

TEORIA GERAL DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

TULLIO ASCARELLI

Edição Saraiva

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
NICOLAU NAZO

2.^a Edição

EDIÇÃO SARAIVA
SÃO PAULO
1969

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 distinção 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 intermédio¹.

1. Cf. BÄHR, *Anerkennung*, pág. 41; ENDEMANN, *Beweislehre*, pág. 410 e *Handelsrecht*, pág. 473; MEYNIAL, *Des renonciations au moyen âge*, na *Nouvelle revue historique*, 1900 e 1901; SCHUPFER, *Le Obbligazioni Nell'Età del Risorgimento*, vol. I, págs. 56 e 112; GOLDSCHMIDT, *Storia del diritto commerciale*, pág. 239; LATTES, *Diritto Commerciale*, págs. 285 e 294; FREUDT, *Wechselrecht der Postglossatoren*, 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 à prova da veracidade da causa do seu crédito, declarada

2. No direito moderno ítalo-francês exige-se, embora com maior ou menor rigor², à indicação da causa na petição inicial. A indicação da causa no documento tem uma simples relevância probatória: "o contrato é válido, embora não seja expressa a sua causa (art. 1.120) e esta se presume (e se presume verdadeira) até prova em contrário" (art. 1.121)³.

no documento; passou o devedor a ficar obrigado a provar a eventual falsidade de dita causa. Foi o que se deu mesmo com a *querela non numeratae pecuniae*. (cf. também antes, pág. 34). Nessa praxe tiveram o seu ponto de partida as ordenanças francesas, das quais o princípio da abstração processual, estranho, portanto, aos sistemas de tipo germânico, chegou até nós. Cf. especialmente o citado estudo de MEYNIAL.

2. CHIOVENDA, *Principi*, pág. 639.

3. Em um estudo muito cuidado e penetrante publicado na *Rivista di diritto civile*, 1938, pág. 1, DELANA voltou a examinar esses problemas. Após haver feito novamente o histórico do art. 1.120 e ter ôtimamente refutado a tese autorizadamente sustentada por CAPITANT, *De la Cause des Obligations*, n.º 378, que entende consagrada, no correspondente artigo do Código Francês, a validade das promessas materialmente abstratas, DELANA conclui observando que o princípio do art. 1.120 somente se deve aplicar aos "reconhecimentos". E na verdade, observa o autor, quando nos encontramos diante de uma "promessa", esta ou será uma promessa de venda, doação, etc. ou será um negócio materialmente abstrato e por isso o art. 1.120 será inaplicável (*ob. cit.*, pág. 29). A observação é exata, mas deve ser completada, afirmando-se que é somente em relação ao reconhecimento (isto é, a uma declaração que se refere a uma relação anterior) que se pode justamente encarar o problema da abstração processual, isto é, em substância, o da menção (*cautio discreta*) ou da falta de menção (*cautio indiscreta*) da causa da relação anterior.

Por isso, não me parece inexato continuar a afirmar que, como decorre da letra e do alcance do art. 1.120, o nosso direito acolheu o princípio da abstração processual em caráter geral; acolheu-o em geral, porque o acolheu em todo o âmbito em que esse problema pode ser proposto (e não só, por exemplo, quanto aos reconhecimentos dos comerciantes ou ao de pagamento de somas de dinheiro).

DELANA incide, a meu ver, em êrro quando entende que a norma do art. 1.120 se aplica somente à declaração de ciência (pág. 33), esquecendo a possibilidade de uma declaração de vontade recognitiva, possibilidade que êle mesmo (pág. 26) admite.

A aplicação do art. 1.120 à declaração de vontade não exclui, no entanto (e neste ponto a razão está com DELANA contra CARNELUTTI, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1926, I, pág. 188) a sua aplicação também à declaração de ciência: a história do art. 1.120 do Cód. Civ., traçada por DELANA, demonstra que o princípio se formou em relação aos "reconhecimentos", sem ter em consideração o fato de êstes constituírem declarações de vontade ou de ciência.

Nem do ponto de vista prático seria oportuna uma disciplina diferente, porque o princípio encontra a sua justificação na função recognitiva da declaração, independentemente da sua natureza (de declaração de vontade ou de ciência).

As considerações ora desenvolvidas prendem-se ao art. 1.120 do Cód. Civ. (isto é, à possibilidade de declarações recognitivas que não mencionem a causa); o art. 1.121 acrescenta que a causa se presume verdadeira até prova contrária.

Este segundo princípio tem, evidentemente, um mais vasto círculo de aplicação em todo o âmbito dos negócios jurídicos.

Podemos, pois, afirmar que, ao contrário do direito comum e germânico, o direito italiano acolheu o princípio da abstração processual e o fez com um alcance geral, sendo claramente acentuada a distinção entre a abstração processual e a abstração material e a independência dos dois problemas ⁴.

Embora partindo de uma visão em que os dois problemas da causa, em sentido material e em sentido processual, se confundiam, a doutrina chegou a distingui-los, adotando a seu respeito duas soluções antitéticas: admitiu, em princípio — refiro-me sempre aos sistemas de tipo francês — a abstração processual; negou, em princípio, a abstração material ⁵.

No entanto, essa evolução, como há pouco observamos, verificou-se no âmbito dos direitos de tipo francês e não dos de tipo alemão. Essa diferença impede a utilização das teorias alemãs sobre esse assunto, a não ser em casos especiais.

3. Passando à abstração material, cumpre salientar, preliminarmente a necessidade de tratar, distintamente, da “causa do negócio”, e da “causa da atribuição patrimonial”.

A doutrina e a jurisprudência falam correntemente em causa do contrato ou, de um modo mais geral, em causa do negócio jurídico, encarando, assim, o elemento prático do negócio, a sua função econômico-jurídica específica ⁶.

4. A hostilidade do direito comum ao reconhecimento da validade da *cautio indiscreta* constitui, parece-me, a origem histórica do art. 129, n.º 3 do Cód. Com. Brasileiro, em que o problema da causa em sentido material é conexo com o da causa em sentido processual.

5. Isso explica, de um lado, porque em matéria cambiária a doutrina francesa e a inglesa insistem na abstração processual, mais que na material, ao contrário da doutrina alemã seguida pela italiana; de outro, os esforços da doutrina germânica para alcançar o princípio da abstração processual, esforços que, com frequência, dado o sistema alemão, somente são coroados de êxito através do reconhecimento da abstração material, como acontece na doutrina do negócio declaratório, iniciada por BÄHR.

Esses dois diversos pontos de vista, do direito francês, de um lado, e do direito alemão, de outro, encontram-se constantemente na doutrina cambiária.

O direito italiano, segundo a opinião mais difundida, acolheu em geral, quanto a todas as obrigações, o princípio da abstração processual, com referência à cambial, porém, o da abstração material, sofrendo no direito das obrigações a influência francesa e, no cambiário, a influência alemã.

6. Cf. LA LUMIA, *L'Obbligazione Cambiaria e il suo Rapporto Fondamentale*, pág. 65, onde se pode ver, também, ampla bibliografia.

Históricamente, esse requisito foi desenvolvido no direito comum, principalmente pelos canonistas, em relação ao reconhecimento (em contraste com a tradição do direito clássico) da possibilidade de agir baseada no pacto nu. Cf. KARSTEN, *Die Lehre von obl. Veträgen bei ital. Juristen des Mittelalters*, ROSTOCK, 1888; RICOBONO, nos vols. 35 (pág. 221) e 43 (pág. 362) da *Zeitschrift Savigny-Stiftung, Rom. Abt.*; CAPITANT, na introdução ao seu volume sobre a causa e autores nêles citados.

Para a história desse conceito na doutrina italiana, cf. o citado estudo de DELIANA, págs. 40 e segs.

Os diversos negócios correspondem a uma função econômica típica, e é o desempenho dessa função que constitui a razão do reconhecimento jurídico e da eficácia deles.

É essa função que caracteriza os diversos negócios jurídicos, oferece o critério da sua distinção e está na base de sua regulamentação legislativa.

Do ponto de vista subjetivo das partes, essa função representa a intenção típica e constante daqueles que concluem um negócio: realizar uma troca, efetuar um ato de liberalidade, etc.

No sistema moderno, diversamente do que sucedia no direito antigo, a vontade privada é, no entanto, produtora de conseqüências jurídicas, não só no âmbito dos negócios especificadamente regulados pela lei (negócios nominados), como também tôda a vez que se determina para um fim lícito; tôda a vez, portanto, que o negócio por ela criado preencha uma função que a lei e a consciência social considerem lícita.

É por isso que, fora do âmbito dos negócios nominados, encontramos os negócios mistos e os inominados, cuja função econômico-jurídica, cuja causa, não corresponde à dos negócios especificadamente disciplinados, mas decorre, ao contrário, de uma combinação de várias causas ou de uma causa não prevista pelo legislador ⁷.

A doutrina moderna dedicou a êsses negócios cuidadas investigações, visando, na ausência de normas legislativas específicas, fixar os critérios da disciplina jurídica deles ⁸.

Outras vêzes, o negócio jurídico, embora corresponda à sua função típica, também corresponde, imediatamente, a outras e diversas funções e isso tanto mais freqüentemente quanto mais o sistema jurídico for avêso ao reconhecimento de negócios inominados e quanto mais as partes qui-

7. O objeto das prestações das partes do negócio nominado, no entanto, pode ser legalmente delimitado com maior ou menor rigor.

A sua determinação é, por exemplo, pouco circunstanciada na transação (cf. HOENIGER, *Gemischte Verträge*, pág. 23); pouco circunstanciada na sociedade, onde as entradas dos diversos sócios podem ser de conteúdo profundamente diferente nos vários casos e profundamente diferente entre elas, mesmo num único contrato (GIORGI, nestes casos, fala em contratos comuns); mais circunstanciada, no entanto, na venda. A maior elasticidade na determinação do objeto das prestações das partes num negócio permite que êle seja sempre disciplinado pelas mesmas normas e permaneça sempre o mesmo, embora compreendendo prestações que, tomadas isoladamente, caracterizam negócios de tipo diferente. Nessas hipóteses, não é correto falar-se em contratos mistos, mas pode-se examinar, somente, até que ponto essas prestações, consideradas isoladamente, podem ser disciplinadas pelas normas legalmente estabelecidas na disciplina de um negócio diferente. Assim, relativamente às entradas numa sociedade, deverá examinar-se a aplicabilidade das normas sobre a redibitória, sobre a lesão enorme, sobre a evicção e outras, embora elas sejam, no direito italiano, estabelecidas na disciplina legal do contrato de venda. Assim, no caso de sociedades mútuas de seguro, há a aplicação de muitas normas de contrato de seguro, mas não surge a figura do contrato misto, subsistindo sempre o tipo do contrato de sociedade, ou, melhor, a meu ver, de associação. Esta é a premissa da orientação da jurisprudência em aplicar às ações dos associados numa mútua, a prescrição estabelecida, no código, para as ações sociais.

8. Cf., para ulteriores referências, a minha nota *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mistum cum donatione*, etc., na *Rivista di diritto commerciale*, 1930, II, pág. 462.

serem e puderem aproveitar-se da segurança da disciplina oferecida pelos negócios nominados⁹.

4. Naturalmente, para que, determinado negócio jurídico seja válido, é necessário não só que, quanto ao seu tipo, se enquadre entre os negócios lícitos, mas tenha, no caso concreto, uma causa lícita, pois, de outra forma, cairíamos na hipótese da falsidade da causa aduzida e da eventual ilicitude da verdadeira causa.

A abstração processual, peculiar aos sistemas de tipo francês, exonera o autor de oferecer a prova da veracidade de causa; exonera-o da referência da causa no documento (art. 1.120 e 1.121), mas não veda, por certo, ao réu, a possibilidade quer de impugnar a necessidade de causa aduzida, quer de demonstrar a falta de causa ou a ilicitude desta no caso concreto.

Ademais, para os fins do lícito, o direito leva em conta não somente a causa do negócio, isto é, a função do próprio negócio em abstrato, mas a intenção que animou as partes, a função que o negócio desempenha, na realidade, no caso concreto.

E é dêsse ponto de vista que, de acôrdo com autorizada doutrina, o direito, embora prescindindo dos motivos próprios só de uma das partes, avalia a licitude ou a ilicitude do negócio¹⁰.

5. É sabido que o sistema jurídico pode regulamentar negócios cuja função não é especificada, mas que podem servir para qualquer fim a que os destinem as partes.

9. É esta segunda razão a que milita a favor dêsses negócios no direito moderno.

Cf. ALESSI, *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1935, I, 5; AULETTA, *Il contratto di società commerciali*, Milão, 1937; ASQUINI, *Diritto del Lavoro*, 1930, vol. I, pág. 338; CANDIAN, *Temi Emiliani*, 1931, II, pág. 69; GRECO, *Rivista di diritto commerciale*, 1932, I, pág. 757; RUBINO, *Negoziio indiretto*, Milão, Giuffrè, 1938; FERRI, *Foro Ital.*, 1934, I, págs. 1.113 e 1.936, III, pág. 66; ROMANO SALV, *La Revoca*, Pádua, 1935; VASSALLI, *Sommario delle lezioni sul negozio giuridico*, pág. 05, e, parece-me, CARNELUTTI, *Lezioni, Esecuzione*, vol. III, pág. 318.

A meu ver, êsse conceito é um conceito sociológico e histórico, não dogmático, embora juridicamente relevante em duplo sentido: em sentido negativo, para distinguir essas hipóteses das da simulação com as quais costumam, às vezes, ser confundidas; em sentido positivo, nos limites em que os motivos podem adquirir relevância jurídica e, por isso, para avaliar a fraudulência do negócio.

Na jurisprudência, cf. pela utilização dêsse conceito; Cass. do Reino 7 de março de 1932, n.º 812, *Massinario Foro Ital.*, 1932, pág. 169; Cass. do Reino 3 de novembro de 1931, n.º 3.714, *Foro Ital.*, 1932, pág. 663; Cass. do Reino, 16 de abril de 1931, *Foro Ital.*, 1931, I, pág. 927, 8 de abril de 1936, *Foro Ital.*, 1936, I, 778; 4 de agosto de 1936, *Foro Ital.*, 1936, I, 1.388; Ap. Roma, 5 de julho de 1930, *Foro Ital.*, 1931, I, 129; 31 de julho de 1933, *Foro Ital.*, 1934, I, 184; Ap. Milão, 15 de janeiro de 1935, *Monitore Trib.*, 1935, 420; 13 de janeiro de 1936, *Foro Ital.*, 1936, 233; Ap. Gênova, 22 de julho de 1935, *Foro Ital.*, 1936, I, 233.

O conceito de negócio indireto pode, no fundo, ser ligado à teoria de BONFANTE sôbre a eventual desarmonia entre estrutura e funções de um instituto.

10. Cf., por exemplo, CAPITANT, *Cause*, pág. 24 (3.º ed.).

O elemento distintivo desses negócios não pode ser, então, a causa, mas somente a forma, que é, por isso mesmo, rigorosamente determinada pelo sistema jurídico.

É o que se dá com a *stipulatio* romana, com a cambial moderna, segundo a concepção alemã e italiana, e com o reconhecimento abstrato, do Código Civil Germânico.

Com isso não se afirma — é óbvio — que esses negócios não preencham uma função.

É evidente que a cambial e os títulos de crédito, em geral, têm uma função economicamente bem relevante: a de permitir a mobilização e a circulação da riqueza. E é evidente que as partes, ao recorrerem à criação de um título de crédito, são movidas constantemente pelo interesse de poder, assim, mobilizar seu direito. É justamente porque reconhece a licitude e a utilidade desse interesse que o sistema jurídico põe à disposição das partes o instituto dos títulos de crédito.

Mas esta função, nos títulos cambiários, preenche concretamente as mais diversas finalidades¹¹, de que o negócio abstrato prescinde, apresentando-se, assim como um modelo em que pode ser moldada qualquer substância¹².

Dentro dos limites que derivam dos seus característicos formais¹³, o negócio abstrato pode ser utilizado indiferentemente com qualquer finalidade. É por isso que se apresenta como um negócio de segundo grau¹⁴, que, concretamente, pressupõe um negócio causal anterior entre as mesmas partes.

6. Essa indiferença não é, geralmente, absoluta. Surgem com frequência normas especiais, por exemplo de direito fiscal e penal, que fixam o âmbito dentro do qual pode ser legitimamente utilizado o negócio¹⁵.

Essas normas, no entanto, no âmbito dos negócios abstratos, não importam na nulidade do negócio¹⁶ ou na redução a um negócio de outro tipo, mas acarretam conseqüências e sanções de outra natureza.

11. Por exemplo, pagamento de preço de mercadoria; reembolso de quantia mutuada; promessa de pagamento de quantia por mútuo e assim por diante.

12. Troca de mercadoria por dinheiro; mútuo, etc.

13. Para pagamento de dinheiro ou entrega de mercadoria.

14. Daí a relação desses negócios com os negócios "solutórios" (por exemplo, pagamento e, sob muitos aspectos, delegação), que também podem, talvez, ser, especialmente em alguns sistemas jurídicos, como o alemão, indiferentes à causa da *solutio* e a respeito dos quais, na verdade, surge também o problema da abstração. Mas o negócio abstrato pode ser realizado, não só *solvendi*, como também *credenti* ou *donandi causa*, e assim por diante.

15. É justamente dessas normas que decorre, por exemplo, a distinção entre cheque regular e irregular, consoante preencha ou não uma verdadeira função de pagamento.

As funções do cheque são, assim, mais limitadas que as da cambial, através de normas que visam impedir que o cheque degenerem em instrumento de crédito.

16. Lembre-se a distinção romana entre *leges perfectae*, *minus quam perfectae*, e *imperfectae*. Cf. mais adiante, pág. 114 e pág. 303.

Nos negócios causais, ao contrário, o vício da causa dará lugar, necessariamente, ou à nulidade do negócio ou à sua redução ao negócio diferente que as partes efetivamente quiseram.

7. É evidente que, embora possa preencher em tese um grande número de finalidades, o negócio abstrato no entanto, em cada caso concreto, visa um único fim¹⁷.

Para verificar qual êsse fim, não podemos recorrer ao próprio negócio, justamente porque é abstrato, mas devemos recorrer a um negócio diferente havido entre as partes, juridicamente distinto, embora psicologicamente conexo com o primeiro, e em que aquêle fim é determinado (pagamento, garantia, crédito, declaração etc.).

É êste negócio o que se costuma chamar *convenção executiva*¹⁸.

O fim do negócio abstrato não pode, por seu turno, ser determinado na convenção executiva, senão com referência a uma relação distinta intercorrente entre as partes (*relação fundamental*)¹⁹, pois, independentemente dessa referência, o negócio abstrato não poderia preencher nenhuma função.

Portanto a convenção executiva determina a função a ser preenchida concretamente pelo negócio abstrato, isto é, a sua conexão com a relação fundamental²⁰.

É, em substância, essa a conseqüência da própria abstração do negócio, isto é, da sua separação da causa. Daí, de um lado a sua distinção de uma relação fundamental lógicamente anterior e, de outro, a necessidade de determinar a sua conexão com essa relação fundamental.

Assim, realizo uma compra ou obtenho um empréstimo (negócio fundamental); assino, por isso, uma cambial (negócio abstrato); entregando-a, seja *pro soluto*, seja *pro solvendo* (convenção executiva).

8. O problema da causa do negócio deve, a meu ver, ser mantido distinto daquele da causa das atribuições patrimoniais, apesar da conexão²¹.

17. Pagamento do preço da mercadoria; reembolso de mútuo, etc.

18. A doutrina fala, em geral, em convenção executiva e eu também adoto, pela simplicidade, essa terminologia.

19. Venda de mercadoria; promessa de mútuo; reembolso do dinheiro mutuado; doação e outros.

20. *Pro solvendo; pro soluto*, etc.

21. Acompanho neste assunto o trabalho de VON TUHR, *Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. III, pág. 3, que fala da causa em relação à *Zuwendung* (atribuição patrimonial). Historicamente, êsse conceito remonta à doutrina romana das *condictiones*.

Permito-me a êsse propósito observar, para evitar possíveis confusões, que o equivalente de *Zuwendung* é justamente atribuição patrimonial e o de *Verfügung*, alienação.

A distinção e a orientação do texto encontram-se agora no citado estudo de DEIANA, pág. 132 e segs. sobre o conceito de causa da atribuição patrimonial; pág. 45, sobre a referência à causa da obrigação (e não à causa do negócio), das

O sistema jurídico exige que todo ato de atribuição patrimonial (tanto de natureza real, como obrigacional) seja justificado por uma causa, por uma razão objetiva lícita, *credendi, solvendi, donandi* ²².

A abstração processual dos sistemas de tipo francês, admite a validade da atribuição, independentemente da menção da causa ²³, e a presunção de verdade da causa aduzida, mas é princípio inconcusso o da necessidade da existência de uma causa válida (art. 1.119) para a validade da atribuição patrimonial.

A causa ²⁴ está, nessa hipótese, não na função econômica do negócio ²⁵, mas na razão econômico-jurídica da atribuição patrimonial. Esta razão é distinta para cada uma das atribuições patrimoniais decorrentes de um contrato bilateral e constitui, subjetivamente, não a intenção típica das partes na conclusão do negócio, mas a intenção típica da parte gravada pela atribuição patrimonial.

Esta visa, através da atribuição patrimonial, *donare, credere aut solvere*, segundo a tripartição do direito comum; visa nos contratos a título oneroso, conseguir a contraprestação; nos a título gratuito, fazer um favor e nos de restituição, extinguir o débito anterior.

A efetiva existência e a validade da causa reagem, portanto, sobre a validade da atribuição patrimonial.

Falo em atribuição patrimonial, antes que em obrigação, porque a doutrina da causa não é peculiar exclusivamente às obrigações. Apresenta-se substancialmente idêntica, mesmo fora do terreno das obrigações, como se dá na tradição, pelo menos em todos os sistemas jurídicos que, como o nosso, negam a abstração da tradição.

normas dos códigos italiano e francês em matéria de causa; pág. 110, sobre a definição da causa da obrigação e pág. 132 cit. sobre a correspondência substancial do conceito de causa da obrigação com o de causa da atribuição patrimonial.

22. Sobre a exatidão ou não dessa tripartição, cf. VON TUHR, vol. III, págs. 67 e segs.

23. E, portanto, a eficácia probatória do documento, independentemente da menção da causa, isto é, a eficácia da *cautio indiscreta*.

24. Sigo a doutrina chamada objetiva da causa, predominante na Itália. Para a crítica da tendência subjetiva, dominante, ao contrário, na doutrina francesa, cf. DEIANA, *ob. cit.*, págs. 36 e segs.

25. O problema, anteriormente encarado, da causa do negócio jurídico relaciona-se com o da autonomia do elemento da causa do contrato, que vasta corrente doutrinária, explicitamente acolhida no Código Civil Brasileiro, nega, incluindo o conceito de causa no de consentimento ou no de objeto. O mais recente exame do problema é o de DEIANA, *ob. cit.*, pág. 112 e segs. Esse autor chega à conclusão de que o conceito de causa é um "conceito" autônomo, mas não constitui, na verdade, um "elemento" autônomo de cada negócio; justamente por isso a "causa" se prende ao objeto (nos contratos bilaterais) ou ao consentimento (nos contratos a título gratuito), diferença essa que redundaria justamente na demonstração da autonomia do conceito de causa.

Chega assim DEIANA a uma conclusão que justifica, ao mesmo tempo, as opostas tendências dos causalistas e dos anticausalistas e que merece ser atentamente meditada.

Sobre a relação do conceito de "causas" como o de "consideration" no direito inglês, cf. LORENZEN, 28, *Yale Law Journal*, pág. 621.

O problema da causa apresenta-se, pois, segundo êsse critério, tôda a vez que nos encontramos diante de um ato de atribuição patrimonial, quer êsse ato consista na assunção de um vínculo obrigacional, quer consista na constituição ou na transferência de um direito real.

A doutrina da causa (no sentido aqui examinado) encontra, realmente, o seu fundamento na necessidade de proteger, relativamente à parte contrária, aquêle que é gravado por uma atribuição patrimonial²⁶.

9. A atribuição patrimonial pode ser abstrata e a história jurídica nos oferece numerosos exemplos dessa hipótese, exemplos por demais conhecidos para que mereça a pena lembrá-los.

O sistema jurídico pode reconhecer a validade da atribuição patrimonial, independentemente da sua causa. Esta subsiste psicologicamente, mas, ao apreciar-se a validade da atribuição patrimonial, prescinde-se da sua existência²⁷. Há, nesta hipótese, como acertadamente se ensina²⁸, uma das muitas aplicações de uma lei geral do sistema jurídico: a da simplificação analítica do pressuposto de fato.

Uma aplicação dessa simplificação nos é dada pela abstração das obrigações.

Essa aplicação, aliás, não é única. A limitação do julgado ao dispositivo, independentemente dos motivos da sentença; os limites da relevância dos motivos que ocasionaram a lei, na interpretação desta, são, por exemplo, ulteriores aplicações dêsse princípio geral, segundo o qual, por evidentes exigências de economia jurídica, sòmente se levam em conta alguns dos elementos da espécie jurídica considerada, ao apreciarem-se os seus efeitos.

10. Naturalmente, o sistema jurídico pode alvitrar remédios para reparar as possíveis conseqüências, iníquas, de uma obrigação abstrata, e admitir, assim, que o obrigado, se demonstrar a falta ou a ilicitude da causa, possa repetir o que pagou por força da obrigação, embora abstrata.

26. E, portanto, indiretamente, mesmo os seus credores.

27. Talvez os exemplos mais frequentes desta hipótese se encontrem no âmbito dos atos que transferem direitos reais nos sistemas que (como o direito romano e, atualmente, o germânico, em contraste com o francês e o italiano) distinguem rigorosamente os atos tendentes à constituição dos direitos de obrigação e os tendentes à transferência dos direitos reais, não admitindo, nesta segunda categoria, que seja bastante o simples consentimento. Cf. para uma referência geral VON TUHR, *Partie Générale du code fédéral*, vol. I, págs. 125 e segs. É então frequente que o ato mediante o qual é transferido o direito real seja concebido como um ato abstrato. Cf. relativamente à *mancipatio* (considerada justamente abstrata) e à sua evolução e à *traditio* (cujo caráter abstrato, ao contrário, é vivamente contestado no direito romano) o estudo de RICCOBONO no vol. XXXIV (1913) da *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Rom. Abteilung.

O que se tem, então, em vista não é apenas a proteção do adquirente (contra o qual, até, como veremos, existem medidas de caráter eqüitativo), mas também aquela dos seus credores e do subadquirente.

28. Por LA LUMIA nas pegadas de MESSINA. Cf. também MESSINEO, *ob. cit.*, pág. 37.

É evidente, que, imprimindo-se-lhe êsse abrandamento, a eficácia da obrigação materialmente abstrata se apouca até quase coincidir com a da obrigação abstrata só processualmente²⁹; a aproximação é ainda maior, quase identidade, quando se admite³⁰ que o direito à ação de repetição possa ser oposto como compensação na ação derivada da obrigação abstrata.

A diferença revela-se, no entanto, profunda quando se consideram as relações com terceiros³¹; veremos, justamente no exame da oponibilidade das exceções ao terceiro possuidor nos títulos de crédito, a significação e o valor da abstração material da cambial.

11. Os dois conceitos de causa que viemos examinando — causa do negócio e causa da atribuição patrimonial — não coincidem.

Com efeito, o campo de sua aplicação é diferente, porque pode falar-se em abstração e causalidade até com referência a negócios jurídicos que não importam em atribuição patrimonial e a respeito dos quais não se poderia falar em abstração ou causalidade da atribuição patrimonial.

Na verdade, não é difícil encontrar um conceito correspondente ao da causa do negócio até fora do âmbito dos negócios jurídicos.

A espécie típica dos vários delitos corresponde, talvez, na sua função individualizadora dos diversos crimes³² à causa típica dos diversos negócios jurídicos.

12. Mais interessante para o nosso assunto é chamar a atenção para outro fenômeno, até agora talvez descuidado pela nossa doutrina.

29. É por isso que, às vêzes, se invoca a existência dêsses remédios, para negar por completo a abstração, como se esta não pudesse existir senão na sua forma mais absoluta e mecânica.

É assim que alguns, invocando a oponibilidade das exceções *ex causa* em algumas hipóteses, negam a abstração da obrigação cambiária, sendo então, naturalmente, constrangidos a recorrer ao *deus ex machina* de uma prévia renúncia do devedor ou à genérica invocação das exigências do comércio ou da proteção da boa-fé, para explicar, depois, a inoponibilidade das exceções em geral.

30. Como geralmente se verifica na doutrina cambiária italiana, depois do estudo clássico de AROANGELI, *Rivista di diritto commerciale*, 1910. V. por exemplo, MESSINEO, *ob. cit.*, pág. 46.

31. Com efeito a ação de nulidade de uma atribuição causal, por falta de causa, é, em princípio, *in rem scripta*; os remédios equitativos nas atribuições abstratas, são, ao contrário, em geral, *in personam* e podem, historicamente, ser relacionados com a doutrina romana das *conditiones*. É por isso que as atribuições abstratas são, como observamos, freqüentes na transferência dos direitos reais, ou seja, na circulação das cousas.

32. Sobre êsse ponto, pode-se consultar o estudo de BELING na *Festschrift für Frank*. Cf. agora os conhecidíssimos estudos de CARNELUTTI (*Teoria generale del reato; Danno e reato*), visando construir uma teoria geral do ato jurídico, que compreenda também o ato ilícito e o crime.

Um negócio aparentemente causal pode dar lugar a atribuições patrimoniais abstratas; pode, assim, constituir um negócio substancialmente abstrato, embora pertencendo aparentemente a determinado tipo casual e ficando disciplinado pelas normas que derivam da causa a que êle aparenta prender-se, mas de cuja efetiva existência o sistema jurídico prescinde.

Ao examinar-se a validade da atribuição patrimonial, prescinde-se da existência da sua causa, mas, como tal atribuição aparenta encontrar a sua fonte em um negócio típico, a sua disciplina jurídica será a decorrente da causa dêsse negócio, e não uma disciplina autônoma.

É assim que, ao lado dos negócios abstratos providos de disciplina autônoma, encontramos negócios abstratos que adotam a disciplina própria de um negócio causal, através da referência à causa dêste; ao lado das atribuições patrimoniais abstratas, autônoma e disciplinadas, encontramos atribuições patrimoniais abstratas, isto é, independentes da existência e da validade da causa, mas reguladas de conformidade com a causa aduzida³³.

13. É princípio inconcusso, consagrado no art. 1.119 do Código Civil, o que declara não haver obrigação válida sem causa válida.

É a sanção legislativa do princípio da causalidade de todos os contratos e de tôdas as atribuições patrimoniais, princípio que se desenvolveu no direito comum, *pari passu* com a proteção do pacto nu³⁴.

Tendo-se afirmado na glosa, o princípio acentua-se no direito mercantil, entre os canonistas, entre os ultramontanos, impõe-se no direito comum e passa para o direito moderno.

Mas o princípio geral da causalidade dos negócios jurídicos e das atribuições patrimoniais não exclui a possibilidade de se reconhecerem, na unidade do sistema, negócios abstratos e atribuições patrimoniais

33. O mérito de haver chamado a atenção para esta hipótese cabe a BRÜTT, *Abstrake Forderung*, 1908.

A História do Direito oferece numerosíssimos exemplos dessa possibilidade, que constitui, com freqüência, um dos momentos da transformação de um negócio concreto em abstrato. Cf. especialmente RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte* na revista da *Savigny-Stiftung*, Rom. Abt., vols. 27 e 28; KÜBLER, *ibidem*, vol. 29 e antes JHERING no *Espírito do direito romano*, § 52.

Especialmente o estudo do direito grego-egípcio oferece abundantes exemplos dessa hipótese nos mútuos aparentes, que na verdade constituem promessas abstratas. Cf. ARANGIO-RUIZ, *Il sistema contrattuale dei papiri*, Milão, Universidade Católica.

São evidentes as razões que concorrem para que as partes adotem, para as próprias promessas, o esquema do mútuo. Cf. mesmo antes, pág. 36 e mais adiante, pág. 156.

34. Cf. a obra cit. de KARSTEN; a introdução histórica de CAPITANT ao seu volume sobre a causa; as investigações sobre a resolução dos contratos, de BOYER; os estudos de RICOBONO nos vols. 35 (pág. 221) e 43 (pág. 362) da Rom. Abt. da revista da *Savigny-Stiftung*, e o volume de SEUFFERT, *Zur Lehre der obligatorischen Verträge*, 1881.

Esse princípio consagrado nos arts. 1.119-1.122 exclui, com efeito, sim, poderem as partes, livremente concluir negócios abstratos, independentemente do reconhecimento legislativo do negócio adotado — ao contrário do que se dá nos negócios causais —; não exclui, no entanto, que, em determinados casos, o sistema jurídico possa reconhecer a existência de negócios abstratos e consagrar a validade de uma atribuição patrimonial, até independentemente da sua causa ³⁵.

35. É essa a doutrina dominante. Cf. LA LUMIA, *L'obbligazione cambiaria*, cit. pág. 52, com amplas referências bibliográficas. A categoria dos negócios abstratos compreende, portanto, somente aqueles como tais disciplinados pelo direito. Cf. mais adiante pág. 305.

CAPÍTULO IV

TÍTULOS ABSTRATOS — ALCANCE DA ABSTRAÇÃO

SUMÁRIO: 1. Abstração da obrigação cambiária. — 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 cambiária. — 10. Convenção executiva. — 11. Sua função. — 12. Concurso de ações. — 13. Diversas hipóteses. — 14. Pluralidade das obrigações cambiárias. — 15. Exceções causais e literalidade. — 16. Pluralidade de devedores cambiários.

1. A abstração da obrigação cambiária¹ 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 cambiária.

O rigor formal encontra a sua máxima expressão na necessidade da denominação “cambial”, que o sistema alemão e italiano², bem como o da Convenção de Genebra, incluem entre os requisitos essenciais do título.

1. Ao falar de “cambial” e de “obrigação cambiária” nas páginas seguintes, refiro-me tanto à letra de câmbio como à nota promissória.

2. Esse princípio é estranho ao sistema francês anterior à 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 KARSTEN, *Die Lehre vom obl. Verträge* etc. cit., ROSTOCK, 1888); por outro lado, o princípio da acionabilidade do pacto nu, isto é, a eficácia obrigatória do contrato 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, ao discriminar os pactos produtores de efeitos jurídicos, menciona justamente, como requisito necessário para a eficácia do pacto, quer a forma, quer a causa.

A introdução do endosso, a difusão da cambial como instrumento de crédito independentemente de um contrato de câmbio e a multiplicação das cláusulas que se referiam a um "valor recebido" em mercadorias, conduziram ENECCIUS 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 numerosas³.

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 câmbio 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 cambiária⁴; a recente introdução, no sistema francês, da Convenção de Genebra, pro-

Não é, aliás, infreqüente 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 insita 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 contrato formal (*deed*).

3. Cf. GBÜNHUT, *Wechselrecht*, pág. 243.

O caráter de título de crédito na cambial prendeu-se justamente à sua transformação, de documento do contrato de câmbio, em meio de mobilização do crédito.

Foi reconhecido que a cambial é independente do contrato 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 é 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 n.º 361, de 9 de abril de 1931 ou na cambial com cessão da provisão regulada pela lei de 15 de janeiro de 1934, n.º 48.

A primeira é caracterizada pela existência de uma convenção especial para a constituição da garantia hipotecária, mas esta, podendo ser livremente convencionada pelas partes, pode ser também constituída por um crédito abstrato e não podem, portanto, aduzir-se contra a abstração da cambial hipotecária as considerações expendidas para a cambial agrícola (v. pág. 139).

A segunda é caracterizada pela existência de uma especial declaração para a cessão da provisão, mas também esta, podendo de qualquer forma ser livremente convencionada 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 à cessão da provisão e não se destina a subordinar a obrigação cambiária à existência de uma causa, que seria, quando muito, constituída pela relação de valor recebido.

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

porcionou-lhe novos princípios fundamentais, o que não poderá deixar de influir sôbre a doutrina ⁵.

2. É esta a teoria que julgo mais razoável também em nosso direito ⁶.

Pelos autores que escreviam sob o império do Código de Comércio, essa teoria costumava ser baseada no art. 324 do Código Comercial, pois êste determinava que o devedor sômente podia opor "as exceções relativas à forma do título ou à 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 à cambial, sômente podendo ser opostas, quando pessoais àquele que no caso concreto exercitava a ação ⁷.

O art. 21 (17 da Convenção de Genebra) tem uma redação, na verdade, mais genérica ⁸, 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 ⁹.

A redação do art. 324, enumerando taxativamente as exceções oponíveis (sem mencionar as causais) era, sob êste aspecto, pelo menos aparentemente, mais restritiva que a do art. 21, que, ao contrário, se limita a indicar as exceções inoponíveis.

5. Como lembramos, essa doutrina, nas suas manifestações mais modernas, adotou com CAPITANT, LACOUR, BOUTERON, ESMEIN, LESCOT, 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 sôbre a doutrina francesa 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, e, antes, pág. 63.

6. No direito brasileiro cf. SARAIVA, *ob. cit.*, pág. 102; M. TORRES, pág. 511; WHITAKER, pág. 30.

7. Redação correspondente à do art. 324 Código It. 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.

8. Essa redação encontra um precedente no art. 87 da ordenança de câmbio germânica.

9. 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."

10. Tanto mais que tem a sua fonte no art. 87 da ordenança de câmbio germânica, em que a doutrina via consagrada a abstração cambiária.

É, todavia, fácil supor que a Convenção de Genebra¹⁰ 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 praticamente¹¹.

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 cambial ser mais pressuposta que demonstrada¹².

11. A Convenção de Genebra consagrou, de fato, o caráter essencial da denominação de cambial 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-saxônio chega a resultados similares aos da Convenção de Genebra. Reconhece-se ali na cambial 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 teremos oportunidade de voltar a lembrar, é o que tenha adquirido a cambial de boa-fé, antes do vencimento e baseado numa *valuable consideration*. Cf. sec. 24, 25, 26, 52 e 59 N. I. 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 ao Código Argentino (art. 589 e segs.). Nêle a disciplina da cambial é conexas com a do contrato de câmbio; a denominação de cambial não é mencionada entre os requisitos do título (art. 589); a circulação do título com as normas cambiárias depende da presença da cláusula à ordem (art. 600); o endosso exige a menção do valor recebido ou convenção em conta (art. 626). No entanto, no seu alcance prático, a disciplina cambiária argentina não é substancialmente diversa daquela da convenção de Genebra. Cf. MAURICIO L. YORDABOLA, OSCAR ZOEFFERE SILVA y PEDRO E. TORRES, *El derecho cambiario argentino e la legislación uniforme*, Instituto Argentino de Estudos Legislativos, Buenos Aires, 1940.

12. É o que se dá nos tratados de VALERI, MOSSA, ANGELONI, BRACCO e outros.

No sistema italiano a cambial é título executório 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 cambial constitui uma peculiaridade do direito italiano; cf. pág. 294.

Com efeito, na Itália, a cambial permite o arremate 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, Código de Processo Civil Brasileiro, o direito brasileiro

A observação anterior, acêrca 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 francesa¹³.

3. Na verdade, mesmo prescindindo-se dos indícios acima indicados e de outros que poderão encontrar-se na Lei Cambiária¹⁴, 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 anteriores¹⁵ àquele 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, mas mesmo às relações que, constante e tipicamente, intercorrem entre êles.

Essas relações são precisamente, de um lado (isto é, se devedor é o aceitante), a relação de provisão¹⁶; 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 recebido¹⁷. São as exceções

admite a penhora imediata (diversamente do que acontece quando não exista título executivo), mas essa tem uma função cautelar e o arremate completo da execução é subordinado à 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 LIEBMAN em CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, 1942, vol. I, págs. 345 e 426.

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

13. A fórmula do art. 21 se aproxima, aliás, mais que a do anterior art. 324, à do art. 1.278 em matéria de delegação (e voltaremos mais adiante sôbre êste 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 cambial.

14. Por exemplo, os arts. 66 e 67 (estranhos à Convenção de Genebra), nos quais, em oposição à ação cambiária, se fala em uma ação "causal".

15. 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 tôda a teoria dos títulos de crédito e encontra correspondência em análoga terminologia em matéria de delegação; cf. mesmo antes pág. 46.

16. É a intercorrente entre sacado e sacador e em virtude da qual o sacado chega à aceitação da cambial.

17. É a relação por força da qual o sacador entregou a cambial; o emissor emitiu a nota promissória; o endossador endossou a cambial.

CAPÍTULO I

LEGITIMAÇÃO E TÍTULOS IMPRÓPRIOS

SUMÁRIO: 1. A identificação de quem exerce um direito. — 2. A legitimação. — 3. Documentos no portador, à ordem e nominativos. — 4. Função da legitimação. — 5. Sua explicação jurídica. — 6. Continuação. — 7. Proteção da aparência jurídica. — 8. Várias categorias de documentos de legitimação. — 9. Comprovantes de legitimação. — 10. Característicos. — 11. Comprovantes de depósito. — 12. Nominatividade do documento. — 13. Títulos de legitimação. — 14. Continuação. — 15. Necessidade da apresentação do documento. — 16. Continuação. — 17. Processo de anulação. — 18. Continuação. — 19. Sua referência à legitimação. — 20. Títulos de crédito. — 21. Títulos de crédito e títulos impróprios. — 22. Multiplicidade das funções preenchidas pelo documento. — 23. Disciplina dos títulos impróprios. — 24. Critérios para distinguir os títulos de crédito e os títulos impróprios. — 25. Referência a um nome. — 26. Variados critérios de distinção. — 27. Classificação de alguns títulos; se impróprios ou de crédito. — 28. Função econômica dos títulos impróprios e dos títulos de crédito.

1. Um dos problemas mais delicados do sistema jurídico é o da demonstração da identidade do titular de um direito subjetivo ou de um poder jurídico.

Para exercitar um direito, não basta, na verdade, simplesmente demonstrar a sua existência com relação a um titular determinado; necessária se faz, ainda, a demonstração de que, quem pretende exercitar o direito, no caso concreto, é esse mesmo titular.

Em substância, o problema é o da demonstração da identidade entre aquêle que concretamente exerce o direito e aquêle que é o seu titular.

Esse problema, aliás, não é mais do que um aspecto de um problema mais vasto, pois, continuamente, cada um de nós precisa demonstrar a própria identidade.

No direito administrativo moderno, a complexidade das relações sociais vai multiplicando as hipóteses em que é necessário lançar mão da legitimação.

Carteiras de identidade, cartões de reconhecimento, passaportes, servem exclusivamente para, de qualquer forma, facilitar ao possuidor a

demonstração da sua qualidade de cidadão, de autorizado a atravessar a fronteira, de sócio de um grêmio, etc.

2. O direito privado, e, especialmente, o direito comercial, encontra-se constantemente diante desse problema

A legitimação oferece, justamente, ao legitimado a possibilidade de valer como titular do direito, de obter, como se costuma dizer, a investidura¹, isto é, a possibilidade do exercício do direito, incumbindo, então, a quem a negar, a demonstração de que o legitimado não é titular.

Evita-se, com isso, a necessidade de uma prova que seria frequentemente diabólica e, assim, se admite que para o exercício do direito baste uma simples investidura, dependente de condições relativamente simples e cujo preenchimento é de fácil averiguação.

Os meios de legitimação podem ser os mais diversos: a aposição de uma assinatura, como se verifica nos regulamentos para a abertura de cofres de aluguel; a pronúncia de determinada palavra, como no caso de senhas; a prática de determinado ato, e assim por diante.

No direito privado, no entanto, o meio mais freqüente de legitimação, é constituído pela posse de um documento. Vale como legitimado, isto é, como titular do direito, o possuidor de determinado documento.

Nem sempre, porém, basta a simples posse; quanto a certos documentos, por vezes se exige que ela decorra de uma série regular de endossos no documento, que cheguem ininterruptamente até ao possuidor; outras vezes se exige ainda que o possuidor conste, como titular do direito, dos livros do devedor.

A forma diferente de circulação do documento (ao portador, à ordem, nominativo)² determina, assim, uma forma diferente de legitimação: legitima-se, como titular do direito, o simples possuidor do documento, o possuidor que o seja em virtude de uma série regular de

1. VIVANTE fala em propriedade formal. Não é êste o lugar de se examinar o amplo alcance que o conceito de legitimação adquire no pensamento de CARNELUTTI, que dêle fez novas aplicações.

Cf. para a literatura, a minha nota *I titoli di credito impropri e le polizze di pegno al portatore del Monte di Pietà di Reggio Emilia*, em *Temì Emiliana*, 1929, I, págs. 114 e segs. Cf. especialmente FINZI, E., *Possesso dei diritti*, pág. 381; MESSINEO, *Titoli di credito*, pág. 150; ARCANGELI, *Rivista di diritto commerciale*, 1910, I, pág. 346; MOSSA, *Ordinamento cambiario dello chek*, pág. 85; *di credito*, 1935, I, pág. 119; EHRENZWEIG, *System des österreichischen Privatrechts*, vol. II, parte I, pág. 230; HASENHÖRL, *System des österreichischen Obligationsrechts*, vol. II, pág. 30.

No direito brasileiro cf. CARVALHO DE MENDONÇA, *ob. cit.*, págs. 17, 57 e 116; PONTES DE MIRANDA, *Titulos ao portador*, págs. 203 e segs.

2. Falo em circulação do documento, porque as diversas formas de circulação (à ordem, nominativa, ao portador) são peculiares a documentos de mais variada natureza. Cf. p. ex. o art. 42 do Reg. de 4 de agosto de 1913, n.º 1.068, sobre as bôlsas, que fala em endosso no chamado aviso de desconto.

endossos que cheguem até êle ou o possuidor que se ache também inscrito, como titular, nos livros do devedor.

3. É evidente que a legitimação se realiza de maneira diferente nos documentos ao portador, de um lado, e nos à ordem ou nominativos, de outro.

Nos documentos ao portador, o simples possuidor legitima-se como titular do direito, e quem, no caso concreto, possuir o título, será, por isso mesmo, considerado titular.

Nos documentos à ordem e nos nominativos, somente se legitima como titular do direito o possuidor que o seja em virtude de uma série regular de endossos ou que esteja também inscrito nos livros do devedor; para que, por seu turno, quem possui o título, no caso concreto, possa demonstrar a sua identidade com o possuidor legitimado como titular do direito, será necessária uma legitimação ulterior, para a qual não se poderá mais recorrer ao próprio documento³.

E, realmente, quem se apresenta como possuidor de um documento à ordem ou nominativo deve, para poder exigir a prestação, demonstrar a própria identidade, recorrendo, eventualmente, a outros meios de legitimação: passaporte, carteira de identidade, e assim por diante.

4. Como vimos, a legitimação constitui uma função peculiar do documento, completamente independente da função do mesmo na constituição do direito. É independentemente desta função, da sua natureza probatória ou constitutiva, que o documento preenche a função de legitimação; esta se refere ao exercício do direito por uma certa e determinada pessoa no caso concreto; a função probatória ou constitutiva diz respeito à prova ou à constituição do direito exercitado.

A determinação do titular do direito constitui, por seu turno, outro problema distinto⁴.

Embora se legitime como titular, o possuidor pode não ter o direito a exigir a prestação, ou porque êste não existe, ou porque, eventualmente, o titular do direito existente é pessoa diversa daquela pela qual se legitima o possuidor.

Encontramo-nos diante de problemas distintos e que não devem ser confundidos: os atinentes à existência do direito, os que dizem respeito à determinação do seu titular e os que se referem à identidade entre o titular do direito e quem concretamente o exerce.

3. FERRI, ob. l. cit., fala justamente, acompanhando CARNELUTTI, em legitimação nominal (nos documentos nominativos e à ordem), em oposição a uma legitimação real (nos documentos ao portador). Da mesma forma, VALERI, *Rivista di diritto commerciale*, 1935, I, pág. 26.

4. BRUNNER, em *Endermann HB.*, vol. II, pág. 173; CHIOVENDA, *Principi*, pág. 151 da 3.ª ed.; CARNELUTTI, *Studi di diritto civile*, págs. 489 e 490; ARCANGELI, ob. l. cit.

Em matéria de legitimação, o documento tem somente esta última função, o que naturalmente não impede que o mesmo documento possa, além disso, preencher funções ulteriores relativamente à existência do direito e à determinação do seu titular.

É quanto a estas últimas que o documento poderá ser probatório ou constitutivo (cf. antes, parte II), e, também, como nos títulos de crédito, concorrer para determinar a pessoa do titular do direito, porque este se identifica necessariamente com o proprietário do documento (cf. adiante, caps. II e III).

O legitimado encontra-se, em substância, numa posição possessória e daí ter, de fato, a possibilidade de exercer o direito, independentemente da sua titularidade do mesmo; essa possibilidade subsiste justamente até o momento em que se demonstrar concretamente que ele não seja o titular ⁵.

5. A explicação do fenômeno da legitimação tem sido dada só esporadicamente, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Muitos recorrem a uma explicação de natureza processual, vendo a substância da legitimação numa inversão do *onus probandi* ⁶.

Esse conceito apreende, por certo, o resultado prático do fenômeno, mas deixa sem explicar o porquê dessa inversão do *onus probandi*.

Não creio que se possa fazê-la decorrer da vontade das partes. A doutrina processualista moderna, de há muito firmou o princípio da irrelevância da vontade das partes na distribuição do ônus da prova e, portanto, da inadmissibilidade jurídica das convenções que visem essa distribuição.

Parece-me que a explicação do instituto da legitimação se encontra em outro conceito jurídico.

Existindo as condições da legitimação, qualquer pessoa pode considerar o legitimado verdadeiro titular do direito, sem perigo de incorrer em qualquer responsabilidade. O devedor, em particular, libera-se validamente, fazendo a prestação ao legitimado.

Essa irresponsabilidade pode ser estabelecida por lei, ou pela vontade das partes que, assim se manifestando, agem nos limites da própria autonomia. É, pois, possível à vontade das partes fazer de um documento, documento de legitimação, título impróprio.

5. Cf. FINZI, *Possesso dei diritti*, págs. 305 e segs. Na terminologia de CARNELUTTI, (*Teoria cambiária*, Pádua, 1936), o sistema jurídico recorre assim ao índice e não ao título da aquisição.

6. Cf. sobre as diversas explicações, a minha nota citada e MESSINEO, *ob. cit.*, pág. 153.

6. Esse conceito parece-me decorrer das disposições de lei que se referem à legitimação ⁷.

Assim é que o art. 1.242 do Cód. Civil consagra a validade do pagamento feito de boa-fé a quem se achar na posse do crédito ⁸; é nesse mesmo conceito que se inspira o art. 84 do texto único do R.D., de 21 de dezembro de 1924, n.º 321, sobre as cadernetas postais de reconhecimento; é essa ordem de idéias que é peculiar, em matéria de títulos de crédito, ao art. 287 do Cód. Com. e agora ao art. 46 da lei cambiária e assim por diante.

Essa explicação permite-nos também fixar os limites da legitimação. A exoneração da responsabilidade do devedor desaparece, necessariamente, quando êle, pagando, agir com dolo ou culpa grave.

Esse é justamente o princípio consagrado no art. 1.242 do Cód. Civil, e correntemente acolhido pela doutrina em matéria de títulos de crédito, salvo diferenças de formulação que não interessam no momento.

De fato, a doutrina ensina que a irresponsabilidade do devedor deixa de subsistir quando, com dolo ou culpa grave, pague a quem não seja titular ⁹.

O art. 40 da Convenção de Genebra de 1930 (art. 46 da Lei Cambiária) consagra, por seu turno, essa tese, determinando: "Celui qui paie à l'écheance est valablement libéré à moins qu'il y ait de sa part une fraude ou une faute lourde."

Questão distinta, a ser examinada em relação às diversas hipóteses de legitimação, será a de esclarecer em que casos o devedor agirá com fraude e em que casos ocorrerá a sua culpa grave, que, pelo menos em matéria de títulos cambiários, costuma ser tida como equivalente à fraude.

Então será o caso de examinar o valor de eventuais notificações, judiciais e extrajudiciais, feitas ao devedor, e será, também, ocasião de examinar qual deva ser a sua diligência ao fazer o pagamento.

Em matéria de títulos cambiários, a jurisprudência italiana costuma responder ao primeiro problema negando um valor específico às notificações ¹⁰; quanto ao segundo, o art. 287 do Código de Comércio, bem como o art. 40 da Convenção de Genebra, consagram a obrigação do devedor de verificar a regularidade, mas não a autenticidade dos endossos.

7. Não me parece agora diferente o conceito de VALERI, *Diritto cambiario*, vol. I, pág. 213, *in fine*.

Acolhida a explicação do texto, fica, naturalmente, excluída a tese que vê na legitimação uma inversão do *onus probandi*, apesar da analogia das conseqüências práticas. Cf. no mesmo sentido FERRI, *ob. cit.*

8. Cf. no direito brasileiro, arts. 935 e 1.505 do Cód. Civ.

9. Cf. amplamente com referência à doutrina anterior MESSINEO, 1.ª ed., págs. 159 e 170, que, melhor que qualquer outro, desenvolveu êste conceito.

10. MESSINEO, vol. I, pág. 167.

7. Os autores que tratam da legitimação costumam ligar êsse fenómeno aos da publicidade e da proteção da aparência jurídica ¹¹.

Indiscutivelmente, todos êsses institutos têm um fundamento comum; visam facilitar a circulação da riqueza, e por isso substituem a necessidade de uma rigorosa investigação de tôdas as condições de existência e de exercício de um direito subjetivo, pela possibilidade de averiguar apenas condições mais facilmente verificáveis sem incorrer, por isso, em responsabilidade.

Mas, o fato de reconhecer que êsse fundamento é comum a numerosos institutos, não equivale a lhes emprestar uma unidade de estrutura jurídica: estou entre os que entendem que, pelo menos no direito italiano atual, não se chegou à conceituação jurídica de um princípio geral da tutela da aparência do direito, bastante preciso, tècnicamente, para ser de utilidade prática no domínio da interpretação e aplicação da lei ¹².

8. Passando ao exame dos diversos documentos que preenchem, no direito privado, funções de legitimação, podemos distingui-los em várias categorias. Subindo do caso mais simples para o mais complexo, encontramos em primeiro lugar, os *comproverantes de legitimação*, depois os *títulos de legitimação*, podendo essas duas primeiras categorias ser classificadas de *títulos impróprios* e, finalmente, os *títulos de crédito* ¹³.

9. A primeira série de documentos é caracterizada pelo fato de poder o devedor efetuar com eficácia liberatória, a prestação ao apresentante do documento, que se legitime como titular originário do direito ou como *adiectus solutionis causa*. O direito do titular não deriva do documento, mas encontra a própria fonte em um contrato, um *receptum* até, ou, um simples fato ¹⁴, a cujo respeito o documento tem uma função probatória.

11. Nesse sentido, MESSINEO, vol. I, pág. 29. Sôbre o problema geral da proteção da aparência jurídica cf. a bibliografia em D'AMELIO, verbete *Apparenza giuridica*, no *Nuovo Digesto Italiano*.

12. Aliás, se baseada no princípio da tutela da aparência jurídica, a função de legitimação seria peculiar sômente aos documentos em que fôsse, direta ou indiretamente, reconhecida por uma norma legal. Nesse sentido, de fato, MESSINEO, vol. I, pág. 33.

A conclusão, porém, não se coadunaria com o pacífico reconhecimento da função de legitimação em muitos documentos (p. ex. *fichas de vestiário, de teatro*, etc.) ignorados de qualquer disposição legal.

13. Parece-me desnecessário acrescentar que pode, naturalmente, ser adotado, para distinguir *comproverantes e títulos de legitimação*, um critério diverso do que *fôz adotado no texto*. Assim, *FRANZI, ob. l. cit.*, denomina *comproverantes* (ou *documentos*) os *títulos de legitimação* aqueles em que a legitimação age sômente a favor do devedor, e, *títulos de legitimação* os que produzem efeito tanto a favor do credor como do devedor. É evidente que os diversos documentos são depois classificados ou entre os *títulos de legitimação* ou entre os *documentos (comproverantes)* de legitimação, de acôrdo com o critério que se siga para distinguir essas duas categorias. Muitas das discussões surgem exclusivamente devido à diversidade das classificações, que não deixam tôdas de ser legítimas, pois falta um critério legislativo a êsse respeito.

14. Por exemplo, o lugar *numa fila*.

Pense-se nos passes de bonde, nas passagens ferroviárias, nos recibos de depósitos, na duplicata do conhecimento de transporte (conforme a disciplina das convenções internas ferroviárias italianas), nas cadernetas nominativas das caixas econômicas, nos conhecimentos de despachos de bagagens, nos “vales”, entregues nos bares e casas de negócio, para comprovar o pagamento da mercadoria à consumir ou levar, etc.

Em tôdas essas hipóteses encontramos-nos diante de simples documentos probatórios, que comprovam a causa da obrigação (o depósito, a entrega às estradas de ferro, etc.) e que, além disso, legitimam o seu possuidor como titular do respectivo direito.

Na ampla categoria dêsses documentos encontram-se tanto documentos nominativos, quanto documentos ao portador e à ordem. O efeito da legitimação é o que examinamos nos parágrafos anteriores: o devedor pode, válidamente, considerar o legitimado como titular do direito e pode, portanto, válidamente executar a prestação a favor dêle, contanto que não esteja de má-fé ou em culpa grave quanto à falta de titularidade do mesmo¹⁵.

10. O característico dêsses comprovantes de legitimação reside, já na sua natureza de documentos meramente probatórios, já no fato de se destinar, a função de legitimação que preenchem, unicamente a qualificar o apresentante como contraente originário ou como *adiectus solutionis causa*.

Eles não servem para legitimar o possuidor como cessionário eventual e por isso, desde que se demonstre não ser, o possuidor, titular originário¹⁶, cessam os efeitos da legitimação.

Muitos dêsses comprovantes se referem, na verdade, mesmo a direitos que, por motivos particulares, nem podem ser objeto de “circulação”, como se dá, em geral, com os de transporte (para evitar a fraude aos princípios que regulam a concessão de serviços de transporte)¹⁷. Embora o direito a que se refere o comprovante seja, em geral, transferível, deve-se excluir que o documento possa servir, só por si, como meio de legiti-

15. É a averiguação concreta desta última circunstância que deu, com mais freqüência, oportunidade a questões jurisprudenciais. Assim, BOLAFFIO, *Commentario*, vol. II, pág. 532, 5.ª ed., lembra o caso da entrega de um casaco depositado num vestiário, e as discussões que surgiram acêrca da boa ou da má-fé do encarregado do guarda-roupa fazendo a entrega ao apresentante da ficha, que não era o titular.

16. É o que se verifica com o número que costuma ser dado, no “guichet” de um banco, a quem se apresenta para o pagamento de um cheque. É evidente que êsse número é destinado a facilitar o reconhecimento do portador, mas não dá nenhum direito a receber o dinheiro, desde que se demonstre que quem apresenta o “número” não é a mesma pessoa que apresenta o cheque. Se quem quiser receber o dinheiro não fôr a mesma pessoa que apresentou o cheque, é necessário que prove o seu direito, independentemente da posse do “número”, e isso devido as considerações feitas no texto.

17. Não é, por isso, possível um “mercado” dos bilhetes de transporte, porque, em substância, quem adquirisse em massa bilhetes para revendê-los, ficaria em condições de dominar o mercado de determinada linha de transporte (poderia proibir o seu acesso ao público ou a determinadas pessoas; revender os bilhetes por um

mação de um cessionário¹⁸, e é nesse sentido especial que tais comprovantes são, às vezes, explicitamente declarados intransferíveis¹⁹.

11. A doutrina dominante (VIVANTE) ensina, com freqüência, que a legitimação opera, nessas hipóteses, somente em favor do devedor, de modo que este pode tomá-la em consideração, não estando, porém, obrigado a fazê-lo, e podendo, por isso, *sempre* pedir ao possuidor do documento a prova da sua titularidade, independentemente da legitimação²⁰.

Na realidade, essa regra constitui apenas generalização de uma regra peculiar a alguns comprovantes relativos ao depósito.

preço maior ou por preços diferentes segundo os diversos adquirentes, etc.), iludindo, assim, os princípios que regulam a concessão. Considerações em parte semelhantes podem, talvez, ser desenvolvidas com referência aos bilhetes para espetáculos públicos.

Em alguns casos o direito mencionado no bilhete deve ser, até, exercido pessoalmente por aquele em cujo nome foi adquirido (é o que se dá com os bilhetes vendidos por tarifa de favor a empregados do Estado, pais de prole numerosa, etc.) ou por quem começou a usá-lo (por exemplo, para as passagens de ida e de volta vendidas por preço inferior ao que custariam duas passagens singelas distintas. É essa a evidente razão do regime especial desses bilhetes que escapou a LEVY, *Inalienabilité des coupons de retour de chemins de fer na Revue trimestrielle de droit civil*, 1926, pág. 365).

18. É esse o ponto discutido por MESSINEO, vol. I, págs. 35 e 47 e vol. II, pág. 205.

19. A intransferibilidade não dá lugar a dificuldades práticas e é, até, com freqüência, praticamente necessária. Trata-se realmente de relações destinadas a extinguir-se em curtíssimo período de tempo (a duração do espetáculo em cujo desenvolvimento os objetos ficam no guarda-roupa; o tempo necessário para a verificação do cheque apresentado no guichê), de modo que uma função do documento relativa à cessão do direito, seria, verdadeiramente, singular.

Ao contrário, os títulos de legitimação, veremos, têm atinência a relações que se desenvolvem durante um mais longo período de tempo, como se dá com as cautelas do monte de socorro.

20. Tendo reconhecido nos títulos causais documentos probatórios, de acôrdo com a tese anteriormente combatida (v. antes, pág. 51), MESSINEO é induzido a concentrar a distinção entre títulos de crédito e títulos impróprios essencialmente na diferente eficácia da legitimação e a afirmar que nos títulos impróprios (quer nos comprovantes, quer nos títulos de legitimação), a legitimação opera *sempre* só em favor do devedor, de forma que para este é facultativo, e não obrigatório, executar a prestação ao simples legitimado. O exame dos diversos títulos impróprios, lembrados também por MESSINEO, exclui porém, a exatidão dessa afirmação. Nesse sentido, agora FERRI, *ob. l. cit.*

Na realidade, basta levar em conta o funcionamento desses documentos, na prática, para verificar que, em *alguns casos*, o devedor não só pode, mas deve executar a prestação, desde que não forneça a prova de que o apresentante não é o titular do direito. Isso decorre também das normas legislativas que disciplinam alguns dos que chamaremos títulos de legitimação (por exemplo, o vale postal; cf. R. D. de 1 de março de 1924, n.º 968) e foi mesmo com referência a esses que MESSINEO formulou a sua tese.

É possível, no entanto, classificar os títulos impróprios em comprovantes e títulos de legitimação, conforme a legitimação se realize somente em favor do devedor, ou também em favor do credor. Nesse sentido, FERRI, *ob. l. cit.* Já lembramos que, faltando um critério legislativo, o intérprete pode classificar os títulos impróprios de acôrdo com o critério que lhe pareça mais prático (v. antes,

Estes legitimam o próprio possuidor como *adiectus solutionis causa*, de maneira que êle, como tal, pode, na verdade, receber, mas não pode exigir a prestação²¹.

Diante da recusa do devedor, em pagar à vista do simples comprovante, o portador dêste será obrigado a demonstrar a própria titularidade do direito à prestação, por isso que não é suficiente para exigi-la, a simples qualidade de *adiectus solutionis causa*, resultante da legitimação²².

12. Entendo, no entanto, que a hipótese em que a legitimação opera no interesse exclusivo do devedor, se vai tornando cada vez mais rara.

Não deve ser confundida com a necessidade de o possuidor de um documento nominativo, demonstrar a própria identidade, além da posse do título. Esta, na verdade, é apenas uma consequência da nominatividade do documento, que, como tal, pode legitimar como titular do direito o destinatário, cuja inscrição no título esteja de acôrdo com os registros do devedor, mas não pode legitimar diretamente o apresentante como destinatário.

Já lembrei, com efeito, que, enquanto os documentos ao portador preenchem uma completa função de legitimação, os à ordem e os nominativos legitimam, na verdade, o último endossatário ou o destinatário, como titular, mas não podem, naturalmente, identificar o seu apresentante como o último endossatário ou o destinatário.

Podemos, pois, admitir que, algumas vêzes, no âmbito dos comprovantes da legitimação (e sempre, como veremos, no âmbito dos títulos de legitimação), a legitimação opera, também, em favor do credor, de modo que o devedor não só pode²³, mas deve executar a prestação a

21. Para a possibilidade de o *adiectus solutionis causa* receber, e, não, exigir, cf. VANGEROW, *Pandekten*, § 582; Dec. 13, § 7.º, § 1.º e 46, 3, 10. O *adiectus* recebe em próprio nome. Sobre as consequências dessa premissa cf. VIVANTE, n.º 1.547, vol. III, pág. 547 da 5.ª ed.

Sobre a distinção, constante do texto, entre comprovantes que legitimam o possuidor como contraente originário e comprovantes que legitimam o possuidor como *adiectus*, veja-se BRUNNER, *ob. cit.*, pág. 173.

22. Cf. no direito o art. 1.510 do Cód. Civ. OTÁVIO MENDES, *Títulos ao portador*, pág. 74, baseia no princípio referido no texto a distinção entre títulos próprios e impróprios. Estabelece-se, até, como uma distinção dos títulos de crédito, entre "títulos de crédito" próprios e "títulos de crédito" impróprios, embora reconhecendo depois que, na realidade, os títulos impróprios não são títulos de crédito. De um aspecto mais geral cf., porém, CARVALHO DE MENDONÇA, *ob. cit.*, págs. 47, 57 e 117, substancialmente no sentido do texto; PONTES DE MIRANDA, *Títulos ao portador*, págs. 230 e segs.

23. Salvo se, pagando, agir em dolo ou culpa grave. V. antes, pág. 167.

24. Salvo demonstrando que o legitimado não é o titular originário do direito (na hipótese dos comprovantes de legitimação) ou que não é nem titular originário, nem cessionário (na hipótese dos títulos de legitimação, mais adiante examinada).

favor do legitimado²⁴. Evidentemente, só o exame analítico dos diversos títulos é que permitirá afirmar se, num determinado título, a legitimação opera somente em favor do devedor ou opera também em favor do credor²⁵, fazendo com que o devedor, para recusar a prestação, deva demonstrar que o legitimado não é titular.

13. Enquanto, nos comprovantes de legitimação, que acima lembrei, o possuidor se legitima como contraente originário ou como *adiectus solutionis causa*, nos títulos de legitimação quem fôr possuidor, de acôrdo com a forma de circulação do título, legitima-se como cessionário eventual.

Trata-se sempre de documentos probatórios, que se referem a direitos transferíveis, e a cessão opera nesse caso, em relação ao devedor, independentemente de notificação²⁶, de forma que êste pode válidamente pagar ao possuidor do documento, que se legitima, quer como contraente originário, quer como cessionário²⁷.

É o que se dá nos vales postais, nas cautelas de penhor, ao portador, dos montes de socorro e outros.

14. Também os títulos de legitimação são, naturalmente, documentos meramente probatórios. O seu possuidor não pode gozar de nenhum direito autônomo e a obrigação a que o título diz respeito, encontra a sua disciplina nas cláusulas do contrato que o título apenas prova.

No contraste entre as cláusulas do título e as do contrato, são estas últimas que devem prevalecer (quer a favor do possuidor do título, quer contra êle), salvo os limites processuais da prova testemunhal ante as cláusulas escritas do documento²⁸.

25. Esta segunda hipótese me parece, por exemplo, peculiar às passagens ferroviárias e de bonde e é esta circunstância que, às vêzes, induz os autores a classificar êstes documentos entre os títulos de crédito.

26. Sôbre a possibilidade de renúncia à intimação da cessão, v. BARASSI, *Notificazione*, pág. 229.

27. É desnecessário voltar a lembrar a possibilidade de adotar um diverso critério distintivo entre comprovantes e títulos de legitimação. Cf. antes, pág. 168.

28. A investigação sôbre a eficácia probatória dos títulos impróprios, quanto ao direito nêles mencionado, foi realizada especialmente com referência aos títulos relativos ao transporte. Sôbre os recibos de expedição de bagagens, cf. ASQUINI, *Trasporto*, em *Commentario del codice di commercio*, ed. U. T. E. T., pág. 224, e na jurisprudência, Cass. do Reino, 27 de julho de 1927, *Ferrovie Italiane*, 1927, pág. 167.

Algumas vêzes (como se dá em muitos estatutos de montes de socorro, quanto às suas cautelas de penhor, e nos vales postais) o signatário reserva-se também, explicitamente, a faculdade de invocar, contra as menções do documento, o contrato ou os seus registros (que, excluem, por exemplo, a entrega da mercadoria ou do dinheiro ou a provam feita de maneira diferente da mencionada no documento). Isso volta a confirmar que êsses documentos são meramente probatórios ou, mais precisamente, documentos de uma declaração probatória (não, porém, confessória).

Mas, nos comprovantes de legitimação, provado que falta qualidade de titular originário ao possuidor, êste nada poderá pretender²⁹; nos títulos de legitimação, ao contrário, será necessário também provar a inexistência duma cessão³⁰.

Nos comprovantes de legitimação, o contraente originário, portanto, *sempre* poderá opor-se³¹, válidamente, ao exercício do direito por parte do possuidor do comprovante. O possuidor do comprovante, com efeito, somente se legitima como contraente originário; se não fôr tal, não poderá gozar de nenhum direito³².

Diversa é, ao contrário, a situação nos títulos de legitimação. O contraente originário (que não seja possuidor do título) somente poderá opor-se ao exercício do direito por parte do possuidor, demonstrando a inexistência de uma cessão, pois, de outra forma, o possuidor do título, legitimado, em virtude da posse, como cessionário, prevalecerá necessariamente sobre o próprio contraente originário³³.

29. O ônus da prova cabe, naturalmente, a quem contesta que o legitimado seja o contraente originário. A êste, então, incumbe demonstrar — para pretender a prestação — ser cessionário, sucessor ou representante. Cf. em matéria de cadernetas de caixas econômicas, Cass. do Reino, 27 de março de 1926. *Rivista di diritto commerciale*, 1926, II, pág. 480.

Se, por isso, pretendesse exercer o direito na qualidade de cessionário, precisaria provar a cessão.

30. O ônus dessa prova cabe justamente ao devedor ou ao contraente originário. Cf. as minhas notas cit. e agora também (em contraste com a sua opinião anterior) MESSINEO, vol. II, págs. 239 e 242, 2.ª ed. (em relação à cautela de penhor dos montes de socorro).

Inexatamente se fala nesse caso e, análogamente, em matéria de títulos de crédito, de “legitimação que alcança os seus efeitos” ou de “impugnação da legitimação”. As regras do texto não se prendem, de fato, a uma impugnação da legitimação, mas aos limites próprios dêsse instituto. Cf. também FERRI, *ob. l. cit.*

31. Em matéria de títulos de crédito, fala-se em oposição ao pagamento, em vários sentidos.

A oposição ao pagamento pode ser uma forma de proteção dos credores do possuidor do título, que, opondo-se ao pagamento, alcançam efeitos análogos aos de um sequestro junto a terceiros.

A oposição ao pagamento pode ser uma forma por que o verdadeiro titular do direito protege o próprio direito diante do possuidor, impedindo que êste, aproveitando a sua legitimação, obtenha a prestação. É esta segunda forma de oposição que é peculiar a todos os documentos que preenchem funções de legitimação, sendo, naturalmente, nos vários casos, diferente o “titular” do direito, que pode promover a oposição.

32. Desde que, naturalmente, não forneça, a prova do seu direito, independentemente da posse do comprovante; cf. VIVANTE, vol. III, pág. 550 da 5.ª ed., quanto às cadernetas nominativas de caixa econômica.

33. Relativamente à reivindicação de documento perdido ou furtado, deverá recorrer-se às normas do direito comum e não às especiais que restringem a possibilidade dela em matéria de títulos de crédito (por exemplo, art. 57 do Cód. de Com.). Isso justamente porque não se trata de títulos de crédito.

Geralmente, os comprovantes de legitimação são declarados intransferíveis³⁴. Falta, mesmo na sua redação, a indicação da possibilidade de circular, e o conflito entre o possuidor e o eventual titular originário de forma alguma é disciplinado, ao contrário do que se dá nos títulos de legitimação³⁵. São estes alguns dos indícios práticos que podem servir para distinguir os documentos dessas duas categorias.

15. Da mesma forma por que pode preencher uma função de legitimação, quanto à identificação do titular do direito nêle mencionado, o documento pode também preencher uma importante função para o exercício dêsse direito.

É sabido que, em certos casos, quer por lei, quer pela vontade das partes, determinado direito somente pode ser exercido com a simultânea apresentação do documento.

A apresentação do documento torna-se, então, um requisito necessário para o exercício do direito. Esse exercício é, por lei ou pela vontade das partes, subordinado à condição (ou melhor, ao ônus)³⁶ da apresentação do documento³⁷. A dívida conseqüentemente, é sempre pagável no domicílio do devedor (*dette quérable*) e a apresentação do documento é necessária para constituição em mora do devedor. Este, por seu turno, ao cumprir a obrigação, tem o direito de exigir a restituição do documento.

Se voltarmos aos exemplos de títulos impróprios, que a princípio lembramos, não tardaremos a reconhecer que existem alguns, cuja apresentação constitui um requisito necessário para o exercício do direito, o que se não dá com os demais³⁸.

34. Cf. antes, pág. 169. Daí não se pode falar, com exatidão, a seu respeito, em uma diversa forma de circulação (nominativa, à ordem, ao portador).

35. Nos quais encontramos, portanto, as várias formas da circulação: nominativa, à ordem, ao portador.

36. Cf. a respeito do conceito de ônus, antes, pág. 22.

37. Também nesta hipótese o documento pode sempre permanecer probatório (e não ser portanto um título de crédito), ao contrário do que parece a BRUNNER, pág. 147. O exemplo mais nítido é constituído pelas passagens ferroviárias. Cf. JACOBI em *Ehrenberg HB.*, vol. IV, parte I, pág. 503. Pode-se também lembrar a convenções ferroviárias italianas. Cf. ASQUINI, *Trasporto*, n.º 78. No sistema do Código de Comércio e no das convenções internacionais, o conhecimento de transporte é, ao contrário, título de crédito.

38. Na terminologia alemã, os documentos que preenchem a função acima indicada costumam ser denominados *Presentationspapiere*.

É relativamente a esse requisito que a doutrina italiana se distingue da alemã, que, acompanhando BRUNNER, vê a existência de um título de crédito toda vez que o documento seja necessário para exercer o direito nêle mencionado, subdistinguindo, depois, nessa categoria, os que, por serem literais e por ser, o seu pro-

16. Geralmente, a apresentação do documento, se faz necessária para o exercício do direito, quando a prestação devida é uma prestação "estandardizada", idêntica em um grande número de casos e a ser executado idênticamente em relação a uma grande massa de credores.

São, assim, documentos de apresentação necessária, as passagens de bonde e as cadernetas nominativas das caixas econômicas; não o são, no entanto, os conhecimentos de depósito e de despacho de bagagens³⁹.

17. Tôda vez que a apresentação do documento fôr requisito necessário para o exercício do respectivo direito, evidentemente haverá também necessidade de prover a hipótese de não ser possível a apresentação.

Essa necessidade encontra a sua satisfação nas normas que disciplinam a substituição dos títulos destruídos ou gastos⁴⁰ e nas que cuidam das hipóteses de extravio e de subtração⁴¹.

Em qualquer destas duas últimas hipóteses, evidentemente, haverá a possibilidade de, o título, ir ter às mãos dum terceiro e o perigo de poder, tal possuidor, exercer o direito a que o título se refere⁴². Esse problema pode apresentar-se tanto nos comprovantes de legitimação, como nos títulos de legitimação e, ainda mais, nos títulos de crédito.

É evidente, no entanto, que, de acôrdo com as premissas anteriores, nos comprovantes de legitimação quem denuncia o furto ou a perda deverá, simplesmente, provar que é o contraente originário, para ter, assim, sem mais exame, direito à prestação; nos títulos de legitimação, é necessário provar, outrossim, a invalidade ou a inexistência de uma cessão ao possuidor do título⁴³; nos títulos de crédito, finalmente, é ne-

prietário, titular autônomo do direito mencionado, correspondem ao mais rigoroso conceito de título de crédito, seguido pela doutrina italiana.

O conceito italiano dos títulos de crédito foi afirmado também pela jurisprudência: Ap. de Bolonha, 19 de maio de 1924, *Rivista di diritto commerciale*, 1925, II, pág. 50; Cass. do Reino, 4 de março de 1936, *Foro It.*, 1936, I, pág. 670, que recorre justamente aos dois conceitos, agora lembrados, da literalidade e da autonomia, para decidir, nos diversos casos concretos, se existe ou não um título de crédito. Cf. antes, pág. 19.

39. Cf. ASQUINI, *Trasporto*, cit., pág. 24.

40. Cf. art. 56, Cód. Com. No direito brasileiro falta uma norma correspondente. Cf. PONTES DE MIRANDA, *Títulos ao portador*, pág. 432.

41. Furto, roubo, apropriação indébita.

42. E isso, mesmo quando a legitimação opere somente a favor do devedor, de modo que este, embora não obrigado a tal, pode, no entanto, executar a prestação a favor do legitimado.

43. Essa hipótese foi examinada na sentença do Trib. de Reggio Emilia, de 23 de maio de 1929, *Temis Emilianas*, 1929, I, 114, anotada por mim. Reconhecendo, nas cautelas de penhor, títulos de legitimação, afirmava a necessidade de que o apenador provasse a inexistência da cessão, não sendo suficiente provar que o possuidor não era o contraente originário. No mesmo sentido, agora, também MESSINEO, vol. II, págs. 239 e 242, 2.^a ed. (em contraste com a sua opinião anterior).

cessário provar a má-fé do possuidor, pois a éste, se de boa-fé⁴⁴, advém da sua propriedade do título, por via autônoma, a titularidade do direito cartular.

18. O processo da anulação (num sentido amplo) prende-se justamente à solução dos problemas acima enunciados.

Na sua significação rigorosa, éste instituto é peculiar aos títulos de legitimação⁴⁵ e aos títulos de crédito, porque sòmente em uns e outros, se torna necessário conciliar, ao mesmo tempo, a proteção dos interesses de quem perdeu, por subtração ou extravio, o título, com os interesses do detentor dèste.

19. Visa, êsse processo, principalmente, permitir a quem era legitimado em virtude de um título, depois, perdido, destruído ou subtraído, provar a sua legitimação e exercitar o direito, mesmo sem a posse do título. Passa, portanto, a satisfazer as funções de legitimação e a necessidade de apresentação peculiares ao documento.

Isso, por si só, não importa em prejudgar o que diz respeito à existência do direito, e mesmo à qualidade de verdadeiro titular, daquele que obtém a anulação a seu favor.

Com efeito, éste último, fundado na sentença, poderá exigir a prestação como legitimado, qual a teria exigido baseado na posse do título.

De fato, é princípio reconhecido que a sentença de anulação não veda a possibilidade, ao verdadeiro titular do direito, de agir contra quem obteve a prestação baseado na sentença de anulação.

Acentue-se, no entanto, que o titular não poderá mais exigir a prestação do devedor que válidamente se liberar, pagando a quem a sentença

44. Veremos realmente que, no nosso sistema, o possuidor de boa-fé é protegido, apesar da origem criminosa ou da perda do título.

Diferente, já lembramos, é a disciplina em alguns direitos estrangeiros. V. mais adiante, pág. 180.

45. O processo de anulação é concretamente admitido e disciplinado em muitas hipóteses de títulos impróprios: no R. D. L., n.º 394, art. 41, de 11 de junho de 1903, sòbre as cadernetas das caixas econômicas postais; no R. D. L. n.º 968, de 1 de março de 1924, sòbre o vale postal; na lei n.º 437, de 27 de maio de 1909 sòbre os títulos (sejam ou não títulos de crédito em sentido próprio) representativos de depósitos bancários; nos estatutos dos diversos montes de socorro, quanto às cautelas de penhor, etc. Geralmente, êsse processo lembra o instituído no art. 476 do Cód. Com. quanto aos títulos representativos, isto é, admite que, em virtude da denúncia, o denunciante possa, depois de decorrido certo lapso de tempo e feita uma conveniente publicidade, obter, eventualmente, mediante fiança, uma duplicata do documento.

de anulação dera legitimação para receber, mas somente poderá agir contra este último ⁴⁶.

20. Também nos títulos de crédito, como nos títulos e nos comprovantes de legitimação, o documento exerce uma função de legitimação e é necessário apresentá-lo para o exercício do direito nêle mencionado.

A função de legitimação exercida pelo título de crédito é, porém, diferente da realizada pelos comprovantes e pelos títulos de legitimação, que examinamos anteriormente. Com efeito, ela não se refere à titularidade de um direito derivado de um contrato a cujo respeito o título seja simplesmente um documento probatório, mas à titularidade de um direito autônomo que tem a sua origem na própria criação do documento, portanto constitutivo (cf. antes, pág. 56 e adiante, pág. 243).

21. Além disso, os títulos impróprios referem-se sempre a direitos cujo titular é, ou a pessoa que estipulou o contrato, comprovado pelo título, ou um sucessor dela.

Essa conclusão deve ser acolhida também quanto aos títulos de crédito, anteriormente à introdução do endosso, em fins do séc. XVI.

Até essa época, realmente, o possuidor do título de crédito somente podia ser considerado como um representante e, sucessivamente, como um cessionário do contraente originário ⁴⁷. De fato, os títulos de crédito

46. Cf. agora, explicitamente, o art. 93 da Lei Cambiária.

No sistema italiano, portanto, a ordem da autoridade judiciária substitui, para o requerente, a posse do título, havendo uma "anulação" dêste, que perde, portanto, o seu valor (c. art. 89 sobre os títulos cambiários; 476, c. co. sobre os títulos representativos; Lei n.º 437, de 27 de maio de 1909, sobre os títulos representativos de depósitos bancários). É lógico, pois, que êsse processo não seja aplicável aos chamados títulos ao portador de circulação ordinária (ações, obrigações) porque, quanto a êstes, dadas a velocidade e intensidade de sua circulação, não seria praticamente possível organizar o processo de tal forma que protegesse o detentor eventual do título; êste ficaria, portanto, sujeito a ser anulado, sem que o referido detentor pudesse fazer valer o seu direito.

Em muitos sistemas (e principalmente no francês) falta um verdadeiro processo de anulação. Cf. quanto aos títulos ao portador a lei de 15 de junho de 1872; quanto à cambial, os arts. 140 e segs. do Cód. Com. O requerente, no sistema francês, somente pode fazer valer os seus direitos, oferecendo uma caução vinculada, em garantia do portador, por um longo prazo e, com frequência, por todo o prazo de prescrição, sem distinção, portanto entre títulos de circulação ordinária e títulos de circulação restrita.

Cf. também o Cód. Civil Brasileiro, art. 1.509 (existe, no entanto, um verdadeiro processo de anulação em matéria de cambial, arts. 35 e 39 da Lei Cambiária); Cód. Argentino, arts. 707, 766 e seg. respectivamente quanto à cambial e aos títulos ao portador. Cf. também mais adiante pág. 283.

47. STRACCA ainda considerava o portador de um título como um *adiectus solutionis causa*.

no seu desenvolvimento histórico, passaram sucessivamente pelas etapas de comprovantes e de títulos de legitimação⁴⁸.

Não se dá o mesmo no direito moderno.

No atual sistema dos títulos de crédito, titular do direito é, veremos (cf. mais adiante, cap. II), o proprietário do título; portanto, não só o título de crédito legítima o seu possuidor como titular de um direito, que encontra a própria fonte exclusivamente no título, mas o titular, a que se refere a legitimação, é o proprietário do título.

Enquanto, nos comprovante de legitimação, o possuidor se legitima como contraente originário, e, nos títulos de legitimação, como cessionário do contraente originário, nos títulos de crédito o possuidor legitima-se como proprietário do título, e é dessa propriedade que deriva autônoma-mente a sua titularidade (cf. mais adiante, cap. III).

48. Assistimos, aliás, a uma evolução análoga, nos dias que correm, no desenvolvimento da carta de crédito para fins de turismo; a princípio a carta de crédito tornou-se um documento de legitimação; em seguida, embora continuando a ser usada na prática, dela se originou e destacou o cheque turístico, verdadeiro título de crédito (cf. sobre êle a minha nota em *Rivista di diritto commerciale*, 1929, II, 329). As incertezas, hoje vencidas, da jurisprudência acêrca da endossabilidade do cheque turístico, endossabilidade que a nova lei sôbre o cheque definitivamente consagrou (art. 44, onde o cheque turístico é justamente classificado como cheque bancário), mas que, de início, fôra negada, encontram a sua explicação nessa evolução que, a princípio, obscurecera a natureza, de título de crédito, do cheque turístico.

Como é sabido, o cheque turístico apresenta-se com modalidades diversas nos vários casos.

Trata-se, geralmente, de cheques entregues pelo banco ao cliente e sacados contra os correspondentes do banco emissor. O característico do cheque turístico consiste na circunstância de não poder ser pago pelo banco, desde que não apresente duas firmas idênticas do tomador, independentemente da firma de endosso. A primeira firma sói ser aposta quando da aquisição do título; a segunda, no momento de sua apresentação para pagamento; diminui-se, assim, o perigo de furto, no período em que o cheque permanece na posse do cliente, e facilita-se a identificação do tomador no momento da utilização do cheque. É, justamente êsse, o fim prático do instituto. Geralmente, os cheques turísticos estão destinados, não a uma circulação intensa, mas a permanecer por um tempo relativamente longo na posse do cliente, sendo utilizados à medida que se torne necessário (para despesas de viagem, hospedagem, etc.).

Isso, porém, não significa que a segunda firma do tomador "deva" ser aposta no momento do pagamento; semelhante exigência suprimiria, realmente, a possibilidade de o título circular e contrastaria com o seu fim prático, tornando impossível a sua entrega a agências de viagens, hotéis, etc., e vedando, por isso, ao cliente qualquer utilização, excetuada a sua apresentação para pagamento aos correspondentes (necessariamente em número limitado) do banco emissor.

Ademais o mecanismo das duas firmas foi ideado na vantagem do tomador, que pode, portanto, apor a segunda firma mesmo desde logo e que tem interêsse em apô-la desde que utilize o título, embora por meio do endosso.

Cf. relativamente à endossabilidade do cheque turístico e à construção ora referida, as minhas notas em *Rivista di diritto commerciale*, 1929, II, 329 e em *Foro It.*, 1920, fasc. XXII, e agora, no mesmo sentido, o art. 44 da lei sôbre o cheque.

22. O documento preenche, assim uma multiplicidade de funções, algumas das quais ⁴⁹, consideradas separadamente, se encontram em numerosos outros casos ⁵⁰, mas que, tôdas reunidas, sòmente existem nos títulos de crédito.

É sòmente nestes que o documento é constitutivo do direito nêle mencionado; que a posse do título é meio de legitimação e elemento necessário para o exercício do direito; que a propriedade do título determina quem seja o titular do direito.

O característico essencial e constante dos títulos de crédito ⁵¹, ao lado da literalidade do direito corporizado no título é, veremos, a autonomia dos sucessivos titulares do direito, a passagem da titularidade aos sucessivos proprietários do título ⁵².

Característico constante, que não sofre exceção com o processo de anulação. De fato, êste não declara titular de direito uma pessoa diferente do proprietário do título, mas visa apenas suprir a função de legitimação, normalmente desempenhada pela posse do título, e a necessidade da apresentação do mesmo ⁵³.

Será nossa tarefa, agora, a de investigar quem seja o titular do direito cartular, dando assim, a demonstração das afirmações feitas acima.

23. Antes de proceder a essa investigação, não será talvez inútil enumerar uma série de regras peculiares aos títulos impróprios, em oposição aos títulos de crédito, completando, assim, as referidas nas páginas anteriores e, ainda, considerar alguns casos em que é discutido haver um título de crédito ou um título impróprio.

As regras são as seguintes:

- a) sendo, os títulos impróprios, documentos de uma declaração probatória, e, não incorporando nenhuma declaração autônoma de vontade, o direito do portador encontra a sua disciplina no contrato originário;

49. Legitimação e necessidade de apresentação.

50. Ou seja, nos títulos impróprios.

51. Além da função de legitimação e da necessidade da sua apresentação para o exercício do direito.

52. No direito brasileiro cf. no mesmo sentido CARVALHO DE MENDONÇA, *ob. cit.*, págs. 43, 57 e 116.

53. O princípio de que o titular do direito cartular é o proprietário do título, não sofre, portanto, nenhuma exceção (v. mais adiante, pág. 193). O princípio da necessidade de apresentação do documento, para o exercício do direito, sofre, no entanto, uma exceção, aliás explicável, com o processo de anulação do documento.

Quando é excluída a anulação, como nos títulos ao portador, em geral, exceto aquêles de circulação restrita, nem por isso falece o princípio de que titular do direito é o proprietário do documento. O que se dá na realidade é que o titular do direito não tem mais à sua disposição um meio de legitimação independentemente da posse do título, como o processo de anulação, e sòmente poderá recorrer às normas que regulam a reivindicação dos títulos.

- b) não há nenhuma preclusão dos direitos ou exceções que possam decorrer, quer do alcance, quer da validade desse contrato, quer (nos títulos de legitimação) da invalidade da cessão do direito, cessão que se evidencia pela transmissão do documento (lembrando-se que nos comprovantes de legitimação, o portador não se legitima, de qualquer forma, como cessionário);
- c) o devedor pode executar a prestação a favor do legitimado;
- d) e, em alguns casos, deve até fazê-lo;
- e) salvo provando que o legitimado não é o titular originário (comprovantes) ou não é nem o titular originário, nem um cessionário deste (títulos de legitimação);
- f) o pagamento assim efetuado libera o devedor, salvo quando pagar com dolo ou culpa grave;
- g) o titular originário poderá opor-se à execução da prestação a favor do legitimado, demonstrando que este não é o titular originário (comprovantes), nem seu cessionário (títulos de legitimação)⁵⁴;
- h) o título impróprio será reivindicável como documento, de acordo com as normas do direito comum relativas às coisas móveis, e não, com as peculiares aos títulos de crédito;
- i) o seqüestro, a penhora, etc., do título impróprio não equivalem ao seqüestro, à penhora, etc., do crédito;
- j) referindo-se, a vontade das partes ou a lei, a títulos de crédito, cumpre, ao menos por presunção, excluir que a referência compreenda também títulos próprios.

Assim, o legado dos "títulos de crédito" que se encontram num cofre, compreende os títulos de crédito encerrados no mesmo, mas não, presumivelmente, os créditos representados por títulos próprios.

Da mesma forma, as normas que se referem à falsificação nos títulos de crédito (art. 491 do Cód. Penal), não podem ser invocadas no caso de falsificação nos títulos próprios.

24. Os critérios, para distinguir os títulos de crédito dos títulos próprios, devem procurar-se levando em conta as conseqüências jurídicas acima referidas e a diferente função desses diversos títulos:

Dizemos a função, porque, em substância, a diferença entre títulos próprios e títulos próprios pode, no terreno econômico, resumir-se na afirmação de que os títulos próprios preenchem uma função de legiti-

54. Análoga oposição ocorre freqüentemente nas controvérsias sucessórias: contesta justamente nessas hipóteses, quem pretende ser o herdeiro, que o detentor seja tal (e, portanto, sucessor *mortis causa*, do titular). Na hipótese de falência, contesta-se o direito de dispor, ao falido, apresentante de título próprio.

mação, mas permanecem alheios à “circulação” do direito, ao passo que os títulos de crédito correspondem justamente à função de tornar possível a circulação do direito, e os princípios que lhes são peculiares encontram, nessa função, fundamento e justificativa.

25. Não é de grande vantagem a circunstância de ser o título nominativo. Ao lado de verdadeiros títulos, de crédito nominativos, deve-se reconhecer que há pseudotítulos de crédito nominativos, bem como pseudotítulos à ordem ou ao portador⁵⁵.

São hoje, até, freqüentes títulos de crédito ao portador, encabeçados, no entanto, por um nome que, então, preenche a função de um número de identificação, sendo pois, com freqüência, um nome imaginário, uma simples palavra.

De verdadeiro há somente o seguinte: nos casos de circulação nominativa (não de simples referência a um nome), será relativamente mais freqüente haver um título impróprio que um título próprio e, entre os títulos impróprios, um comprovante de legitimação mais que um título de legitimação⁵⁶. Verifica-se o contrário, quando a circulação do documento seja ao portador.

26. Mas, para discernir um título próprio de um título impróprio, existem diversos critérios, que VIVANTE (n.º 1.488) já pôs em evidência, com magistral clareza.

Teremos títulos impróprios: *a)* quando o instituto emissor estabelecer um limite ao depósito global (na hipótese de títulos de depósito), que o titular pode fazer em várias cadernetas; *b)* quando fôr proibida a entrega de mais de um título em um mesmo nome; *c)* quando os direitos do portador dependerem da capacidade do titular; *d)* quando fôr concedido ao titular o direito de opor-se sempre ao pagamento ao portador; *e)* quando forem previstos o seqüestro ou a penhora do crédito e não do título; *f)* quando o instituto emissor se reservar a faculdade de opor as diferenças entre os seus registros e o teor do título, ao apresentante; *g)* quando o titular que denuncia o extravio possa, sem recorrer ao processo de anulação que proteja os interesses do detentor desconhecido, obter uma segunda via⁵⁷; *h)* quando fôr prevista a compensação entre o débito do instituto emissor, mencionado no título, e um débito eventual do titular originário; *i)* quando o instituto emissor instituir o serviço de

55. As duas questões — nominatividade e qualidade de título de crédito — são confundidas por PAGANI, *Rivista di diritto commerciale*, 1924, II, pág. 651.

56. Na prática, são raros os títulos de legitimação nominativos, embora sendo, ao contrário, freqüentes os comprovantes de legitimação ao portador.

57. Esse critério pode textualmente depreender-se da legislação sobre as caixas econômicas. Cf. ASCOLI, *Riv. Dir. Civ.*, 1918, pág. 81.

emissão dos títulos somente em relação a pessoas de categoria determinadas; l) quando fôr proibida a cessão do título.

A existência de um ou mais desses característicos permitirá distinguir um título próprio de um título impróprio, mas não permitirá distinguir, sempre, um título de legitimação de um comprovante de legitimação. Os elementos lembrados nas alíneas a), b), c), d), g), i), l), excluem, em particular, não só a existência de um título de crédito, mas também a de um título de legitimação, não podendo dizer-se o mesmo dos demais elementos acima mencionados. Poder-se-á recorrer, para admitir a existência de um título de legitimação (e não de um comprovante de legitimação), e uma vez excluído tratar-se de um título de crédito; a) ao fato de haver um processo de anulação, que visa também proteger o detentor desconhecido; b) à própria forma do título (espaço para o endosso, etc.) e à sua denominação (ao portador, à ordem); c) à ausência das cláusulas acima lembradas e que excluiriam a qualidade tanto de um título de crédito, como de um título de legitimação e, principalmente; d) às cláusulas relativas à cedibilidade do título.

27. Merecem especial referência alguns títulos, a cujo respeito se discute se são títulos de crédito ou títulos impróprios.

- a) A cambial endossada depois do protesto ou dos prazos respectivos (depois do vencimento, no sistema do Código de Comércio, bem como no direito brasileiro), foi classificada entre os títulos de legitimação⁵⁸. Com muita exatidão, observou-se, no entanto, que para classificar um título cumpre ter presente o seu tipo normal, prescindindo dos seus efeitos em casos especiais. Não pode ser pôsto em dúvida que, considerada no seu tipo normal, a cambial seja título de crédito⁵⁹.
- b) O "coupon" de dividendos nas ações de sociedades comerciais foi considerado título impróprio, por MESSINEO⁶⁰, pois o crédito ali mencionado seria eventual (isto é, evidentemente, subordinado à deliberação de um dividendo).

58. MESSINEO, vol. II, n.º 176 e na primeira edição destes estudos. A respeito da cambial, "não à ordem" cf. mais adiante, pág. 314.

59. O critério é o mesmo a que recorreu BIGIAMI, *Rivista di diritto penale*, 1930, pág. 454, para classificar como cheque bancário o cheque turístico (a respeito do cheque turístico, cf. antes, pág. 178). A observação relativa à cambial endossada depois do protesto é de FERRI, *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1935, I, pág. 192, e de VALERI, I, pág. 145. As conseqüências do princípio são de grande importância: por exemplo, tem valor de título executivo a cambial mesmo endossada depois do protesto (no direito brasileiro, cf. M. TORRES, *Theses selectas de direito cambial*, Rio de Janeiro, 1938, pág. 9); o seu pagamento deve ter lugar — a não ser no caso de anulação do título — com a apresentação do título ao devedor (cf. antes pág. 111 e adiante, pág. 282).

60. Vol. II, pág. 243.

Esta circunstância não me parece, no entanto, impedir a existência de um título de crédito, título, naturalmente, de um crédito eventual ⁶¹.

- c) O caso mais discutido e conhecido é o das cadernetas de Caixa Econômica, entre as quais podemos distinguir: a) as cadernetas ao portador (embora contendo um nome, que tem, porém, o mesmo valor de um número ou de uma senha), que são verdadeiros títulos de crédito ao portador ⁶²; b) as cadernetas nominativas, pagáveis ao portador, que são, no entanto, comprovantes de legitimação ⁶³; são pagáveis ao portador por mera conveniência do instituto emissor, pois somente é titular do crédito a pessoa em cujo nome estiver a caderneta, e a transferência da caderneta não importa, relativamente ao emissor, cessão do crédito; c) as cadernetas nominativas, não pagáveis ao portador, que, com freqüência, nem podem ser classificados como comprovantes de legitimação ⁶³.
- d) Títulos de legitimação, são os vales postais (o art. 24 do R. D. L. n.º 968, de março de 1924 declara que os endossos constituem

61. A autonomia do "coupon", relativamente à ação (o "coupon" é suscetível também de circulação autônoma), corresponde à autonomia do direito do acionista aos dividendos, relativamente ao seu "status" de acionista. Análoga distinção se encontra nas obrigações, cujos "coupons" representam o direito aos juros, ao passo que o título representa o direito ao pagamento do capital. Inclino-me a reconhecer nos "coupons" de ações e nos das obrigações a mesma natureza (respectivamente causal e abstrata), que vimos nas ações e nas obrigações. Vê-se a causalidade do "coupon" considerando que a sociedade pode recusar o pagamento do dividendo ao acionista, desde que seja demonstrado, pela impugnação do balanço, não corresponder a lucros efetivamente realizados.

Reconheço títulos de crédito, mesmo nos títulos das partes beneficiárias, conhecidas na disciplina das sociedades anônimas no sistema francês e que talvez seriam lícitas, também, no nosso sistema. Também nessa hipótese se trata de um título de crédito por uma quantia eventual (em relação aos lucros da sociedade). Cf. no direito brasileiro, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades anônimas*, Rio, 1942, vol. I, pág. 171.

62. Cass. Penal, 14 de julho de 1932, *Giustizia Penale*, 1932, pág. 153. São igualmente títulos ao portador os bônus postais frutíferos, não tendo nunca surgido dúvidas a seu respeito. Trata-se de títulos ao portador, abstratos, disciplinados, no entanto, de acôrdo com as normas sôbre a restituição *ex mutuo* ou da capitalização, de conformidade com a hipótese que examinamos, tratando das obrigações de sociedades comerciais (v. antes, pág. 154).

63. Em sentido contrário NAVARRINI, *Trattato*, vol. II, n.º 369, que os classifica entre os títulos de crédito. É pacífica, entretanto, a oponibilidade, ao portador, de tôdas as exceções oponíveis à pessoa em cujo nome estiver a caderneta. Cf. também reg. de 11 de junho de 1903, n.º 394, sôbre as caixas econômicas postais.

Cf. no sentido do texto, TARTUFARI, *Rivista di diritto commerciale*, 1904, II, 109; ASCOLI, *ibidem*, 1907, II, pág. 533; BRUGI, *ibidem*, 1908, II, pág. 401; TARTUFARI, *ibidem*, 1910, II, pág. 19; GIOVENE, *ibidem*, 1913, II, pág. 218.

64. Fundamental, sôbre as cadernetas das Caixas Econômicas, é VIVANTE, vol. III, n.º 1.489, pág. 557, 5.º ed.

simples cessões) e as cautelas, ao portador, dos montes de socorro ⁶⁵.

- e) Comprovantes de legitimação, são as fichas de vestiário ⁶⁶; as inúmeras fichas de comprovação que hoje são dadas nas mais variadas oportunidades; os conhecimentos de despacho de bagagens ⁶⁷; a duplicata do conhecimento de transporte, de acôrdo com a disciplina das convenções ferroviárias internas ⁶⁸.
- f) Comprovantes também são as passagens de bonde e as ferrovias ⁶⁹; os ingressos para espetáculos públicos; os "vales" comprovantes de um pagamento e conseqüentemente, do direito a um serviço determinado ou a uma mercadoria ⁷⁰.
- g) Há, finalmente, muitos documentos que, de acôrdo com a sua disciplina no caso concreto, podem, ou não, ser títulos de crédito: é o que se dá com a apólice de seguro e com os "stabiliti", tendo tratado já daquela e dêstes: com o próprio conhecimento

65. Cf. a minha nota citada em *Temi Emiliana*, 1929, 114; VIVANTE, n.º 1.442; SEGRÈ, *Rivista di diritto commerciale*, 1919, II, pág. 144; Cass. Penal, 3 de abril de 1925, *Giustizia Penale*, 1925, pág. 756; 12 de março de 1924, *Giustizia Penale*, 1924, pág. 648. Na doutrina alemã, JACOBI, pág. 506 do vol. IV, parte I, do *Tratado de EHBENBERG*; LOHSING, *Ueber die juristische Natur des Pfandscheines*, 1916. Cf. no direito brasileiro, Dec. n.º 9.738 de 2 de abril de 1887; Dec. 11.820 de 15 de dezembro de 1915 e, na doutrina, PONTES DE MIRANDA, *Titulos ao portador*, pág. 470.

66. BOLAFFIO, *Commentario*, vol. II, pág. 532.

67. ASQUINI, *Transporto*, pág. 224; Cass. do Reino, 27 de julho de 1927, *Ferrovie Italiana*, 1927, pág. 167; DANIEL, *ob. cit.*, § 2.105 (implicitamente reconhecendo a distinção entre os títulos impróprios e os títulos de crédito).

68. ASQUINI, n.º 78.

69. Em sentido contrário, BRUSCHETTINI, *Titoli al portatore*, págs. 314 e segs., que, nas pegadas de UNGER, recorre essencialmente ao princípio da credibilidade do direito, entendendo que existe um título de crédito toda vez que, ao devedor, seja indiferente a pessoa do credor. Parece-me que, assim argumentando, se confunde o problema da credibilidade do direito com o da sua incorporação num título de crédito e de sua circulação como direito cartular. A verificação da primeira não pode equivaler à da segunda. V. de fato NAVARRINI, *Trattato*, vol. II, pág. 368. No direito brasileiro cf., no sentido do texto, CARVALHO DE MENDONÇA, *ob. cit.*, pág. 116; PONTES DE MIRANDA, *Titulos ao portador*, pág. 536.

Relativamente às passagens ferroviárias, em particular, remeto o leitor para as observações contidas nas páginas anteriores quanto ao que se refere à sua circulação. V. antes, pág. 169.

70. Cf. no Brasil, Acórdão do Trib. Ap. Distrito Federal, n.º 9.352, de 4 de abril de 1941, em *Jurisprudência do Trib. de Ap. do Distrito Federal* (Imprensa Nacional, Rio, 1941), vol. II, pág. 72. Foi justamente declarado inaplicável ao caso o art. 1.511, Cód. Civ.

marítimo, em que se costuma ver um título de crédito, quando à ordem ou ao portador, e um título impróprio, quando nominativo.

- h) Títulos de créditos são, geralmente, os bilhetes de loteria ⁷¹.
- i) As cartas de crédito não constituem títulos de crédito, nem títulos de legitimação, nem em geral comprovantes de legitimação, podendo, no entanto, verificar-se esta última hipótese ⁷².

28. As considerações anteriores, parece-nos, põem em evidência as profundas diferenças de disciplina dos títulos impróprios, relativamente aos títulos de crédito, e justificam, assim, a orientação da doutrina italiana, que recusa incluir os títulos impróprios entre os títulos de crédito, restringindo esta última categoria somente aos documentos que, além de preencherem uma função de legitimação e serem necessários para o exercício do direito, incorporam um direito literal, cujo titular é titular auto-nômo, independentemente da titularidade do seu antecessor ⁷³.

Essa limitação e essa distinção nos parecem sólidamente baseadas na diversidade da função econômica que desempenham, respectivamente, os títulos impróprios e os títulos de crédito, pois, somente êstes últimos visam tornar possível a "circulação" do direito ⁷⁴. E, realmente, se, esquecendo

71. Mais precisamente, títulos ao portador abstratos, embora de um crédito eventual. No direito brasileiro, cf. em sentido contrário MENDES, *ob. cit.*, pág. 75, embora nêles reconhecendo cousas móveis. No sentido do texto, podem ver-se CARVALHO DE MENDONÇA, pág. 119; PONTES DE MIRANDA, *Títulos ao portador*, pág. 565; INGLÊS DE SOUSA, *Títulos ao portador*, n.º 79 e, antes, TEIXEIRA DE FREITAS em seu *Esbôço do Código Civil*, art. 2.281. Cf. também WHITAKER, *ob. cit.*, pág. 25.

72. São largamente disciplinadas nos códigos sul-americanos, em substância, como mandatos de crédito. Cf. Cód. Com. Brasileiro, art. 264; Cód. Argentino, arts. 484 e 597. Ambos os códigos as prevêm em favor de pessoas determinadas.

73. Cf. no direito brasileiro CARVALHO DE MENDONÇA, págs. 47 e 57.

74. Isso, porém, não significa que o título que não preencha essa função econômica, não seja título de crédito, quando, no entanto, tenha juridicamente os caracteres do título de crédito.

As classificações jurídicas têm e devem ter um fundamento econômico, e, nesse sentido, nos esforçamos nestas páginas por demonstrar a conexão do instituto jurídico dos títulos de crédito com a função econômica da circulação da riqueza.

Mas a classificação jurídica conserva, no entanto, a sua autonomia relativamente à classificação econômica, da mesma forma que o direito a conserva em relação à economia.

A classificação jurídica pode, por isso, encontrar o seu fundamento ou paralelo na classificação econômica, mas permanece necessariamente distinta, traduzindo, os critérios econômicos ou funcionais, em critérios formais que são, depois, os juridicamente decisivos para a classificação.

É por isso inevitável, a despeito da correspondência geral da classificação jurídica e da econômica, a falta de uma constante identidade das duas categorias; é inevitável que a função econômica de um instituto jurídico, em determinado

por um momento as subtis investigações jurídicas, volvermos o olhar para a concreta configuração prática dos títulos de crédito, vê-los-emos objeto de contínuas negociações, ao passo que, do mesmo modo, não poderíamos ver os títulos impróprios.

“caso concreto” (ou a função econômica de um dos institutos classificados em determinada categoria jurídica) possa não corresponder à função econômica do mesmo instituto jurídico em regra (ou à função econômica a que em geral corresponde a categoria jurídica).

Assim, a correlação da categoria jurídica “títulos de crédito” à função econômica “circulação da riqueza”, não pode excluir que, em determinado caso concreto, um título de crédito não desempenhe essa função, nem que a um dos títulos classificados entre os de crédito não corresponda, em geral, esta função.

É o que pode observar-se, por exemplo, com os bilhetes de loteria, que classificamos como títulos de crédito em virtude dos seus caracteres jurídicos, embora não preencham uma função de circulação da riqueza; é o que veremos com a cambial não à ordem, e assim por diante.

Um exame penetrante, a meu ver, dos critérios que devem presidir às classificações jurídicas e da sua diversidade relativamente às classificações econômicas (ou baseadas na função dos institutos) é o de KOCUREK, *New York University Law Review*, 1934, vol. II, pág. 309.

CAPÍTULO III

A AUTONOMIA DO TITULAR DE UM TÍTULO DE CRÉDITO

SUMÁRIO: 1. Circulação do título e autonomia do titular. — 2. Autonomia do direito e autonomia do titular. — 3. Diferença entre os dois problemas. — 4. Autonomia do titular do direito cartular. — 5. Importância. — 6. Explicações doutrinárias. — 7. Continuação — 8. Teoria da pendência. — 9. Teoria da delegação. — 10. Explicação da autonomia do titular. — 11. Continuação. — 12. Determinabilidade do titular do direito cartular. — 13. Alcance da teoria acolhida. 14. Circulação da riqueza. — 15. Titulares autônomos e não autônomos. — 16. Posição do possuidor a título pignoratício. — 17. Continuação. 18. Usufrutuário.

1. Identificamos o titular do direito cartular no proprietário do documento. Na sua circulação, o título passa, porém, pelas mãos de diversos proprietários e encontramos logo, a êsse propósito, um característico ulterior dos títulos de crédito, que se costuma indicar qualificando o direito do titular como autônomo, isto é, independente da titularidade do seu antecessor¹.

De fato, fala-se freqüentemente de “autonomia” em matéria de título de crédito, em dois significados distintos:

- a) segundo um significado, ao falar em *autonomia* quer-se afirmar que não podem ser opostas ao subseqüente titular do direito cartular as exceções oponíveis ao portador anterior, decorrentes de convenções extracartulares, inclusive, nos títulos abstratos, as causais. É o problema de que tratamos nos capítulos anteriores, examinando, então, a explicação dessa norma e o seu alcance e tratando da declaração de vontade, contida no título, da sua

1. Uma diferença do direito anglo-norte-americano, relativamente ao nosso, prende-se justamente ao conceito diverso do terceiro portador, merecedor de proteção. O *holder in due course* é quem adquiriu o título, em boa-fé, antes do vencimento e *for value* (cf. sec. 52 N.I.L.). Portanto a proteção do terceiro portador relaciona-se, mesmo, à razão da sua aquisição. Esse ponto de vista me parece justo. Ele encontra o seu fundamento no princípio que *qui certat de danno vitando* deve prevalecer sobre quem *certat de lucro captando*. Cf., também, antes págs. 188 e segs.

distinção da declaração do negócio fundamental e da sua abstração eventual;

- b) segundo um outro significado, ao falar em autonomia, quer-se afirmar que não pode ser oposta ao terceiro possuidor do título a falta de titularidade de quem lho transferiu, o que vai ser agora justificado e aprofundado². É nesta acepção que, a meu ver, se deve entender a autonomia do direito do titular de um título de crédito.

Com efeito, é fácil observar que, admitida a autonomia somente neste último sentido, ela não poderia restringir as exceções atinentes ao direito mencionado no título; com efeito, tal direito, seu titular o teria autônomo, sim (isto é, independentemente da titularidade do próprio antecessor), mas seria sempre *aquêle* direito, por isso sujeito sempre *àquelas* exceções.

É justamente por isso que, nos capítulos anteriores, nos preocupamos, em substância, em identificar o direito cartular; em esclarecer a sua distinção do direito derivado da relação fundamental e (nos títulos abstratos) a sua abstração. Na verdade, quisemos assim delimitar esse direito, relativamente às outras relações que eventualmente intercorram entre as partes, e dessa delimitação partimos para afirmar, conseqüentemente, a inoponibilidade, ao terceiro, das exceções tiradas da relação fundamental, justamente porque, como dissemos³, elas se prendem a uma relação *diferente* e são, portanto, estranhas a quem não tenha participado dessa relação. Se, ao contrário, se ativessem ao *próprio* direito cartular, a sua inoponibilidade não poderia ser explicada⁴.

2. As duas regras acima lembradas, veremos (cf. mais adiante pág. 256) levam mesmo à inoponibilidade ao terceiro possuidor, de algumas exceções que se prendem à própria declaração cartular, desde que êle desconheça os vícios respectivos.

3. Cf., na doutrina brasileira, com acêrto, WHITAKER, pág. 35.

4. É o que se dá com o proprietário de um imóvel, que deve respeitar os ônus do imóvel, mas não as convenções concluídas pelo proprietário anterior; é obrigado a respeitar os direitos reais que gravam o imóvel, e não as convenções obrigacionais que, embora tendo por objeto o imóvel, tenham sido concluídas pelos proprietários anteriores. E assim como — perdoe-se-nos a analogia — em matéria de venda de imóveis, devemos continuamente examinar se as restrições convencionadas pelo proprietário anterior são reais (isto é, digam respeito ao próprio imóvel) ou obrigacionais (e, portanto, pessoais a quem as convencionou), a fim de decidir da sua oponibilidade ou não ao novo proprietário, da mesma forma, em matéria de títulos de crédito, devemos justamente examinar quais são os limites do direito cartular e quais as convenções extracartulares, a fim de decidir de sua oponibilidade ao terceiro portador do título. E assim como, em matéria de imóveis, o problema agora examinado é independente do fato de que o proprietário se tenha tornado tal de maneira originária ou derivada, também em matéria de títulos de crédito êle é independente do fato de ter o titular um direito autônomo (originário) ou não. E assim como, em matéria de imóveis, o que importa é a natureza real ou pessoal das restrições e, neste segundo caso, a participação ou não, do proprietário, na convenção que estabeleceu a restrição pessoal, também em matéria de títulos de crédito excluímos que a simples ciência torne oponíveis as exceções extracartulares e afirmamos que estas somente podem ser opostas a quem tenha sido sujeito da respectiva convenção ou enquanto ocorra a aplicabilidade da *exceptio doli generalis*.

Anàlogamente, não é a natureza do direito cartular que poderia justificar o motivo por que o direito cartular pertence ao seu titular de maneira autônoma, isto é, até independentemente da titularidade do seu antecessor, e é êsse o problema que nos incumbe esclarecer nas páginas seguintes ⁵.

Na disciplina do problema da natureza do direito cartular, o direito leva em conta a relação entre o credor e o devedor.

Na disciplina do problema da autonomia do titular do direito cartular, o direito leva em conta a relação do adquirente com o transferente e com os anteriores possuidores do título.

Na primeira hipótese, o direito visa conciliar a proteção do devedor com a do credor do título; na segunda, a do proprietário espoliado com a do possuidor.

Na primeira hipótese, o que tem em conta é o direito mencionado no título; na segunda, o fato de pertencer a um ou a outro sujeito.

2. A distinção entre os dois problemas, ora referida, é explícita na lei, que realmente os regula em artigos diferentes (p. ex., respectivamente, o art. 21 e o art. 20 da Lei Cambiária; 17 e 16 da Convenção) e com regras também diferentes, apesar do recurso comum ao conceito da boa-fé.

Em capítulos anteriores, lembramos o diferente alcance da "má-fé" nesses diversos problemas e a conseqüente e profunda diferença de disciplina prática, se o portador tiver tido má-fé na aquisição do título (não sendo, portanto, titular) se estava ciente do vício de que decorre a exceção e se, na aquisição do título, agiu cientemente em prejuízo do devedor ⁶.

A conexão entre os dois problemas revela-se nas considerações que desenvolvemos (v. pág. 110) acêrca dos sucessores de direito comum no direito cartular (sucessor *mortis causa*, cessionário, etc.); acentuamos, então, que êles não podem gozar de invulnerabilidade às exceções extracartulares, o que se concilia perfeitamente com o caráter derivativo da aquisição do direito cartular naquelas hipóteses.

5. Oportunamente, passaremos a explicar a inoponibilidade de algumas exceções que, no entanto, se prendem ao próprio direito cartular.

6. Cf. págs. 38, 42, 97. Recentemente, RAVÁ T., *Il titolo di credito*, Milão, 1936, apresentou uma teoria que, pela consciente negação da distinção constante do texto, é, talvez, a mais original de quantas tenham sido apresentadas. Para RAVÁ, a criação do título consiste na individuação dum bem, de modo que, no momento da sua aquisição, surgem, ao mesmo tempo, o crédito e o débito. Isso, porém, esbarra no obstáculo de que o sistema jurídico chegou a admitir o nascimento da propriedade de maneira originária, mas não se poderia, ao contrário, imaginar o nascimento do débito independentemente de um ato do devedor. Assim sendo, voltamos, em substância, ao ponto de partida, isto é, à necessária distinção entre o direito (e a sua constituição) e a sua titularidade, entre o que é pertinente aos limites do direito e o que é pertinente à subsistência do direito naquele que se julga seu titular. Contra a opinião de RAVÁ, veja-se por último LA LUMIA, *Rivista di diritto commerciale*, 1949, I, 3 e CARNULOTTI, *Teoria cambiária*.

A distribuição entre as duas séries de problemas revela-se, por seu turno, evidente, sob um quádruplo aspecto:

- a) à falta de titularidade corresponde a possibilidade de reivindicação do título; esta possibilidade, no entanto, não subsiste quando o direito cartular é somente passível de uma exceção;
- b) desde que o mesmo título envolva uma pluralidade de obrigações, a falta de titularidade pode ser oposta por qualquer devedor⁷, enquanto que as exceções decorrentes de convenções extracartulares somente podem ser opostas por um devedor determinado⁸;
- c) a exceção de falta de titularidade cai diante do possuidor que tenha adquirido o título, ignorando (e podendo ignorar sem culpa grave) a falta de titularidade do *tradens*; a decorrente de convenções extracartulares cai diante de quem não seja sujeito das respectivas convenções, e não tenha, adquirindo o título, agido cientemente em prejuízo do devedor⁹;
- d) a boa-fé do possuidor intermédio sana a má-fé do sucessivo, desde que se trate da titularidade do direito; é, no entanto, irrelevante relativamente às exceções extracartulares¹⁰.

3. Um olhar sobre o direito comparado confirma a diferença entre essas duas séries de problemas.

Já lembramos, com efeito, que, relativamente à proteção do terceiro adquirente de um título de crédito *a non domino*, os vários direitos apresentam profundas diferenças.

Enquanto o direito italiano admite a proteção do possuidor de boa-fé, até no caso de títulos extraviados ou furtados, o direito francês, a não ser nos títulos cambiários, a nega, nestas últimas hipóteses; no direito brasileiro nega-se, fora do âmbito dos títulos cambiários, mesmo o princípio *en fait de meubles possession de bonne foi vaut titre*, dada a sua acolhida para as cousas móveis em geral.

Naturalmente, essa diferença é menos acentuada em matéria de cambial, porque a Convenção Internacional aceitou quanto aos títulos cambiários um princípio substancialmente correspondente ao acolhido na Itália, em regra geral, quanto a todos os títulos de crédito e o mesmo princípio foi admitido quanto à cambial mesmo em sistemas (como o brasileiro) que não introduziram no próprio direito interno a Convenção de Genebra.

7. Assim como as exceções atinentes à própria existência de um título de crédito. V. antes, pág. 23.

8. Assim como as atinentes à existência de uma determinada obrigação cartular. V. antes, pág. 23.

9. Finalmente, as exceções decorrentes dos vícios da própria constituição da obrigação cartular são oponíveis, pelo devedor obrigado, ao terceiro, contanto, porém, que estivesse ciente.

10. Bem como às atinentes à constituição do próprio direito cartular.

Mas, é, de qualquer forma, evidente que o problema da autonomia do *titular* do direito cartular, que, por seu turno, se prende ao da proteção do adquirente no caso de aquisição *a non domino*, é diferente do da autonomia (se, acaso, se quiser usar a mesma palavra) do *direito* cartular, isto é, da sua distinção com as convenções extracartulares.

A respeito desta distinção é a inexistência ou a existência da cessão da provisão, o elemento que, por seu turno, talvez mais influa, hoje, no direito comparado, na construção do instituto¹¹. Historicamente, sob este aspecto, deve-se remontar ao sucessivo abandono da conexão da cambial com o contrato de câmbio, da relevância da cláusula valor recebido, da necessidade da *distantia loci* e à introdução, ao contrário, do requisito da denominação da cambial.

A respeito da autonomia do direito do titular, ao contrário, deve-se historicamente, recorrer às cláusulas à ordem e ao portador e à sua particular regulamentação, à introdução do endosso, e à extensão, aos títulos de crédito, das regras próprias das cousas móveis.

4. Podemos, agora, prosseguir em nossa investigação, relativa à autonomia do direito do titular do direito cartular.

O proprietário de um título de crédito é, pois, titular do respectivo direito¹², mesmo quando tenha adquirido *a non domino*, não lhe podendo ser oposta a exceção fundada neste fato¹³. Essa regra é claramente expressa no art. 20, da Lei Cambiária, quanto à cambial, no art. 7 do R. D. de 1923, quanto aos títulos nominativos, e no art. 57 do Cód. Com., quanto ao portador.

Há aí uma profunda diferença com as regras gerais sobre a circulação de direitos, que não sejam direitos reais sobre cousas móveis.

De fato, na circulação dos direitos reais sobre cousas móveis, a posse de boa-fé de uma coisa móvel, que não seja extraviada ou furtada, vale título, sendo, portanto, válida a aquisição feita *a non domino*, ao passo que na circulação dos outros direitos falta uma regra correspondente e é sempre possível opor ao sucessivo titular, embora de boa-fé, o fato de ter adquirido *a non domino*.

As próprias normas sobre o usucapião valem para sanar a irregularidade da circulação nos direitos reais sobre as cousas, mas não nos direitos de crédito, que não são adquiríveis por usucapião.

As normas sobre a aquisição de direitos reais sobre móveis valem naturalmente também, no nosso direito, quanto à aquisição dos títulos de crédito (art. 57 Cód. Com. e art. 20 da Lei Cambiária) e é princípio seguro o que exclui nessa hipótese, também a exceção relativa às cousas extraviadas ou furtadas (cf. pág. 188).

11. Na minha opinião, no entanto, a cessão da provisão não obsta à construção acolhida no texto. Mas é, de qualquer forma, evidente que, embora a construção do texto, possa ser conciliada com a cessão da provisão, no entanto é difícil chegar àquela construção, partindo da cessão da provisão.

12. A coincidência da propriedade do título e da titularidade do direito foi examinada no capítulo anterior.

13. É justamente a explicação dessa regra o objeto deste capítulo.

Mas, no título de crédito, a aquisição do título é acompanhada, constantemente, da aquisição do direito, e é por isso que o problema não pode encontrar, diretamente, a sua solução, nas normas que regulam simplesmente a aquisição do título. Com efeito, mesmo admitindo a proteção do possuidor de boa-fé na aquisição do título, fica sempre por explicar porque é protegido, não só na sua qualidade de possuidor do título, como também na de titular do direito cartular, e porque os limites da proteção, no primeiro e no segundo sentido, coincidem exata e necessariamente ¹⁴.

Históricamente, na doutrina cambiária, a autonomia dos sucessivos titulares do direito cartular surgiu somente com a introdução do endosso em fins do século XVI, que assinala, por isso, um momento de importância fundamental na história dos títulos de crédito, e afirmou-se claramente somente na ordenança de câmbio germânica de 1848.

Antes daquela época, o sucessivo titular do direito era considerado apenas um representante ou um cessionário do anterior e não gozava de nenhum direito autônomo; mesmo depois da introdução do endosso, o princípio em exame, como já lembramos, não foi acolhido completamente, até à sua explícita consagração na ordenança de câmbio germânica de 1848 ¹⁵.

5. No entanto, o princípio em questão é basilar na circulação do direito cartular e constitui um passo de importância fundamental.

É com esse princípio que o sistema jurídico permite, em substância, a possibilidade de considerar os direitos, na sua circulação, de um ponto de vista objetivo e despersonalizado e justamente por isso sujeitos a regras correspondentes às das cousas móveis.

Enquanto, de um lado, através do princípio da literalidade e da abstração, o direito, objeto de circulação, é limitado e definido, por outro lado, é através da afirmação da autonomia do titular que se realiza a passagem de uma consideração *ex parte subjeti* a uma consideração *ex parte objecti*.

Esse passo é decisivo, e, na verdade, foi a tal princípio que recorremos nas páginas anteriores para combater algumas teorias que tinham sido propostas quanto à natureza do direito cartular e que encontravam a própria condenação, justamente no contrastarem o princípio da autonomia do titular.

14. O problema é, por isso, idêntico, nos vários direitos, independentemente da circunstância de concederem maior ou menor proteção ao possuidor de boa-fé.

Quer o possuidor de boa-fé do título seja o proprietário (como no direito italiano), quer essa coincidência não seja constante (como no direito francês e, em maior escala, no direito brasileiro, devemos sempre indagar de que forma o proprietário do título é também titular do direito cartular e de que forma o seu direito é independente da existência do direito do seu antecessor, nos mesmos limites em que a sua propriedade do título é independente da propriedade do seu antecessor.

15. Com efeito, é somente na ordenança germânica de 1848 que se afirma o princípio do direito do terceiro portador de boa-fé de uma cambial, apesar da falsidade dos endossos; cf. antes, pág. 188.

A explicação do fenômeno é, talvez, evidente diante de tôdas as considerações que até aqui vim desenvolvendo. Não é, no entanto, inútil relembrar algumas das tentativas feitas no sentido de encontrá-la.

Geralmente, as teorias que iremos relembrando, foram formuladas a propósito da cambial, cuja predominante importância prática determinou serem as próprias teorias gerais sôbre os títulos de crédito elaboradas principalmente com referência ao direito cambiário.

A despeito dessa particularidade de sua formulação, trata-se de teorias que visam resolver um problema geral de todos os títulos de crédito e que devem, portanto, ser considerados sob êsse aspecto geral.

6. Uma primeira série de teorias reconhece, nos sucessivos titulares do direito cartular, os titulares de outros tantos créditos diversos e sucessivos.

Os autores, que seguem essas teorias, são concordes quanto à idéia de uma pluralidade de créditos sucessivos, divergindo, no entanto, no que se refere à sorte do crédito anterior, quando tenha nascido o posterior.

Mas qualquer que seja a explicação dêste último ponto, essas teses se chocam com a realidade, pois, a obrigação assumida pelo devedor é, por certo, única em relação a todos os sucessivos credores. O devedor não pretende assumir uma série de obrigações diversas, de número indeterminado, com quantos forem os possuidores sucessivos, mas quer assumir uma única e idêntica obrigação¹⁶.

É, além disso, difícil explicar como um direito nôvo, independente do anterior, possa, ao surgir, provocar a extinção do direito anterior.

O nosso Código, aliás, no art. 256, e agora a Lei Cambiária no art. 18, declaram explicitamente que o direito cartular se transfere e, portanto, excluem a hipótese da formação de direitos sucessivos.

Afastada, pois, a teoria de vários créditos sucessivos, é preciso admitir que o direito cartular é único em relação aos seus sucessivos titulares.

7. Mas, se assim é, impõe-se a obrigação de explicar por que a posição dos sucessivos titulares do direito é autônoma.

Não me parece que essa explicação seja obtida observando-se que, em matéria de títulos de crédito, não prevalece a regra *nemo plus juris transferre potest*, etc.¹⁷.

Esta observação é, por certo, exata, mas o que é preciso explicar, é justamente porque essa regra não prevalece. Aduzir razões práticas não equivale ainda a uma construção jurídica do fenômeno.

16. Favorável a essas teorias GOLDSCHMIDT, pág. 167 e, num primeiro momento, ROCCO, que, porém, nos *Principi*, n. 70, abandonou essa tese. Cf. agora VALERI, vol. I, pág. 217.

17. Remeto o leitor para ARCANGELI, *ob. cit.*, onde se pode ler mais desenvolvida resenha das diferentes teorias; cf. sôbre estas também MESSINEO, págs. 68 e segs., da 1.ª edição.

A dificuldade que nos está preocupando poderia ser vencida com algumas teorias, que, em substância, acabam tôdas por negar que os proprietários sucessivos (ou possuidores) do título sejam cada qual, sucessivamente, titular do direito.

Assim se disse que o crédito é desfrutado pelo próprio título, e que o credor é um sujeito fictício que se identifica de igual forma em todos os proprietários sucessivos do título. Essas teorias tiveram a sua função histórica ao cooperarem na afirmação do princípio da autonomia dos titulares sucessivos do direito cartular, mas são hoje, com razão, universalmente repelidas.

8. Maior êxito continua a alcançar a teoria da pendência, proposta por JHERING, desenvolvida por BONELLI e agora acolhida e modificada por MESSINEO¹⁸.

Para os que sustentam essa teoria, titular do direito é somente o que fôr o último proprietário (ou, dada a tese seguida por BONELLI e por MESSINEO, o último possuidor) do título; êste, de acôrdo com a formulação de MESSINEO, tem o direito de apropriar-se do crédito, que, no entanto, permanece pendente até o momento do vencimento.

Enquanto, pois o débito é perfeito desde a origem, o crédito permanece pendente e só surge, definitivamente, no momento do vencimento, quando se determina a pessoa do titular definitivo.

Na aquisição de um título de crédito, segundo MESSINEO, ter-se-ia a aquisição de uma coisa móvel e, conjuntamente, a de um direito potestativo de apropriação do crédito, direito que seria exercido no momento do vencimento.

O êrro lógico dessa teoria consiste, a meu ver, na confusão entre os efeitos do t rmo e os da condi o.

A impossibilidade de pedir a satisfa o da presta o, antes de determinado vencimento, prende-se simplesmente ao t rmo da obriga o e não prejudica, em absoluto, a existência do crédito, mesmo antes d esse momento¹⁹.

18. Não está, talvez, longe desta orienta o no direito brasileiro PONTES DE MIRANDA, na sua teoria da "preforma" nos títulos ao portador;   pág. 195 dos *Títulos ao portador* l e-se, de fato: "O sujeito ativo   o possuidor e o passivo a sociedade como em tôda rela o possessória; a sociedade assegura o direito   forma o do crédito com a apresenta o do título." Contra, PONTES DE MIRANDA, cf. OTÁVIO MENDES, *ob. cit.*, pág. 141.

19. Não me parece exato observar, em contrário, que o vencimento do prazo não constitui em mora o devedor, independentemente de apresenta o do título, para da  deduzir que   com essa apresenta o que surge (ou, pelo menos, se aperfeiçoa) o direito cartular.

Com efeito,   fácil observar que, vencido o prazo, o devedor tem o direito de liberar-se da obriga o (cf. art. 48 da Lei Cambiária e, no direito brasileiro, art. 26 do Decreto n.  2.044). Isso demonstra que a necessidade da apresenta o do título   estabelecida para favorecer o devedor (prende-se realmente   legitima o) e at m-se ao pagamento do débito, mas não representa um fato constitutivo do crédito. Portanto, a disciplina da constitui o em mora, nos títulos de crédito, não   suficiente para sustentar a teoria criticada no texto.

Tanto isso é verdade que o título de crédito produz todos os efeitos que não são adiados para um determinado vencimento, o que constitui a melhor demonstração da existência do direito.

A êsse propósito, a doutrina já observou que os titulares sucessivos de um título de crédito podem exigir o cumprimento das prestações acessórias que se vão vencendo antes do vencimento do título (juros, dividendos e outros), e praticar os necessários atos conservatórios.

Nos títulos representativos, a propriedade do título pode dar lugar à propriedade da mercadoria e êste efeito verifica-se em relação aos sucessivos proprietários do título, independentemente do vencimento da obrigação da entrega da mercadoria. É, portanto, impossível reconhecer como titular do direito somente o último proprietário do documento. Tanto isso é verdade, que o próprio MESSINEO, embora aderindo à tese da pendência, a abandona em relação aos títulos representativos, demonstrando, assim, o vício de uma tese que, se fôra verdadeira, deveria ser aplicável a todos os títulos de crédito.

O proprietário de ações de sociedades comerciais, por seu lado, não é titular de um verdadeiro e próprio crédito, mas de um *status*, do qual derivam, por seu turno, direitos de crédito, poderes jurídicos (p. ex. voto) e até débitos, quanto às entradas que incumbem a todo sucessivo proprietário de ação não integralizada.

Ora, todos êsses efeitos se verificam em relação a cada um dos proprietários sucessivos da ação, com exceção do direito de exigir o próprio rateio na liquidação, que necessariamente somente pode caber a quem fôr acionista no momento da liquidação.

A titularidade, pois, do *status* de sócio, que decorre da propriedade da ação, verifica-se em todos os sucessivos proprietários da ação e não somente no último.

Estas considerações bastam, a meu ver, para excluir o acêrto da teoria da pendência.

Convém, no entanto, observar que a explicação proposta por essa teoria faria surgir problemas de solução talvez mais difícil do que aquêles que ela pretende explicar.

Com efeito, ela pressupõe que o direito cartular, conceitual e praticamente único, possa ser cindido nos seus dois lados, o ativo e o passivo, e que o momento em que se aperfeiçoa quanto ao lado passivo, seja diverso daquele em que se aperfeiçoa quanto ao lado ativo.

A doutrina da pendência exclui, com isso, a dificuldade que poderia derivar da indeterminação do sujeito ativo, criando, porém, em lugar dela, dificuldades, ainda mais graves, como sejam as que derivam da admissão de um direito cartular, já perfeito, quanto ao seu lado passivo, e, ao mesmo tempo, ainda pendente, imperfeito, quanto ao seu lado ativo ²⁰.

20. É, portanto, então, natural a possibilidade de chegar-se à posição radical de RAVÁ T. A teoria de PONTES DE MIRANDA poder-se-ia considerar quase como intermediária entre a teoria da pendência e a de RAVÁ T.

Ora, são, por certo, possíveis, deveres sem um correspondente direito subjetivo, como, possíveis, créditos com sujeito ativo indeterminado, mas determinável. Não é compreensível, porém, um débito que, sendo correlativo a um crédito, seja perfeito e atual, enquanto o crédito está ainda pendente.

Observe-se que, na hipótese do crédito cambiário, que é a considerada pela teoria da pendência, o débito e o crédito são os dois termos da mesma e idêntica relação obrigacional²¹. Portanto, admitida tal teoria, admitido estaria que o débito subsiste sem se saber perante quem: uma espécie de anfíbio, um débito que não se quer afirmar seja desprovido de sujeito ativo, mas para o qual não se quer admitir nenhum sujeito ativo²².

Podemos, pois, considerar que o direito cartular é único e cabe, sucessivamente, a diversos titulares, os sucessivos proprietários do documento.

Com isso voltamos ao ponto de partida, pois as teorias até agora examinadas não nos permitem vencer a dificuldade que estamos versando.

9. Essa dificuldade não é mesmo vencida por um último grupo de teorias que, tomando como ponto de partida a titularidade do direito cartular nos sucessivos proprietários do documento, pretendem explicar a autonomia desses sucessivos titulares, recorrendo ao instituto da delegação.

Essa tese teve um êxito singular fora da Itália, mas, apesar disso, não me parece aceitável, pelo menos quanto ao direito italiano.

Os que sustentam essa teoria ensinam que o devedor autoriza o credor a delegar a um novo credor, e assim sucessivamente.

Ora, é indiscutivelmente exato que o emissor de um título de crédito, pelo próprio fato de emitir um título de crédito, consente na sua circulação. Mas isso não explica por que o vício eventual da aquisição do direito, seja inoponível ao titular.

Nem a dificuldade é vencida pela teoria da delegação com novação, porque estas não excluem a possibilidade de opor ao credor delegatário a falta de título do credor delegante e, portanto, não explicam a ino-

21. Nas relações jurídicas que envolvem várias obrigações distintas é, na verdade, perfeitamente compreensível que cada obrigação se aperfeiçoe num momento diferente e, mesmo, que uma seja condicional e a outra não. Além de ater-se ao negócio jurídico no seu conjunto, a condição pode ater-se, de fato, somente a um dos seus efeitos. Assim é atual a obrigação do segurado em pagar o prêmio; condicionada à verificação do sinistro, a do segurador em pagar a indenização. Cf. VITERBO, *Rivista di diritto commerciale*, 1932, I, 40.

22. Cf. agora quanto à crítica da teoria da pendência VALERI, vol. I, pág. 218 e ali as referências ulteriores.

ponibilidade da exceção da aquisição *a non domino* em relação ao possuidor de boa-fé de um título de crédito²³.

10. As considerações que estamos desenvolvendo permitem, a meu ver, resolver, afinal, com simplicidade, a dificuldade a que me referi.

Como vimos, os titulares sucessivos de um título de crédito são os sucessivos proprietários do título.

Ora, a sua autonomia, concordemente afirmada pela doutrina, pela jurisprudência e legislativamente sancionada, demonstra, ao que me parece, que a titularidade do direito não decorre de uma transferência do direito cartular, mas surge, autônoma e originariamente, nos sucessivos proprietários do título pelo próprio fato da sua propriedade.

23. É fácil observar que se a teoria da delegação fôsse verdadeira (e delegantes seriam sucessivamente todos os sucessivos portadores do título, menos o último) ela deveria implicar a falta de titularidade no portador, se qualquer um dos portadores anteriores fôsse privado de titularidade (se, portanto, num título à ordem, qualquer um dos endossos anteriores fôsse falso, ou fôsse falsa a assinatura do sacador ou do emissor), pois isso seria bastante para interromper a série das delegações. Ao inverso, o art. 20 exclui peremptoriamente essa consequência e é pacífico (art. 46) que a falsidade do endosso não prejudica o portador de boa-fé.

A falsidade da firma pode ser oposta, é óbvio, pelo suposto devedor a qualquer portador, mas é pacífico que ela não prejudica a validade das outras assinaturas e, portanto, a titularidade do portador e o seu direito cartular em confronto com os demais assinantes.

Considerações análogas prevalecem para o caso de falsidade da firma do aceitante. Pode-se lembrar que a validade da firma do aceitante não é prejudicada pela falsidade da firma do sacador, dada a autonomia das obrigações cambiárias, e também esse princípio milita mais contra do que a favor da teoria da delegação.

Contra a teoria da delegação milita, justamente em relação ao argumento adotado no texto, um argumento histórico. A norma do art. 20 encontra a sua origem na ordenança de câmbio germânica e não tem correspondente nos sistemas anteriores, bem como na jurisprudência francesa, anterior à introdução em França da convenção genebrina (e é, portanto, natural a formulação da teoria da delegação em França).

Contra a tese da delegação milita também a possibilidade da cambial sacada sobre o sacador (art. 3.º da Lei Cambiária de conformidade com a Convenção Internacional e com o art. 724 Cód. Suíço das Obrigações. No mesmo sentido, o direito anglo-norte-americano e o Decreto de 27 de fevereiro de 1928, modificando o art. 17 da lei de 1922, no direito russo). Cf. VALERI, vol. I, pág. 269. No direito brasileiro, cf. FONTES DE MIRANDA, pág. 151, sobre a cambial sacada sobre o próprio sacador.

Finalmente, quanto aos títulos ao portador, não parece duvidoso que a falta de titularidade de um possuidor intermédio não prejudica o direito do portador sucessivo do título, quer este se torne titular com o simples concurso da sua boa-fé, como no sistema italiano, quer sejam necessários outros elementos (por exemplo, usucapião), como em outros sistemas. A própria forma de circulação dos títulos ao portador parece, aliás, contrastar com a delegação. Esta consequência torna a excluir a possibilidade de recorrer-se a uma delegação e torna a confirmar a teoria do texto.

É significativo, aliás, que em França, justamente os autores mais favoráveis à teoria da delegação (como THALLER), foram os que mais acentuaram a distinção entre títulos cambiários e títulos ao portador, fechando-se, assim, o caminho para uma construção unitária dos títulos de crédito.

Segundo a expressão de GIERKE, *das Recht aus dem Papier* deriva justamente do *Recht am Papier*.

A titularidade do direito é determinada pela propriedade do título.

Pois que, proprietário do título, é, no nosso direito, o possuidor de boa-fé, pouco importando a sua aquisição *a non domino*, compreende-se que a titularidade do direito cartular não seja excluída pela aquisição *a non domino*; compreende-se porque não sejam oponíveis ao sucessivo titular as exceções relativas aos vícios da aquisição do titular anterior.

Essa explicação permite ainda esclarecer como seja possível a existência atual do crédito, apesar da indeterminação do seu sujeito ativo. Este, com efeito, é determinável e determina-se através da propriedade do título.

11. É, aliás, essa explicação a única que se concilia com uma hipótese que, embora rara, merece ser considerada para os fins da construção jurídica dos títulos de crédito: a da aquisição do título, a título originário.

Já lembrei a possibilidade dessa aquisição; é pacífico que quem adquire um título, a título originário, é igualmente titular do direito nêle mencionado.

Mas, se isso é possível, forçoso é admitir-se que a titularidade do direito decorre autônomoamente da propriedade do título, independentemente de qualquer ato de transferência do direito, porque não se poderia encontrar nenhum ato de transferência do direito na hipótese de aquisição do título a título originário.

12. Essa explicação, que me parece a mais plausível, aproxima aliás, a hipótese da determinação do *sujeito ativo* do direito cartular, a uma categoria muito numerosa e conhecida, assinalada justamente pelo fato de que, o titular de um direito ou de uma obrigação, é determinado através da sua correspondente titularidade dum direito real.

Com efeito, tôda vez que o titular de um direito real é, por isso mesmo, obrigado a um *facere*, costuma reconhecer-se que a determinação do sujeito passivo da obrigação depende de uma relação de direito real; êsse é o caso das obrigações ambulatorias²⁴, êsse é o caso, conhecido no nosso direito civil, das obrigações acessórias de fazer, que podem incumbir ao titular de uma servidão passiva.

Por seu turno, o direito germânico, com a categoria dos ônus reais, transmitiu-nos o exemplo da determinação do titular ativo de um direito obrigacional, baseado numa relação de natureza real.

Não se avança, portanto, nenhuma hipótese que careça de precedente no mundo jurídico, sustentando que, nos títulos de crédito, a titularidade do direito depende de uma relação de natureza real. É a propriedade do título que determina a titularidade do direito.

24. Explícitamente a favor dessa categoria, Rocco, *Principi*, n.º 70.

Esta, portanto, surge por via originária e autônoma nos sucessivos proprietários do título²⁵.

13. É necessário determo-nos em acentuar o alcance das afirmações que agora avançamos.

Titular do direito, dissemos, é o proprietário do título.

O paralelismo, entre propriedade do título e titularidade do direito, encontra a sua explicação mais simples na afirmação de que a determinação do titular ativo do direito decorre da propriedade do título.

Justamente por isso, o direito de cada titular sucessivo é autônomo, isto é, independente daquele do titular anterior. É autônomo, porque não deriva do direito do titular anterior, mas da propriedade do título e, por isso, pode subsistir embora não existisse o direito do alienante; é, apenas, necessário e suficiente que exista a propriedade do título. Esta, por seu turno, é disciplinada pela regras que regulam a circulação das coisas móveis e, por isso, subsiste (no nosso direito, quando concorra a boa-fé), mesmo quando o alienante, embora tivesse sido apenas possuidor e não proprietário.

É assim que o direito cartular pode, verdadeiramente, "circular", quero dizer, transferir-se, de acôrdo com as regras peculiares às coisas móveis e não com as do direito comum relativas à transferência dos direitos; com efeito, a circulação refere-se diretamente ao título e é da propriedade do título que decorre a titularidade do direito.

A aquisição da titularidade do direito pode, portanto, dizer-se "a título originário"²⁶, uma vez que encontra a sua justificação na propriedade do título e não no direito do titular anterior.

25. Correntemente admitida quanto aos títulos ao portador, essa explicação é também acolhida, fora dessa hipótese, por numerosos autores (GIERKE, WINDSCHEID e CROME, na Alemanha; FERRINI, na Itália, e o próprio MESSINEO, embora exclusivamente quanto aos títulos representativos), mas geralmente descuidada. Foi recentemente criticada por BETTI, *Rivista di diritto commerciale*, 1927, I, pág. 583, com argumentos que, a meu ver, não são de todo procedentes, porque, postos de lado alguns exageros das doutrinas, justamente criticados por BETTI, este recorre somente à intenção das partes, que não me parece possa ser decisiva num problema que, como êsse, é de construção dogmática. Pela analogia com as obrigações ambulatórias, cf. também MESSINEO, pág. 6.

ARCANGELI, *ob. loc. cit.*, acolheu a teoria seguida no texto, quanto à hipótese da aquisição originária da propriedade do título; mas, admitindo-se isso, parece-me necessário admitir a tese do texto no seu alcance integral, porque a posição do titular do direito cartular é a mesma, quer tenha adquirido a propriedade do título originariamente, quer a tenha adquirido de modo derivado (cf. também MESSINEO, pág. 104).

Depois da primeira edição destes estudos, a construção seguida no texto foi acolhida por predominante doutrina: FERRARA, *La Girata della Cambiale*, págs. 71 e segs.; VALERI, vol. I, pág. 217 e LA LUMIA, *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, 1.

26. Como se afirma correntemente na doutrina italiana, a começar por VIVANTE e BONELLI.

Com mais exatidão, já vimos, o direito cabe a um titular indeterminado, mas determinável em razão da propriedade do título; correlatamente, veremos, a declaração cartular não visa um titular determinado, mas um titular indeterminado; a obrigação cartular não é assumida em relação a um titular determinado, mas em relação a um titular indeterminado; indeterminado, mas determinável em razão da propriedade do título.

14. É assim que se concretiza a exigência de objetivação do direito, na qual os títulos de crédito encontram a sua razão de ser. Os diversos princípios que viemos e iremos desenvolvendo se coordenam e completam reciprocamente e adquirem justamente nessa coordenação um alcance que lhes faltava, quando considerados e sustentados isoladamente.

A objetivação do direito, que se realiza através da ambulatoriedade do direito cartular, examinada neste capítulo, não seria possível sem a prévia delimitação e circunscrição do próprio direito, relativamente ao conjunto das relações intercorrentes entre as partes, qual nos capítulos anteriores procuramos pôr em destaque. Essa objetivação prende-se, por sua vez, ao que observaremos tratando da declaração cartular, dirigida, por seu turno, a um terceiro indeterminado: perfeita, por isso, com a simples criação do título.

Assim os títulos de crédito revelam todos os seus característicos; o intérprete pode coordenar as diversas normas legislativas e, ao mesmo tempo, avaliá-las quanto à sua maior ou menor eficácia para a obtenção do fim prático, peculiar aos títulos de crédito.

15. Nas páginas anteriores, referimo-nos ao titular do direito cartular e à autonomia do seu direito. Lembramos, no entanto, que o título pode ser objeto de direitos reais diferentes da propriedade (cf. antes pág. 200) e devemos, por isso, indagar se também o titular daqueles (p. ex., o usufrutuário, o possuidor a título de penhor) tem um direito autônomo, independente da existência do direito no titular anterior.

O problema costuma surgir na doutrina em um caso particular: o do endossatário em garantia na cambial, com referência à oponibilidade a este das exceções oponíveis ao titular anterior.

Esse problema encontra presentemente a sua explícita solução no art. 23 da Lei Cambiária (19 da Convenção), ao determinar (com uma redação que lembra a do art. 21 da mesma lei), que, na hipótese de endosso valor em garantia, "os obrigados não podem opor ao portador as exceções baseadas em suas relações pessoais com o endossador, a menos que aquêle, recebendo a cambial, tenha agido cientemente em prejuízo do devedor".

Na realidade, também o problema resolvido no art. 23 é um problema geral dos títulos de crédito, que deve ser considerado em todos os títulos e relativamente a todos os titulares de direitos reais (diferentes da propriedade).

16. Parece-me que se possa, antes de tudo, afirmar a autonomia do direito do possuidor pignoratício.

E, na verdade, é doutrina autorizada (VIVANTE) a que sustenta que o art. 707 do Cód. Civil e o art. 57 do Cód. Com. constituem uma norma referente, não só à propriedade, mas, mesmo, ao direito de penhor, no sentido de que o possuidor de boa-fé a título pignoratício é titular do direito de penhor, embora o penhor tenha sido constituído por quem não tinha o poder de dispor da coisa por essa forma. Pode, portanto, a mesma norma ser aplicada também à posse, a título de penhor, dos títulos de crédito²⁷.

Da regra correspondente em matéria de propriedade, deduzimos que o direito cartular surge autônomo nos sucessivos proprietários do título, em virtude da aquisição da propriedade, quer *a domino*, quer — se feita em boa-fé — *a non domino*. Podemos portanto, mesmo no que diz respeito ao penhor, afirmar que os direitos do possuidor pignoratício decorrem sempre, autônomo, da posse pignoratícia do título.

Também o possuidor pignoratício tem, portanto, no nosso direito, um direito autônomo²⁸, que, naturalmente, é o de credor pignoratício, e que, portanto, como vimos, está, evidentemente, circunscrito aos limites peculiares aos direitos de um credor pignoratício (cf. antes, pág. 200).

Essa premissa nos permite afirmar a consequência ulterior, consagrada no art. 23 da lei (19 da Convenção), isto é, a invulnerabilidade, do credor cartular pignoratício, às exceções oponíveis aos portadores anteriores, desde que não tenha, recebendo a cambial, agido cientemente em prejuízo do devedor.

Essa consequência não encontra a sua única justificação na premissa anterior, mas não poderia ser afirmada independentemente da mesma.

17. Já acentuamos, realmente, de um lado, que o problema dos limites do direito cartular (isto é, da sua distinção da relação fundamental e da sua abstração ou causalidade) é diferente daquele da autonomia do titular quanto à titularidade do seu antecessor, e, de outro, que a inoponibilidade das exceções, sob o primeiro aspecto, só pode, no entanto, ser afirmada relativamente a quem seja titular autônomo do direito cartular²⁹.

Com relação ao possuidor pignoratício do título ocorre tanto a primeira, como a segunda consideração. Ocorre a primeira, porque o di-

27. Aplicando, portanto, também ao possuidor pignoratício, a norma do art. 20 da Lei Cambiária, com referência, naturalmente, tão-sòmente aos seus direitos de credor a título de penhor.

28. Cf. VALERI, vol. I, pág. 233.

29. V. antes, pág. 110. Foi por isso que não tratamos do problema da inoponibilidade das exceções ao credor pignoratício da cambial, nos capítulos anteriores, não podendo, então, ainda afirmar a autonomia do direito do possuidor pignoratício do título.

reito cartular, na sua distinção da relação fundamental e na sua eventual abstração permanece naturalmente idêntico, quer o título seja objeto de propriedade, quer seja objeto de penhor. O que muda é, nesses casos, o direito sobre o título, isto é, o direito cujo objeto é (mediatamente) o direito cartular. Ocorre a segunda, pelos motivos anteriormente expendidos.

Isso nos permite desenvolver ulteriormente o princípio agora enunciado afirmando: 1) que na interpretação das exceções oponíveis ou inoponíveis ao possuidor do título, em penhor, deverá levar-se em conta a diferença entre títulos abstratos e títulos causais; 2) que as regras que viemos enunciando valem somente quanto a quem seja, possuidor do título a título pignoratício, isto é, quanto àquele cujo direito de penhor tenha por objeto diretamente o título e não quanto àquele cujo direito de penhor tenha, ao contrário, diretamente por objeto o crédito³⁰.

Equivale isso a dizer que é necessário que a posse do título tenha sido transmitida de acordo com as regras próprias à circulação cartular³¹.

18. Os mesmos princípios podem ser invocados na hipótese de usufruto.

Convém, no entanto, observar que, relativamente ao usufruto falta, não só nos títulos ao portador³², mas também nos títulos à ordem³³ uma forma cartular para tornar público ser, o título, detido, pelo possuidor, em usufruto e não em propriedade³⁴.

30. Da mesma forma VALERI, vol. I, pág. 235.

31. Cf. mesmo mais adiante, pág. 233. Depois do protesto ou dos prazos respectivos (no direito brasileiro, depois do vencimento), porquanto, o credor não pode adquirir sobre a cambial um direito de penhor autônomo, assim como não pode tornar-se titular autônomo (art. 25 da Lei Cambiária).

32. Nos títulos ao portador, a tradição não pode ser qualificada cartularmente (como nos títulos à ordem —, com o endosso próprio ou impróprio — ou como nos títulos nominativos, com diferentes anotações nos registros do emissor e no título).

Justamente por isso, no penhor dos títulos ao portador, é necessária a observância do art. 454, Cód. Com., isto é, desde que o valor seja superior a quinhentas liras é necessário o ato escrito para que possa provar-se a existência do penhor relativamente a terceiros. Esse ato escrito é, ao contrário, inútil nos títulos à ordem e nos nominativos, desde que o título tenha sido endossado com a cláusula "valor em garantia", ou o penhor tenha sido anotado nos registros do emissor (art. 455 Cód. Com.). No direito brasileiro cf. art. 789 e segs. do Cód. Civ.

33. Nos títulos nominativos é, ao contrário, possível a anotação do usufruto, nos livros do emissor e no título.

34. Cf. mais adiante, pág. 233.

CAPÍTULO IV

A CIRCULAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

SUMÁRIO: 1. Circulação dos títulos de crédito. — 2. Títulos ao portador, à ordem, nominativos. — 3. Títulos ao portador. História. — 4. Característicos. — 5. Títulos à ordem. História. — 6. Continuação. — 7. Característicos. — 8. Títulos nominativos. — 9. A circulação, ao portador, à ordem, ou nominativa, prende-se à posse. — 10. Posse e legitimação. — 11. Transferência da posse nos títulos ao portador. — 12. Nos títulos à ordem. — 13. Nos títulos nominativos. — 14. Transferência da propriedade. — 15. Titularidade do *tradens*. — 16. Manifestação de vontade. — 17. Vícios do negócio de transmissão. — 18. Posição do subadquirente. — 19. Endosso por procuração ou em garantia. — 20. Legitimação plena sem transferência da propriedade. — 21. Transferência da propriedade sem transferência da posse. — 22. Adquirente de um título nominativo e *transfert*. — 23. Titulares não autônomos. — 24. Incorporação do direito no título e interpretação dos negócios jurídicos. — 25. Endosso e responsabilidade de regresso.

1. As considerações que vimos desenvolvendo permitem construir, com simplicidade, os princípios que regulam a circulação dos títulos de crédito.

Admitindo ser, titular do direito, o proprietário do título e derivar, a titularidade do direito, autônomo da propriedade do título, fácil é concluir que a circulação do direito se efetua através da circulação do título e que é o sucessivo proprietário dêste, o titular — por isso autônomo — do direito cartular¹.

Dêsse modo é satisfeita, como já observamos, a exigência fundamental em matéria de títulos de crédito, justamente aquela em virtude da qual o conceito econômico de "circulação" adquire um preciso alcance jurídico, diverso da transferência do direito segundo as regras do direito comum.

1. Já lembramos, e voltaremos a êsse argumento (cf. mais adiante, pág. 237), que o direito cartular pode também circular de acôrdo com as normas do direito comum, isto é, sendo êle mesmo, diretamente, o objeto da transmissão. Lembramos também (cf. antes, pág. 106) que nessa hipótese não há, todavia, aquela inoponibilidade das exceções que constitui a característica dos títulos de crédito. É evidente que, nas páginas que se seguem, nos ocuparemos justamente da circulação que se verifica de acôrdo com as normas peculiares aos títulos de crédito.