exceções causou, ao tomador imediato do título, e da sua inoponibilidade ao terceiro possuidor.

<sup>(204)</sup> A essa função corresponde hoje, no sistema italiano, o cheque circular, modelado no exemplo da nota promissória.

<sup>(205)</sup> A função de instrumento de pagamento corresponde o cheque, modelado no exemplo da cambial-saque.

<sup>(206)</sup> Quanto a resenha dessas teorias consulte-se, por ser a mais completa, a obra de LA LUMIA, *L'Obbligazione cambiaria*, cit., pág. 28 e segs. e relativamente a convenção de Genebra, o citado *Diritto cambiario*, de VALERI, págs. 244, 284 e seg. do vol. I (No direito brasileiro, cf. para a crítica da orientação dualista M. TORRES, pág. 593, e segs.; SARAIVA, no seu notável *Diritto cambiario brasileiro*, pág. 143 e seg. Mais perto da orientação dualista, O. MENDES, cit. págs. II e seg.). Já encontramos essa orientação dualista tratando da literalidade; tornamos a encontra-se tratando da constituição do direito cartular. É representada por juristas de valor excepcional, porque, torna como ponto de partida algumas afirmações de GROSSCHMIDT; encontrou seu autor em VIVANTE de quem, na doutrina italiana mais recente, se aproxima BRACCIO e, no fundo, SALANDA e, na menos recente, SECRETÉ; é representada por CAPRANT, ESMERIN, LESCOT, na França; é ainda acolhida no *Derecho mercantil comparado*, pág. 208 de VICENTE Y GELLA.

Esta orientação dualista constitui, na verdade, o ponto de partida e, por isso, de transição, para afirmações mais rigorosas esse seu valor histórico deve ser explicitamente acentuado. Não é, na verdade, sem razão que, defendendo as teorias tradicionais, PELLEGRINI, *ob. cit.* págs. 494-95 indicou VIVANTE como indicador da orientação que logicamente conduz - acentua PELLEGRINI - as teses sustentadas neste estudo.

Mas é justamente esse ponto de partida que não é, a rigor, exato. O art. 21 não distingue entre tomador imediato e terceiro possuidor, e os mesmos autores que enunciam as teses que combatemos, reconhecem que as exceções causais são oponíveis somente ao sujeito da convenção executiva, em geral, mas não necessariamente, o tomador imediato, não o sendo ao tomador imediato pura e simplesmente.

Não se pode, pois, distinguir a obrigação cambiária, quanto ao tomador imediato e quanto ao terceiro possuidor<sup>(207)</sup>, mas é necessário distinguir o possuidor, que é, ao mesmo tempo, sujeito de determinada relação extra-cambiária, e o possuidor, que não é contemporaneamente sujeito de tal relação. Isso demonstra que a diversidade dos efeitos não depende de uma dupla natureza da obrigação cambiária, mas da concorrência eventual de ações extra-cambiárias e de ações cambiárias.

As doutrinas aqui combatidas, mesmo prescindindo da estranheza da concepção de dupla natureza para uma única obrigação, incidem, na verdade, todas numa ilusão exegética e dogmática, quanto ao ponto de partida, na construção da obrigação cambiária.

Para aprendermos, na verdade, a natureza da obrigação cambiária, não podemos recorrer aos sem efeitos quanto a quem é simultaneamente sujeito de outras relações, pois, então, concorrem, com os efeitos cambiários, também os derivados da relação fundamental. Devemos, ao contrário, ter presentes os seus efeitos quanto aos possuidores, que não são contemporaneamente sujeitos de outras relações.

Examinando, na verdade, os efeitos da cambial, relativamente aos possuidores que são, simultaneamente, sujeitos de outras relações, ariscamos-nos a trocar entre eles os efeitos de duas obrigações distintas, como são a cambiária e a derivada da relação fundamental; esquecemo-nos, além disso, da destinação essencial da cambial, título de crédito eminentemente dirigido a circulação, que deve, portanto, ser considerado, essencialmente, em relação aos terceiros.

<sup>207</sup> Ao tratarmos da constituição do direito cambial teremos, aliás, oportunidade de observar que a declaração cartular não tem um destinatário determinado, mas é dirigida a um destinatário indeterminado. É evidente que se a declaração de vontade cartular é pessoalmente dirigida ao futuro portador do título (e não ao tomador), não se pode entretanto a constituição jurídica numa pretensa influência fundamental da diferente posição cambiária do tomador e dos terceiros portadores.

8. Nem seria exato explicar o regime das exceções cambiárias, invocando-se simplesmente a proteção da boa fé do possuidor. Esta, na verdade, constitui a exigência dominante da disciplina dos títulos de crédito, mas o papel do jurista consiste justamente em averiguar quais são os conceitos técnicos por meio dos quais esta exigência foi juridicamente realizada.

Convém não esquecer, a esse propósito, que o art. 21, única base exegética para a disciplina das exceções cambiárias, não distingue entre possuidor de boa e de má fé, mas simplesmente entre exceções pessoais e não pessoais.

Entendendo-se a norma do art. 21 como equivalente apenas a proteção do possuidor de boa fé, contraria-se esse mesmo dispositivo, que constitui a única base exegética da investigação. A boa e a má fé do possuidor podem assumir relevância somente quando tomem "pessoais" relações e exceções que de outra forma não o seriam.

Se referindo-nos a proteção do possuidor de boa fé, quisermos aludir a orientação geral da disciplina dos títulos de crédito, faremos uma afirmação exatíssima, mas ainda insuficiente, porquanto se toma, depois, necessário analisar (e é esta a tarefa específica do jurista) como esta proteção foi tecnicamente realizada.

Essa análise é evidentemente necessária, quer para nos darmos conta de toda a complexa disciplina dos títulos de crédito, quer para construirmos lentos jurídicos precisos para a solução das várias e continuamente novas questões da prática<sup>(208)</sup>.

Geralmente, no entanto, a referência a proteção da boa fé não é feita no sentido acima indicado.

Os que se referem a proteção da boa fé, querem, com frequência,

<sup>(208)</sup> A invocação das exigências de boa fé e do comércio é hoje frequente na doutrina francesa para explicar a inoponibilidade das exceções decorrentes de fatos contemporâneos ou anteriores a emissão do título.

Com efeito, as teorias cambiárias tradicionais chegam a explicar a inoponibilidade das exceções fundadas em fatos posteriores à emissão do título (p. ex. falta de entrega da mercadoria), bem mais difícil é porém a explicação da inoponibilidade das exceções decorrentes de fatos contemporâneos ou anteriores à emissão (p. ex. vícios de relação fundamental; vícios na criação ou emissão do título, etc.). É a respeito destes últimos que a doutrina francesa recorre às exigências do comércio e da boa fé, reconhecendo não ter a possibilidade de apresentar uma precisa construção jurídica. (Cf. LESCOT, vol. I, p. 480).

afirmar que a disciplina das exceções cambárias relativamente ao terceiro possuidor constitui a consequência das modificações que a proteção da boa fé acarreta as que, “de outra forma”, seriam as consequências dos princípios jurídicos; que, portanto, se deve constituir a natureza jurídica dos títulos de crédito “prescindindo-se” da disciplina das exceções relativamente ao terceiro possuidor. Essa disciplina seria somente a consequência da “derrogação” trazida pela proteção da boa fé ao rigor dos princípios.

Essa ordem de ideias, embora nem sempre claramente manifestada, é, no entanto, difundida, mas, a meu ver, não é exata.

Os títulos de crédito, em geral, e a cambial, em particular, devem, de fato, o seu desenvolvimento as exigências da circulação; devem, por isso, ser juridicamente construídos em relação a disciplina que lhes é peculiar na circulação, não se podendo considerar essa disciplina somente como uma “imitação” das consequências que, de outro modo, decorreriam da natureza jurídica do título.

Construir a natureza jurídica dos títulos de crédito prescindindo da sua circulação, para depois explicar como um remédio equitativo o regimen das exceções relativamente a terceiros, significa negar a realidade econômica hodierna<sup>(209)</sup>, e esquecer a razão a que os títulos de crédito devem a sua função econômica e a sua disciplina jurídica.

Poder-se-á, querendo, considerar “toda” a disciplina dos títulos de crédito como uma derrogação (se se quiser, devida as exigências da boa fé)<sup>(210)</sup> dos princípios jurídicos gerais; ao construir o sistema dos títulos de crédito, será, porém, necessário partir da sua função e da disciplina relativa ao terceiro possuidor.

Ao efetuar-se essa reconstrução, como acentuávamos, não é suficiente invocar-se simplesmente o princípio geral e básico da disciplina<sup>(211)</sup>, mas é preciso determinar os conceitos técnicos através dos quais as várias exigências

<sup>(209)</sup> Diversa podia e devia ser, naturalmente, a posição do intérprete no início da evolução histórica dos títulos de crédito.

<sup>(210)</sup> A meu ver, deve, mais precisamente, falar-se de exigências da circulação.

<sup>(211)</sup> Isto é, as exigências da boa fé, ou, ainda mais genericamente, as exigências ou necessidades do comércio. Como observei, também a esse respeito, é, a meu ver, mais exato falar-se de exigências da circulação do que de exigências da proteção da boa fé ou genericamente de necessidades de comércio.

Na primeira parte destes estudos e depois, para passar, no seu desenvolvimento, esforcei-me por demonstrar que a exigência econômica a que correspondem os títulos de crédito é a da circulação. Nem se trata de uma afirmação que tenha o mérito da originalidade.

próprias do instituto foram realizadas e harmonizadas<sup>(212)</sup>.

É isso para oferecer ao juiz instrumentos precisos para a solução das várias questões que a prática vem suscitando. Em nenhum instituto de direito privado, como no dos títulos de crédito, são realmente acentuadas - em relação a sua função econômica na circulação da riqueza - as exigências de certeza jurídica. São estas que impõem ao juiz, na solução dos casos práticos não previstos pela legislação, recorrer a conceitos jurídicos precisos<sup>(213)</sup>.

A abstração da obrigação deve, pois, ser mantida distinta, também em

matéria cambária, do princípio geral da proteção do possuidor de boa fé. Consagrada no art. 21, independentemente de qualquer distinção entre os vários possuidores da cambial, a abstração deve ser acolhida como característico da obrigação cambária, salvo o exame da influência que pode ser exercida pela contemporânea existência de outras e diferentes relações intercorrentes entre as mesmas partes.

9. Demonstrada a abstração da obrigação cambária, os autores costumam perguntar qual é, nela, a causa de que é feita abstração. Essa causa é colocada ora na relação fundamental, ora na de transmissão, ora na convenção executiva<sup>(214)</sup>.

Ao que me parece, a discussão somente pode encontrar o seu esclarecimento e solução, levando-se em conta, em geral, a conexão entre, a causa e o negócio jurídico<sup>(215)</sup>.

No negócio jurídico causal a causa faz parte do negócio; é necessariamente querida pelas partes, ao quererem o negócio jurídico<sup>(216)</sup>.

É essa exigência econômica que se traduz, depois, juridicamente, na disciplina dos títulos de crédito.

<sup>(212)</sup> É óbvio, realmente, que também nos títulos de crédito não se pode esquecer a exigência da proteção do devedor; a disciplina dos títulos de crédito visa conciliar essa exigência com a da proteção do terceiro de boa fé.

<sup>(213)</sup> A concepção não é menos genérica quando, para explicar o regime das exceções relativamente ao terceiro, se fala simplesmente de prévia renúncia do devedor. É evidente que, postulando, por comodidade de construção, essa renúncia, introduz-se, na realidade, um *deus ex machina*, decidindo-se de uma efetiva explicação ou construção do instituto, como já observei vigorosamente BONELLI.

<sup>(214)</sup> Cf. para as divergências com MESSINEO, pág. 44.

<sup>(215)</sup> Cf. mesmo antes pág. 91.

<sup>(216)</sup> É implicitamente dessa observação que partem os autores que reduzem a causa ao consentimento.

Nos negócios abstratos essa conexão é cindida: a causa do negócio é, por isso, juridicamente fixada através de um ato de consentimento das partes<sup>(217)</sup>, autônomo e distinto — a convenção executiva na terminologia cambiana —, e somente pode consistir na função do negócio abstrato quanto a relação fundamental.

A convenção executiva constitui, portanto, um elemento constante<sup>(218)</sup>, que serve justamente para a especificação e a determinação da causa, de outra forma incerta, do negócio e somente pode existir em conexão com um negócio abstrato<sup>(219)</sup>.

Assim, no negócio cambiário, a causa do negócio é fixada através da convenção executiva, negócio bilateral, sendo, ao contrário, a criação da obrigação cambiana, como veremos, um negócio jurídico unilateral.

10. A obrigação cambiana encontra, portanto, a sua justificação na causa, fixada na convenção executiva.

<sup>(217)</sup> VON THUR vol. III, pág. 103.

<sup>(218)</sup> Parece-me procedente (e com isso modifico o que escrevi na primeira edição destes estudos) a observação de que a convenção executiva pode decorrer e nominalmente decorre do negócio de entrega ou transmissão da cambial. Cf. BENJUI, n.º 38 e agora Valeri, vol. I, pág. 289 onde também se encontra o exame crítico da doutrina recente sobre o assunto.

Como foi acertadamente observado (VALERI vol. I, pág. 291; FERREIRA JUNIOR, pág. 305) a determinação da causa e a transmissão cambial se verificam em função da outra e, por isso, é natural que elas se, prendam num mesmo negócio.

Isso, no entanto, pressupõe que exista um negócio de transmissão. É por isso que, na hipótese de aceite, aval e aceite por intervenção, não existindo um negócio de transmissão, a convenção executiva não pode naturalmente decorrer daquele, mas é autônomo. É nesse domínio que se revela a distinção conceitual, que é, portanto, mantida, entre convenção executiva e negócio de transmissão (cf. VALERI, vol. I, pág. 292; MOSSA, n.º 190; BONELLI, n.º 24).

Ao lástimos, há pouco, de negócio de entrega ou transmissão, fizemos referência, quer ao negócio em virtude do qual a cambial é posta em circulação pela primeira vez, quer aos que caracterizam a passagem sucessiva do título aos vários portadores (v. também VALERI, pág. 291); a plena demonstração dessa afirmação decorrerá das páginas seguintes sobre a constituição do direito cartular.

<sup>(219)</sup> Por ser o título abstrato é que não se lhe pode indicar a causa típica: a causa será necessariamente diferente nos vários casos, e determinada pela convenção executiva.

Não tendo outra função, além de determinar a causa do negócio abstrato, a convenção executiva não pode ser concebida independentemente de um negócio abstrato. Ela, realmente, não é fonte de nenhum direito.

A cisão entre negócio abstrato e convenção executiva, é obra da lei e constitui o procedimento técnico graças ao qual o direito chega a disciplina de um negócio abstrato.

Psicologicamente, negócio abstrato e convenção executiva do conexos, na vontade das partes, e este o elemento verdadeiro da teoria de Vivante sobre os títulos de crédito, anticonomicamente combinada.

Nesta é que se determina se a cambial, ou melhor, a obrigação cambiana, em cada caso, tem função de garantia, de pagamento, de novação, quanto a relação fundamental.

As exceções *ex causa* serão necessariamente diferentes, de acordo com a função que a cambial venha a preencher nos diferentes casos: é novamente esta função, e esta somente, que permite reconhecer a ilicitude da cambial.

É ela a causa da cambial, causa que, naturalmente, não se identifica com a relação fundamental, mas que consiste na função que a cambial é chamada a preencher, com referência a relação fundamental<sup>(220)</sup>.

11. Afastando-me de um uso largamente seguido, referi-me a convenção executiva e não a relação fundamental, porque esta<sup>(221)</sup> adquire relevância justamente através daquela.

É a convenção executiva, realmente, que determina a função da cambial quanto a relação fundamental e que regula as reciprocas interferências<sup>(222)</sup>. Independentemente da mesma, não se poderia estabelecer uma conexão entre a relação fundamental e o negócio cambiário.

É a convenção executiva<sup>(223)</sup> que determina se a cambial foi data *pro soluto* ou *pro solvendo*, com eficácia novadora ou não<sup>(224)</sup>, como pagamento,

<sup>(220)</sup> BETTI, *Rivista di diritto commerciale*, 1927, I, pág. 596, fala, a propósito da relação fundamental, em causa remota, para indicar a sua distinção da verdadeira e própria causa.

No mesmo sentido MESSINEO, *ob. cit.*, pág. 44.

<sup>(221)</sup> Naturalmente, hápo a distinção entre a relação fundamental e a convenção executiva. Querendo, porém, denominar relação fundamental à convenção executiva, as considerações feitas no texto perdem a sua indo de ser.

<sup>(222)</sup> A distinção entre relação fundamental, convenção executiva e obrigação cambiana encontra-se, em outros termos, também no direito inglês. Cf. SALMOND, *Law of contracts*, ed. de 1927, pág. 15.

<sup>(223)</sup> Isso, naturalmente, pressupõe que o devedor em virtude da relação fundamental (p. ex. comprador da mercadoria), não seja obrigado por lei a assumir a obrigação cambiana (p. ex. a aceitar a letra de câmbio). Com efeito, quando assim fora, a função da cambial quanto a relação fundamental seria, explícita ou implicitamente, a determinada na lei.

Se o dever de assumir a obrigação cambiana encontra a sua fonte em um contrato entre as partes (p. ex. compra e venda de mercadoria com a obrigação do comprador de aceitar o saque do vendedor), decorrem deste contrato a obrigatoriedade do aceite (pode-se lembrar, a respeito, o *pactum de cambiando* da doutrina do direito intermédio) e a determinação da função da obrigação cambiana quanto a relação fundamental.

<sup>(224)</sup> Está hoje explicitamente consagrado o princípio de que a novação, embora admissível, não se presume (art. 66).

como garantia, reforço e assim por diante <sup>(225)</sup>.

No caso de, por exemplo, ter a obrigação cambiária eficácia novadora, o credor. Fuirá somente da ação cambiária. Perdido o direito a esta, por decadência ou prescrição <sup>(226)</sup>, não poderá lançar mão da ação causal, que estará extinta por novação <sup>(227)</sup>.

No caso, ao contrário, de não ter a obrigação cambiária eficácia novadora, a causal subsiste. Portanto, perdido o direito a ação cambiária, o credor pode lançar mão da causal, isso, bem entendido, apenas contra aquele que foi o sujeito da relação fundamental. Este por seu turno, pode agir, casualmente, contra aquele que é o seu devedor em virtude da relação fundamental tida com ele, e assim por diante <sup>(228)</sup>.

Correlatamente, presume-se, sempre, que o título tenha sido dado *pro solvendo* e não *pro soluto*, e que, por isso, a entrega da cambial não extingue a ação derivada da relação fundamental. No mesmo sentido, na França, LESCOT, vol. 1, p. 181.

Uma tendência diferente parece, no entanto, frequente no Brasil especialmente relativamente a cambial-saque; cf. especialmente (com referência também a nota promissória) M. TORGES, *ob. cit.*, pág. 140. V., porém LACERDA, *ob. cit.*, pág. 13 (nota) e pág. 411) e WINKLER, pág. 32, no sentido do texto. Para um exame da jurisprudência brasileira. MEIRA, *Prescrição e locupletamento*, Revista Forense, vol. XCI, p. 543. Cf. mesmo mais adiante pág. 200.

<sup>(225)</sup> A causa mais frequente é a que no texto chamei "reforço" e que geralmente se denomina "garantia". Cf. no mesmo sentido, na doutrina brasileira, WINKLER, pág. 32, na francesa, LESCOT, vol. 1, p. 197. É a hipótese normal regulamentada na lei cambiária italiana pelo art. 66. Isto é, a ação da relação fundamental concorre, com a cambiária, de forma que, por exemplo, prescrite esta última, pode ser novada a primeira, mas "o portador somente pode exercer a ação causal depois de verificada com o protesto a falta de aceite e de pagamento e oferecendo ao devedor a restituição da cambial e depositando-a no cartório do juiz competente, contanto que tenha preenchido as formalidades necessárias para conservar ao próprio devedor as ações de regresso que possam caber-lhe".

Naturalmente, o portador do título somente pode exercer a ação causal de que (independente do direito cartular) é o sujeito ativo. É essa a consequência da distinção do direito cartular do da relação fundamental. É em razão a esse problema que, como vimos, o sistema francês é diferente, pois o crédito da provisão circula conjuntamente com a cambial sendo, portanto, qualquer titular da cambial também titular do crédito de provisão.

A função particular, diversa nas várias casos concretas, que a cambial preenche, com referência a relação fundamental e que preside a disciplina do concurso das duas ações, não deve naturalmente fazer esquecer a que poderia denominar-se função típica da cambial como, em geral, de todos os títulos de crédito, justamente enquanto e porque tais, isto é, a mobilização do crédito. É esse o interesse típico, a que sempre corresponde a criação de um título de crédito.

<sup>(226)</sup> Se porém a obrigação cambiária for inválida é óbvio que a ação causal subsiste, por quanto a invalidade da obrigação cambiária atinge mesmo a sua eficácia novadora ou a eficácia *pro soluto* da sua entrega.

<sup>(227)</sup> É nestas hipóteses que surge o problema da ação de locupletamento. Cf. antes, pág. 67.  
<sup>(228)</sup> Cf. antes, pág. 66.

Tal é o caso normal; esta conclusão se depreende do princípio de que a novação não pode ser presumida e que portanto, normalmente, a cambial é entregue para reforçar a posição do credor e não com eficácia novadora.

Normalmente, o credor cambiário não pode exercer a ação causal a não ser no caso de não ter sido aceita, ou espontaneamente paga, a cambial. Até então a ação causal fica paralisada; depois deste momento, ao contrário, as duas ações concorrem <sup>(229)</sup>.

Não é, porém, impossível que a convenção entre devedor e credor determine não se poder exercer a ação cambiária a não ser depois de verificada a falta de cumprimento da obrigação assumida com a relação fundamental <sup>(230)</sup>.

12. O concurso de ações, portanto, verifica-se entre as ações cambiárias e as derivadas da relação fundamental, mas de acordo com a disciplina fixada pelas partes na convenção executiva.

Para que se possa verificar o concurso das ações cambiárias com as derivadas da relação fundamental, é necessário que a convenção executiva o determine. É este, aliás, o caso normal e daí a afirmação geral de um concurso de ações entre a relação cambiária e a relação fundamental, independentemente da referência a convenção executiva.

Mas, para nos convenceremos da verdade do princípio ora examinado, basta formular a hipótese de que a obrigação cambiária tenha eficácia novadora (isto é, que a convenção executiva determine a sua eficácia novadora) <sup>(231)</sup>.

13. Podem, no entanto, também verificar-se hipóteses diversas.

Enquanto, em geral, o assumir a obrigação cambiária pressupõe entre as partes uma relação obrigacional anterior, cujo objeto não é constituído pelo próprio título de crédito (por exemplo, a venda de mercadorias para cujo

<sup>(229)</sup> Cf. antes, pág. 120.

<sup>(230)</sup> Cf. antes, pág. 110 e LESCOT, vol. 1, p. 194. Mesmo nesta hipótese o credor deve oferecer ao devedor a restituição da cambial em condições que permitam ao devedor o exercício da ação de regresso que lhe possa caber.

<sup>(231)</sup> Accentue-se que essa hipótese constitui nova condenação das teorias que vêm no direito cambiário o próprio direito da relação fundamental. De fato, CARNEIUTI parte justamente dessa hipótese, para insistir na afirmativa de que, segundo a sua tese, a cambial, embora não dando lugar a um direito autónomo, dá lugar a uma ação autónoma.

pagamento é assumida a obrigação), casos há, no entanto, em que a obrigação cambiária não pressupõe tal relação e é assumida apenas tendo em vista a sucessiva entrega do título. A relação (se se quiser, fundamental) intercorrente entre as partes, tem, neste último caso, por objeto a entrega do título.<sup>(232)</sup>

É nessa hipótese que se fala em “venda” do título e pode-se nesse sentido pensar no desconto cambiário, de acordo com a feição que lhe empresta a nossa jurisprudência, e na emissão de obrigações e de títulos da dívida pública, em que essa hipótese é normal (cf. mais adiante p. 214). Nesses casos, a obrigação é assumida para criar (ou transferir) um título de crédito, objeto de negociações.<sup>(233)</sup>

É nessa hipótese que não existe nenhuma ação da relação fundamental que possa concorrer com a cambiária, porque, na realidade, a relação fundamental se atém neste caso, só e diretamente, à entrega do título (p. ex. venda da cambial<sup>(234)</sup> ou da debenture) e não a assunção da obrigação cartular

(232) A distinção é indiscutivelmente sutil e isso explica porque, em matéria de desconto cambiário, são defendidas, com idêntica insistência, teses diversas (venda e muito cambiariamente reforçado), sem que os partidários de cada uma das duas teses mostrem tomar pleno conhecimento do ponto de vista das partidárias da outra.

É evidente que podem, realmente, dar-se ambas as hipóteses cuja situação é indicada no texto:

a) a obrigação cambiária pode ser assumida para garantir ou, melhor, reforçar o direito a restituição de quem desbolsou o dinheiro, e a cambial pode ser transmitida para esse fim;

b) a cambial pode, no entanto, ser vendida por um determinado preço e, a obrigação decorrente da cambial, pode, portanto, ter sido assumida tendo em vista essa operação. No primeiro caso, quem efetuou o desconto, prescria a ação cambiária, pode agir *ex nihilo*; no segundo caso, não.

A jurisprudência, em substância, entende que no desconto cambiário se verifica normalmente, a segunda hipótese; uma parte da doutrina opta pela primeira. Cf. Cass. do Reino, 1 de julho de 1933, *Rivista di diritto commerciale*, 1934, II, pág. 152, com nota contrária de GREGO; 7 de julho de 1934, *Repertorio Foro ii. verbis Effetto cambiario* n° 116 e 167; 2 de março, 1935, *Banca, Boy e titoli di credito*, 1935, II, 157. V. por último ARENA, *Lo sconto della carta commerciale*, Milão, 1937. No direito brasileiro cf. PONTES DE MIRANDA, pág. 226.

Na prática bancária brasileira o nome de “desconto” se aplica somente a hipótese b) ao passo que a operação chamada “caução de títulos de crédito pessoal” aproxima-se a hipótese a).

(233) A mesma hipótese se verifica na aquisição ao banco, por parte do cliente, de um cheque circular ou de um cheque do banco, pagável em outra praça ou de um cheque em moeda estrangeira. Em todas estas hipóteses, o título é considerado exclusivamente sob o aspecto de uma “coisa”, objeto de transações, nem há nenhuma ação causal concorrente com a cambiária.

(234) Ao contrário pode haver uma relação fundamental entre partes *dijerentes* das que participam da transmissão do título.

(como p. ex. na hipótese de uma venda de mercadoria, para cujo pagamento se tenha assumido uma obrigação cambiária).

Quem se detenha a meditar sobre essa hipótese não deixará de observar que ela não encontra paralelo nos direitos causais e na mesma verã, portanto, uma nova demonstração da abstração cambiária, porque é substancialmente essa abstração que torna possível a relação fundamental ater-se só a entrega do título e confirma a distinção entre direitos abstratos e causais nos títulos de crédito.<sup>(235)</sup>

14. Nas páginas anteriores falei genericamente em obrigações cambiárias, sem distinção alguma. Não me parece, no entanto, necessário lembrar a eventual pluralidade das obrigações cambiárias no mesmo título<sup>(236)</sup> e não tenho, pois necessidade de lembrar a pluralidade das convenções executivas, das relações fundamentais e das respectivas ações causais.

Assim, no desconto de uma cambial pode faltar, no sentido acima especificado, a permanência de uma relação fundamental entre descontador e descontatário, mas subsiste a relação fundamental entre sacador (descontador) e sacado.

É este o fundamento do caráter financeiro do desconto em sentido próprio, que pressupõe um saque (e, geralmente, um saque acerto), sacado com relação a um crédito do sacador para com o sacado. O crédito, neste caso, é concedido ao comerciante em relação a uma determinada operação comercial efetiva e o desconto, em substância, serve para permitir ao comerciante a mobilização dos créditos que ele possui contra os próprios clientes. É por isso que - com uma função econômica análoga, embora obedecendo a uma regulamentação jurídica diversa - a prática foi desenvolvendo, ao lado do desconto do saque, o das faturas comerciais (cf. mais adiante, pág. 200 os institutos especiais do direito brasileiro e português que se prendem à transformação da latura em título de crédito) e até o os créditos decorrentes das faturas comerciais.

É por isso que - para de lado a regulamentação jurídica da hipótese - a consciência social reagiu vivamente contra o desconto de saques que não representam uma operação comercial real. E por isso que a lei interveio, às vezes, tornando obrigatório o acerto do saque ou admitindo, no caso de saque não passível de acerto, a cessão da provisão, até em países que repelem esse instituto em caráter geral, como vemos no capítulo final deste volume.

Por sua vez no “redesconto” um banco maior desconta a um banco menor o papel comercial por este descontado aos seus clientes; geralmente as instituições de emissão, limitam, em princípio, a sua atividade aquela de ser “as bancas dos bancos”. A prática do redesconto concorre para aumentar a circulação da cambial.

(235) Cf. pág. 209, em relação a possibilidade de direitos abstratos mesmo nos títulos causais.

(236) No exame da disciplina da cambial, cabe o da solidariedade dessas obrigações. Acrescenta-se que através da mesma, a circulação do título se traduz num esforço da posição do credor, que pode contar com a solvência de um número cada vez maior de obrigados. É esta a circunstância que induz os bancos a descontar somente cambiais com duas ou mais firmas.

Cada obrigação cambial é encontrada, de fato, a sua justificação na causa determinada pela própria convenção executiva, causa que, por seu turno, implica na referência a uma relação (fundamental) havida entre as partes.

Essa especificação permite, por conseguinte, acrescentar que, quando o mesmo título comporta uma pluralidade de obrigações cartulares, as exceções causais somente poderão ser opostas *pelo devedor* que participou da respectiva convenção executiva; em outros termos, cada devedor cartular pode opor as exceções causais que se prendem a própria obrigação e não, evidentemente, as que se prendem às obrigações alheias.

Esta afirmação constitui, aliás, a lógica consequência do princípio que nos serviu de ponto de partida, isto é, o do caráter extra-cartular da relação causal, não podendo, por isso, as respectivas exceções ser opostas senão entre os sujeitos dessa relação <sup>(237)</sup> e não entre os que dela não participam.

Por isso, elas somente podem ser opostas *ao credor* <sup>(238)</sup> e *pelo devedor* que tenham participado da relação causal.

Este princípio, repetimos, constitui apenas a confirmação do que anteriormente sustentamos quanto as exceções extra-cartulares, em relação a literalidade do título. Nem poderia ser de outra forma, dado que, a nosso ver, a abstração do título equivale justamente ao caráter extra-cartular, que acaba, então, por ser peculiar da causa.

<sup>(237)</sup> Distinto do acima examinado é o caráter financeiro da operação de crédito bancário, que tem por objeto uma nota promissória, embora também nessa hipótese se fale impropriamente de desconto. Nessa hipótese, o crédito é concedido ao comerciante ou ao industrial, independentemente da sua conexão com uma operação comercial determinada.

No primeiro caso, a operação bancária visa a mobilização de um crédito comercial a curto prazo; no segundo, objetiva, ao contrário, pôr a disposição do cliente disponibilidades financeiras para a gestão ou o desenvolvimento da sua empresa. É por isso que nesse segundo caso é, comparativamente, mais frequente a exigência de ulteriores garantias, a estipulação de um prazo longo, a entrega de notas promissórias com vencimento em branco.

É possível que o cliente, ao invés de entregar uma sua nota promissória, de o seu aceite, assim como é, ao contrário, possível que ele desconte uma nota promissória que lhe tenha sido dada por um seu devedor e é portanto possível o desconto dum aceite com os caracteres financeiros do desconto de uma nota promissória e o desconto de uma nota promissória, ao contrário, com os caracteres do desconto dum aceite. Esta última hipótese é, no entanto, rara porque é raro que o devedor por operações comerciais dê uma nota promissória (e não um aceite), atendendo a que as notas promissórias correspondem predominantemente a operações financeiras. Por seu turno, se uma nota promissória é dada para uma operação financeira, é raro que quem a recebe a desconte num banco.

<sup>(238)</sup> Salvo os limites da *exceptio doli generalis* que examinaremos mais adiante.

<sup>(239)</sup> Excecionados os limites referidas na nota anterior.

15. Por isso, a disciplina que já, por efeito da literalidade, vale, em todos os direitos cartulares <sup>(239)</sup>, quanto as convenções extra-cartulares e as respectivas exceções (por exemplo, *pactum de non petendo*; convenção de prorrogação; convenção de juros nos sistemas e nos títulos em que esta não pode adquirir eficácia cartular, e assim por diante) vale, nos direitos cartulares abstratos, também quanto a convenção causal e as respectivas exceções e, portanto, (a vista do que dissemos anteriormente), quer quanto as execuções decorrentes da relação fundamental, quer quanto as que decorrem da função que a cambial devia preencher no caso concreto.

Podemos afirmar, em geral, que as exceções extra-cartulares (compreendidas, nos títulos abstratos, as causais) somente podem ser opostas *aos* <sup>(240)</sup> que e *pelos* que participaram da respectiva convenção <sup>(241)</sup>.

16. É claro que os sujeitos das várias convenções extra-cartulares, podem ser e de fato são, com frequência, diferentes.

Um dos endossadores pode ter convenionado um pacto de prorrogação; outro, de juros e assim por diante. Cada devedor somente pode opor as exceções decorrentes das convenções extra-cartulares de que tenha participado; cada credor, por seu turno, só é passível das exceções decorrentes das convenções extra-cartulares de que tenha participado. O fato de haver participado de uma convenção não acarreta a participação nas outras; o fato de ficar sujeito a uma exceção não acarreta a sujeição as outras.

Esta consequência deriva justamente do caráter extra-cartular das respectivas exceções e coordena-se com as premissas que estamos desenvolvendo <sup>(242)</sup>.

<sup>(239)</sup> Limitando o conceito de título de crédito somente aos títulos literais. V. antes pág. 27.

<sup>(240)</sup> Salvo os limites da *exceptio doli generalis*.

<sup>(241)</sup> Convenção executiva, no caso das exceções causais; convenção de prorrogação no caso de pacto de prorrogação; convenção extra-cartular de juros, no caso de promessa de juros (quando estes não podem ser convencioneados com eficácia cartular; ao contrário do que é agora permitido, em alguns casos, pela convenção de Genebra); convenção de preenchimento, na emissão de um título em branco, e assim por diante.

<sup>(242)</sup> A autonomia, a abstração e a destinação a um titular indeterminado, próprias da declaração cambial se encontram, naturalmente, mesmo no aval. Este, portanto, não constitui a "forma" de uma "flanga" da obrigação do avalizado. Ele representa, ao contrário, uma obrigação cambial autónoma, que visa garantir objetivamente o pagamento da cambial ao titular desta, assumindo, o avalista, obrigação do mesmo grau (e, portanto, sujeita às mesmas normas) que a do avalizado (cf., no direito brasileiro, Sup. Trib. Fed. rec. ex. nº 5425 Revista Forense, vol.

## Capítulo V

### TÍTULOS ABSTRATOS - AS EXCEÇÕES CAUSAIS

*Sumário:* 1. Concorrência de relações jurídicas diversas. — 2. Exceções extra-cartulares. — 3. Continuação. — 4. Exceções ex causa nos títulos cambiários. — 5. Possuidor de má fé. — 6. Má fé na aquisição do título e conhecimento da existência das exceções. — 7. Conclusão. — 8. art. 324 cod. com. — 9. Exceções alinentes à constituição do direito cartular. — 10. Doutrina. — 11. Convenção de Genebra. — 12. *Exceptio doli generalis*. — 13. Firmas cambiárias de favor. — 14. Conluio fraudulento. — 15. Ainda a *exceptio doli generalis*. — 16. Conclusão. — 17. Relação com a disciplina da compensação e transfe-rências de direito comum. Endosso depois do protesto. — 18. Bilhete de mercadorias. — 19. Cheque. — 20. Cheque circular.

1. A concorrência de relações jurídicas diferentes, entre os mesmos sujeitos, da lugar a opombilidade do crédito oriundo de uma relação ao debito decorrente de outra relação.

E a hipótese por demais conhecida da compensação que, referida por Arcangelii, foi acolhida e desenvolvida por La Lumia, como a explicação mais apropriada da opombilidade das exceções *ex causa* nas obrigações cambiárias<sup>(243)</sup>.

Se, ante os termos da convenção executiva, não se justificar o pagamento da cambial feito pelo devedor cambiário, este terá direito a repetição, contra aquele que foi parte na mesma convenção.

Dada uma cambial em pagamento de mercadoria que não é entregue, é evidente que o devedor cambiário, coagido a pagar a cambial por força da abstração da obrigação cambiária, poderá depois propor contra o tomador uma ação de repetição.

93, p. 74). Com efeito, a validade do aval é independente daquela, intrínseca, da obrigação do avalizado art. 37 lei cambiária).

É portanto natural que, se o aval não tiver valor cambiário (porque viciado ou porque formalmente inválida quer a obrigação do avalizado quer a cambial), o credor não possa agir contra o avalista, salvo se fundado em uma relação fundamental que tenha tido com este (quer fidejurosa, quer de natureza diversa) (Cass. 10 de agosto 1934, *Foro It.*, 1935, I, 271).

Analogamente às outras obrigações cambiárias o aval pode pressupor relações fundamentais diversas nos vários casos concretas. Cf. BONELLI, n.º 182 e 184. O avalista p. ex. pode ter assumido a sua obrigação como garantia, - com ou sem remuneração -; pode havê-la assumido em virtude e compra de mercadoria junto com o avalizado.

A relação fundamental havida entre avalista e avalizado, determina por um lado, as direitos extra-cambiários do primeiro, independentemente da ação cambiária que lhe competir e, por outro lado, as exceções pessoais oponíveis pelo avalizado ao avalista.

O terceiro possuidor da cambial, porém, não pode invocar a relação fundamental entre avalista e avalizado, assim como não é passível das exceções decorrentes daquela relação. (cf., mesmo adiante, p. 220 e 268).

Talvez seja justamente o aval a obrigação cuja natureza cambiária se evidenciou com maior dificuldade. Disso há um indicio mesmo nas discussões acerca da possibilidade de aval por instrumento distinto, admitta em algumas legislações (art. 130 Francês, 130 holandês) e a cujo respeito a convenção de Genebra deixou livre cada Estado de adotar a solução que julgasse melhor.

(243) A tese é hoje dominante na doutrina italiana. Cf. MESSINEO, 1.ª ed., pág. 46; VALERI, *Diritto Cambiario*, vol. I, pág. 197. Um precedente dessa tese pode ver-se em ROCCO, *Rivista di diritto commerciale*, 1904, II, pág. 266.