

PONTES DE MIRANDA

TRATADO
DE
DIREITO CAMBIÁRIO

VOL. I

LETRA DE CÂMBIO

2.^a EDIÇÃO

CORRIGIDA E MELHORADA

1954

MAX LIMONAD

Editor de Livros de Direito

RUA QUINTINO BOCAIUVA, 191 - 1.º

SÃO PAULO - BRASIL

CAPÍTULO I

NATUREZA E CARÁTER DO TÍTULO CAMBIÁRIO

1. ELEMENTO REAL E ELEMENTO OBRIGACIONAL NOS TÍTULOS CAMBIÁRIOS: TÍTULO FORMAL, TÍTULO COM PLURALIDADE DE OBRIGAÇÕES, PRESTAÇÃO FUNGÍVEL, TÍTULO COMERCIAL. — Nos títulos cambiários, ao elemento real anda assaz ligado o elemento obrigacional, com preponderância daquele, preponderância que se acentua nos casos de letra de câmbio ao portador, que o direito brasileiro conhece, de letra de câmbio e nota promissória com o nome do tomador em branco e de qualquer endôssô em branco. Em todo caso, é preciso que não se exagere o valor do elemento real, em que a vontade se concretiza, com prejuízo dessa. O direito cambiário chegou a tão grande harmonia de técnicas e a técnica tão longe levou o seu intuito de harmonizar interêsses particulares e do público, que o sacrifício de qualquer elemento significa, sempre, êrro de justiça. Para o título cambiário ser o que é, não se teve sòmente de recorrer a um ou a alguns dos expedientes, dos muitos que conhece o direito comum. Nêle, em verdade, se observa *complexo* de expedientes técnicos, de que surgiu, como disciplina comum de vários institutos singulares, o instituto do título cambiário.

(a) Primeiramente, o título cambiário é título *formal*, porque a lei, acentuando a literalidade exigida, só admite vontade cambiária que se expresse e se *declare* no título, de modo que obrigações e direitos resultem imediatamente do texto cambiário. É velho dito, em que se traduz o exclusivismo formal da letra de câmbio e da nota promissória, *Quod non est in cambio non est in mundo*, a que os escritores alemães fazem corresponder o princípio chamado da *Geschlossenheit des Wechselverhältnisses* (A. LENHOFF, *Einführung in das einheitliche Wechselrecht*, 57 e 70): princípio de plenitude da relação cambiária. Tudo o que há de cambiário está no título, se bem que tudo que pode estar no título não seja cambiário. A lei intervém para dizer qual a *forma* que ela reputa segura para a expressão da vontade cambiária, sem tornar cego êsse formalismo, porque foi feito para servir à circulação, aos possuidores de boa fé, e não para lhes causar prejuízos. (Uma das teorias do título formal fêz dêsse elemento a chave do problema

das obrigações cambiárias, sem atender, portanto, a que é apenas *um dos elementos*: a *Formalaktstheorie*.) A compreensão das exigências formais como a serviço de tal finalidade serve enormemente ao intérprete e ao juiz na aplicação do direito cambiário. O órgão foi feito para a função, e não para danificá-la, o que facilmente se compreende.

(b) Também é título *abstrato* o título cambiário, de modo que já lhe conhecemos dois caracteres: é formal e é abstrato. Sem isso falharia êle à função econômica a que se destina. Diz-se *abstrato*, porque nêle se abstrai da causa, não porque a vontade privada o tenha imposto, e sim porque a lei o quer. É abstrato por *fôrça de lei*. Assim, além de direito autônomo, que adquire o possuidor, tem êle direito abstrato, com que a sua posição se fortalece, fazendo-o livre do contágio de quaisquer causas das relações em que estiveram os possuidores precedentes. Diante dêle está o conteúdo objetivo de uma promessa, e uma lei, que a faz obrigatória. Em verdade, não está só uma promessa, estão diversas promessas, mas tôdas, se bem que lançadas no mesmo título, mais ou menos sistematicamente, autônomas, formais e abstratas. (A abstração do título estêve à base das teorias alemãs, mais ou menos abertamente, desde K. EINERT. A abstração é, porém, um *fato*, e a teoria da cambial não se pode fundar sòmente num fato, ou num elemento da cambial.)

(c) Há ainda a terceira característica dos títulos cambiários: poder o mesmo título conter *pluralidade de obrigações* e essa pluralidade, a despeito de autonomia levada às conseqüências máximas, é servida por princípio de solidariedade em relação ao titular do direito cambiário, que se afasta profundamente do direito comum. (A pluralidade de obrigações levou as velhas teorias à explicação do endôso e do aval como saques, isto é, assimilando-os à obrigação do sacador, sem atenderem a que há endôso e aval na nota promissória. A natureza das obrigações cambiárias é que é a mesma. As teorias pecaram em tomar um fato, a pluralidade obrigacional, como característica *única* do título cambial.)

(d) Quarto caráter é o da *fungibilidade da prestação cambiária*, com o que se facilita a sua função econômica, afastando-se tudo que pudesse ser dificultado no pagamento por um obrigado, em vez de outro. Pelo fato de ser a letra de câmbio concebida, necessariamente, como promessa de soma de dinheiro, as leis procuram impedir-lhe a circulação ao portador. Excepcionalmente, alguns sistemas permitem tal cláusula; é o que ocorre com o

Brasil, que, em todo caso, a proíbiu na nota promissória. (A escola cambiária de Lípsia, que chegou ao auge com K. EINERT, exagerou a significação desse elemento, fazendo-o quase único, na expressão célebre: a cambial é o papel-moeda do comerciante.)

(e) O quinto caráter da cambial é ser título *comercial*, quer se trate de letra de câmbio, quer se trate de nota promissória, quaisquer que sejam os obrigados cambiários, inclusive os obrigados originários e os obrigados diretos. São obrigados originários, na letra de câmbio, o sacador e, na nota promissória, o emitente; são obrigados diretos, na letra de câmbio, o aceitante e, na nota promissória, o emitente, sendo obrigados originários ou diretos, conforme as firmas que avalizam, os avalistas. A comercialidade dos títulos cambiários tem como consequência, no método de fontes e interpretação do direito cambiário, incidirem em primeira plana os princípios de direito comercial, sempre que se tem de recorrer ao direito comum como base para a rigorosa extração de princípios de direito cambiário.

No vol. II (Nota promissória) e nos vols. III (Duplicata mercantil) e IV (Cheque), mais desenvolvemos o assunto.

No direito brasileiro, confere-se ao título cambiário eficácia processual particular, que é a *executividade do processo*, porém tal propriedade, que lhe vem da qualidade de documento formal, não constitui elemento característico, dada a pequena importância que, hoje, tem o direito cambiário processual, uma vez que o direito material chamou a si a estruturação das prerrogativas cambiárias. Demais, muitos são os títulos dotados de executividade, o que diminui, enormemente, a vantagem que poderia representar, para a letra de câmbio e a nota promissória, o processo executivo.

2. COMPLEXO DE OBRIGAÇÕES CAMBIÁRIAS E DOGMAS DO DIREITO CAMBIÁRIO; TÍTULO DE IR RECEBER E TÍTULO DE RESGATE. — Para que o complexo de caracteres e esse complexo de obrigações cambiárias, constantes do título, possam coexistir em harmonia e com plena eficiência, o direito cambiário formula três postulados, de cujas consequências resulta, na feitura da lei, a quase totalidade dos preceitos legais e, na aplicação do direito cambiário, tudo que escapa ao texto legal. Esses postulados, que serão estudados em Capítulo especial, conforme se nos impõe, são o da *solidariedade cambiária*, o da *autonomia das obrigações cambiárias* e o da *subordinação da vontade privada ao modelo legal* (rigor cambiário), mais ou menos rígido, criado com o fito de proteger o tráfico dos títulos cambiários. São postulados do direito cambiário e cambiariforme.

Títulos de crédito, formais e abstratos, essencialmente comerciais, hábeis à documentação de outras declarações unilaterais de vontade, que tódas produzem obrigações solidárias, mas de solidariedade específica, e munidos de certo valor documental, que só pode ser destruído por provas claras, terminantes e concludentes, (Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de novembro de 1914, *R. dos T.*, 12, 240), os títulos cambiários exercem papel de primeira ordem no mundo dos negócios, papel tanto maior quanto a sua disciplina permite que se prefira a letra de câmbio ou a nota promissória, conforme entenda o seu criador. A diferença entre os dois tipos é pequena, e ambos são dotados da mesma idoneidade a recolher as declarações unilaterais de vontade de outros subscritores.

Os títulos cambiários são *títulos de apresentação*. Sem a posse do título ou da legitimação judicial em casos de amortização não é possível exercer-se o direito cambiário: e alguns direitos são exercíveis com a simples detenção. A obrigação cambiária é *quærabile*, perseguível, de ida ao obrigado, e a reclamação só se realiza mediante a apresentação do título, quer se trate de pagamento, quer de aceite. Os termos de vencimento não produzem, com o último momento, a mora do possuidor do título. Além disso, exige a lei que a prova da falta de aceite, ou de pagamento, ou da recusa de aceite ou da recusa de pagamento seja formal: o protesto.

São êles, também, títulos de resgate (*Eintlösungspapier*). Quem paga deve exigir que se lhe entregue o título e, por isso mesmo, quando a entrega não é possível, a lei lhe dá direito a duas quitações, — uma no título, e outra em separado.

Tais são os títulos cuja estrutura e vida jurídica a Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, regulou, lei contra a qual a imprensa da época, traduzindo as convicções de um comércio retrógrado, aferrado às velharias do Código Comercial, secularmente impróprias às necessidades das praças brasileiras, foi de violência não usada quando se trata de leis novas. O inspirador da lei fôra JOSÉ A. SARAIVA, magistrado da Relação de Minas Gerais, que havia adquirido, no seu tempo, grande cópia de conhecimentos da doutrina alemã do direito cambiário. Deve-se-lhe êsse grande passo na técnica legislativa do Brasil. Não tardou para que êsse comércio retrógrado, de posse de princípios novos e de tão sutil instrumento das relações comerciais, reclamasse e criasse um dos mais brasileiros dos institutos, a *duplicata mercantil*, a que muito se deve quanto à difusão do comércio a crédito.

3. A CAMBIAL NA ANTIGÜIDADE E NOS TEMPOS POSTERIORES. — Na antigüidade, entre Assírios e Hebreus e na Índia, há indícios

de títulos parecidos com o título cambiário da idade moderna. Outrossim, na Grécia. Títulos com o complexo das obrigações que hoje apontamos na letra de câmbio foram usados pelos Árabes. Faltam, porém, os laços históricos provados entre a vida jurídico-comercial desses povos e a evolução da cambial moderna, que teve no Século XVI estudos tendentes a defendê-la da pecha de dissimuladora da usura e, no século seguinte, tôda uma acidentada teorização própria. Duas concepções, por bem dizer, veementemente se enfrentaram, a francesa e a alemã, como que indiferentemente assistidas — de longe ou de perto — pela concepção insular do direito cambiário inglês.

Na história do direito cambiário brasileiro, até 1908, foi a concepção francesa que predominou, concepção que continuava e continuou agarrada à explicação contratualista. À permuta, ao mútuo, à locação, ao mandato, à compra-e-venda, ao contrato consensual *sui generis*, ao contrato inominado *do ut des*. L. NOUGUIER, J. RUBEN DE COUDER, F. ALAUZET, FREMERY, A. BOISTEL e os outros viram na letra de câmbio o instrumento de contrato consensual, similar ao da compra-e-venda, porém R. POTHIER recorreu à troca. R. TROPONG, à combinação dos elementos do mútuo, do mandato e da venda. BRAVARD-VEYRIÈRES, se o tomador forneceu o numerário, à troca, se mercadorias, à compra-e-venda. Sempre, como se vê, a um contrato. Tal foi a estruturação romanística que passou à península ibérica e ao Brasil. A Carta régia de 12 de julho de 1801 mandava aplicar ao desconto das letras de câmbio as leis relativas ao mútuo e à compra-e-venda. FERREIRA BORGES e SILVA LISBOA, se bem que atendessem às diferenças entre o contrato de câmbio e o de compra-e-venda, não se libertaram das idéias do tempo: o primeiro considerava o contrato entre o passador (sacador) e o recebedor (tomador) a raiz e o solo ou fundamento de todos os outros; o segundo dizia que o endôssô denota recibo e, sem a confissão do valor recebido, se presume simples mandato.

A concepção francesa ateuve-se, ainda naqueles que mais a diluíram, ao contrato de câmbio. A emissão de cambial demonstraria, sempre, a existência de contrato, contrato de promessa da cambial, o qual pode ser comercial ou civil, se bem que a cambial seja sempre comercial. A própria cláusula *à ordem* há de aparecer no endôssô e com ela os elementos principais do contrato originário de câmbio. Deve êsse ter a sua causa, que se documenta literalmente como a própria obrigação do sacador.

A concepção alemã abstrai da causa; e K. EINERT, com a escola cambiária de Lípsia, representou a expressão de realismo que se limpa das heranças romanísticas e alcança construção susceptí-

vel de ser formulada em breves palavras: a cambial é o papel-moeda dos comerciantes. Emitida a promessa ao público, cria-se, nesse, a fé no pagamento, de acôrdo com as cláusulas apostas ao título, e assim se explica a existência do direito autônomo. O tomador não pode dar a outrem mais do que tem, de modo que são idénticos os direitos de quaisquer possuidores sucessivos. Se existisse contrato entre o subscritor e o tomador, não se poderia conceber a autonomia do direito. Por isso, a cambial ao portador e o endosso em branco constituem a forma mais perfeita do papel cambiário. (KARL EINERT, *Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im 19. Jahrh.*, 135). O serviço prestado pela doutrina alemã foi enorme, pois aí se acentuou o caráter abstrato do título cambiário. Porém as teorias unilateralistas, em que se espectrou, analisadas noutro livro, não se satisfizeram com a explicação einertiana. (Sôbre os títulos de crédito na antigüidade e sôbre as diferentes teorias, alemãs, italianas e francesas. — nosso *Dos Títulos ao portador*, 2.^a ed., I, 42-268.) Ora se fala de contrato com incerta pessoa, incorporando-se no papel a dívida, por se tratar de relação jurídica que não liga o declarante à personalidade individualmente conhecida de outrem, mas à simples qualidade geral; ora de contrato com sujeito *in abstracto* (JOLLY); ora de contrato com o tomador e, simultâneamente, com a série dos sucessivos possuidores (L. GOLDSCHMIDT); ora de contrato com representação dos futuros possuidores (diálogo a um, em que o subscritor do título representa simultâneamente dois papéis, o de obrigado e o de futuro credor), tal como em OTTO VON GIERKE e em JOSEF UNGER; ora de personificação do título, de modo que não é o tomador, nem qualquer dos possuidores sucessivos que se considera credor, pois o título mesmo é que é uma pessoa, o que constituiu, na história das teorias, na expressão de G. BESELER, ato de desespero (E. I. BEKKER, VOLKMAR e LÖWY, após ALBRECHT SCHWEPPE). As teorias jurídicas típicas foram a da criação, segundo a qual o título obriga no momento em que é criado; a da redação ou da promessa, em que se atende à necessidade de tomar, se bem que não haja a de coexistirem dar e tomar; a teoria da boa fé, que explica a estruturação conceptual da letra de câmbio como imposta pela finalidade da proteção à posse *bona fide*; a da emissão, que nega ao ato de criação o tornar obrigatória a promessa e exige a emissão; a da aquisição da propriedade, em que se dá ao elemento real papel decisivo.

Muitas foram as teorias surgidas, quer na Alemanha, quer na Áustria, quer na Itália e na França; mas, nos nossos dias, os problemas técnicos tomaram a frente e o direito cambiário fez a

decantação de tôdas elas, ou por serem insuficientes descrições dos fatos, ou por se revelarem construções com o propósito de referir a algum instituto do direito comum, ou a mais de um, o fato especialíssimo da obrigação em títulos de crédito. CESARE VIVANTE recorreu ao contrato e ato unilateral concomitantes: contrato com o tomador e promessa unilateral aos possuidores sucessivos. Outros, à estipulação em favor de terceiro. A pendência foi explorada por R. VON JHERING e alguns mais; a aparência, que constitui elemento material da circulação cambiária, passou, em algumas teorias, do seu caráter fáctico, a fundamento de explicação exaustiva. Donde a teoria da aparência, que ainda tenta salvar alguma coisa do vínculo direto, com a idéia de consciência da declaração (H. ISAY, *Willenserklärung und Tatbestand des Rechtsgeschäfts*, 13 s., 15). L. BARASSI (*La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, n. 24) recorreu à natureza receptícia da declaração, nos títulos de crédito. A. MANIGK (*Willenserklärung und Willensgeschäft*, 324) negou-lhes o caráter de vontade *negocial*, de modo que a vontade de criação não é vontade *negocial*, porque quem cria o título somente pelo ato de criar não lhe dá a *negocialidade* da declaração. Mas, em vez de se satisfazer com o contacto com o *alter*, exigia o negócio da emissão.

4. A HISTÓRIA DA CAMBIAL HÁ DE CONSTAR DO SEU TEXTO. — É da natureza e do caráter da cambial que a sua *história* conste do seu texto. Daí só se invalidar, ou ser atingida, com a falsidade, a incapacidade, a deficiência formal ou a violação de preceitos formais, a prescrição, ou quanto dela possa constar, explícita ou implicitamente. Tudo que é cambiário deve resultar do título, estar nêlo, ainda que potencialmente. O estilo das obrigações cambiárias é, de uso, sintético, claro, preciso; a lei facilita isso, e incentiva a laconicidade, permitindo obrigações cambiárias nascidas do simples lançamento das firmas e considerando obrigadas tôdas as firmas lançadas. Por outro lado, o cancelamento de certas firmas apaga, por lei, as obrigações respectivas.

Um dos obrigados é o criador do título: o sacador, em se tratando de letra de câmbio; o emitente, em se tratando de nota promissória. As declarações dêles são chamadas, por isso, originárias. Tôdas as mais são sucessivas e eventuais.

(a) Não há título cambiário sem declaração cambiária originária. Tôdas as declarações sucessivas são acidentes da vida do título. Não se diga que é necessária a declaração cambiária direta, porque isso só se dá na nota promissória; na letra de

câmbio, a declaração cambiária direta, que é a do aceitante, pode não existir. Seja como fôr, é preciso ter sempre em vista que a autonomia das obrigações cambiárias obriga tôda exposição de direito cambiário a explanação dos princípios gerais e a método nitidamente analítico dos institutos singulares.

A abstração, que caracteriza as declarações cambiárias, quer originárias, quer sucessivas, é abstração de *direito material*, e não de *direito formal*, de modo que, ainda que o processo não seja o processo cambiário específico, ao sujeito passivo da obrigação cambiária não é dado defender-se com outras exceções que não sejam aquelas admitidas pelo direito cambiário. É ponto digno de tôda a atenção, devido a confusões em que tem incorrido, aqui e ali, a jurisprudência. A sorte da obrigação cambiária decide-se no processo ordinário como se decidiria no processo executivo. Teremos ensejo de dizer que a parte processual do direito cambiário é, hoje, ínfima, e que se operou espécie de materialização do que era formal nas regras sobre cambiais. A proteção do possuidor de boa fé obrigou a doutrina dos povos de grande cultura de direito privado a reconhecer a abstração cambiária. Se sistemas estatais, como o francês, resistiam, foi pela força de tradição teórica encobridora dos fatos mesmos da vida. No direito inglês também não se chegou a conceito geral da abstração cambiária, porém a defesa da boa fé, do *holder in due course*, alcança, por outros caminhos, os mesmos resultados, ou quase aos mesmos, faltando apenas à técnica jurídica inglesa a conceituação precisa a que chegaram os juristas alemães, austríacos, brasileiros e italianos.

É típica da circulação cambiária a atribuição, a cada um dos possuidores sucessivos do título cambiário, dos direitos respectivos, porém com inteira autonomia, de modo que não há sòmente a autonomia das obrigações cambiárias, existe também a autonomia dos direitos cambiários, donde resulta o princípio da inoponibilidade das exceções.

(b) As expressões *recebeu e contou*, ou *foi-lhe entregue e deu*, *depois de contar e achar certo*, como *recebido*, que aparecem nos contratos, e aqueloutra, mais simples, que se usava nas letras de câmbio do antigo direito luso-brasileiro e brasileiro, *valor recebido*, atestavam a existência da causa. A Ordenação alemã eliminou-a, esvaziando de tal pressuposto, até à abstração, o título. E, por isso mesmo que não se leva em conta a causa, não é possível pro-ceder-se a inquéritos e indagações sôbre vícios ou defeitos dela, tão-pouco, sôbre a sua ilicitude, ou sôbre ofensa à moral pública ou aos bons costumes.

A questão de ser abstrato, ou não, o negócio cambiário, volta, a cada momento, à discussão. Quer isso dizer que se remonta, de quando em quando, ao problema inicial, — que se provocam reexames, que a muitos pareceriam tardios, das teorias, velhas e novas, sobre a natureza da cambial. Principalmente sobre o ponto da existência, ou não-existência, de negócio jurídico cambiário independente do negócio fundamental. Por vêzes se entende reafirmar que se trata de grave confusão entre o negócio jurídico e a sua forma, ou, mais precisamente, a sua documentação. Falou-se, até, em tomar-se o retrato pelo homem, ou em se confundirem as vestes com o indivíduo. (Por exemplo, com certa feição de teorizar, o Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de novembro de 1895, *G. J.*, 10, 79; confundindo o problema da ilicitude nas relações entre as partes com o problema da abstração do título, o mesmo Tribunal, a 12 de setembro de 1913 e a 19 de setembro de 1916, *S. P. J.*, 33, 384, e *R. dos T.*, 19, 350; com errônea suposição de que exista a presunção *iuris et de iure* da existência real da causa da dívida, o que é excluir a noção direta de abstração do título, o julgado da 5.ª Câmara da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 18 de julho de 1931, *R. de D.*, 102, 415, talvez por influência da Relação de Minas Gerais, a 17 de outubro de 1916, *R. de D.*, 46, 416, 5 de setembro e 3 de novembro de 1917, 26, 68, 16 de novembro de 1918, 31, 256, 1.º de março de 1919, 31, 461, e outras vêzes. Certo, o Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 3 de fevereiro de 1934, *R. F.*, 62, 141).

5. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE E RELAÇÃO JURÍDICA SOBREJACENTE À CAMBIAL. — Relação jurídica subjacente ou sobrejacente é relação jurídica extracambiária, ou outra relação jurídica cambiária, todavia tão estranha à relação cambiária de que se cogita como seria a relação extracambiária. A expressão “relação jurídica fundamental” é reminiscência das teorias que confundiam a obrigação cambiária e o negócio subjacente ou sobrejacente, negócio que talvez não tenha existido. Tôdas as concepções de causa que se pôs de lado, ou de causa remota, ou de causa coberta, mal disfarçam as suas origens; *a fortiori*, as que se reportam ao *pactum de cambiando*, ou à convenção executiva.

(a) A relação jurídica subjacente ou sobrejacente pode ser antecedente, simultânea ou sucessiva à declaração cambiária *originária*, ou a alguma ou algumas das obrigações cambiárias *sucessivas*. Cada obrigação cambiária pode sobrestar-se a relação jurídica diversa, causal ou, também ela, abstrata, *e. g.*, pagamento de letra de câmbio com outra letra de câmbio, ou de nota promissó-

ria com alguma letra de câmbio, ou vice-versa. Pode ocorrer que não exista nenhuma relação subjacente ou sobrejacente. Mas, exista, ou não exista, o título cambiário nada tem com a relação jurídica que subjaz ou sobrejaz. Por isso mesmo que êle não tem causa, que é ôco de causa, é que se presta a encobrir ou cobrir a causa de alguma relação jurídica estranha. Encobrir ou cobrir, porém não fazê-la *sua*.

(b) A relação jurídica entre sacador e sacado, quanto ao saque, é fundada no que porventura se passou entre sacador e sacado; porém a ela é estranha a relação cambiária, que só se estabelece com o aceite do sacado. A letra de câmbio é independente do negócio subjacente, ou sobrejacente, entre sacador e sacado, como êsse é independente dela. Em consequência, a preclusão, a prescrição, ou a nulidade, ou a anulabilidade, a resolução, ou resilição, ou denúncia, ou ineficácia de um não afeta o outro. Enquanto o direito cambiário é direito especial dentro do direito comercial, as regras jurídicas sôbre o que se passou entre sacador e sacado, antes ou depois do saque cambiário, são de direito privado comum. O sacado não é obrigado a aceitar a letra de câmbio; mas o não-aceite pode constituir infração do contrato subjacente ou sobrejacente. Cumpre, porém, observar que se não há, nesse contrato, a obrigação de aceitar, ainda que o prazo do vencimento seja o mesmo da obrigação convencional, o sacado não se supõe obrigado a aceitar, porque seria obrigá-lo a assumir obrigação abstrata; isto é, a privar-se de algumas exceções. Se a aceitação significa novação, o que é assaz raro, responde o negócio fundamental, mas os princípios do direito cambiário impõem que não se considere novação, do lado das obrigações cambiárias, porque a estrutura da letra de câmbio, a sua abstração, a inexistência de relação direta entre sacador e sacado afastam tal possibilidade. Tem-se, então, caso de renovação de efeitos só no tocante à extinção da relação jurídica anterior, sem quaisquer consequências para a relação ou para as relações oriundas do título cambiário.

Se o sacado aceita, ou se aceita e paga a letra de câmbio, nenhuma ação cambiária tem êle contra o sacador. A sua obrigação cambiária é, como tôdas as outras obrigações cambiárias, abstrata. Sendo abstrata, pela prestação do sacado, nenhum direito lhe nasce. Direito êle tem, extracambiário, pôsto que devido a pagamento cambiário, com base na relação jurídica de provisão. A prestação cambiária é apenas um fato. Se falta a relação jurídica de provisão, o sacado tem de recorrer a outra relação de direito comum, — ou à de mandato, ou à de gestão de negócio, ou a outra, que melhor feição lhe faça. Porém tudo isso é estranho ao direito

cambiário. Só o direito comum decide. De ordinário, nasce um crédito a favor do sacado em virtude da assinação.

(c) A revogação do saque, que só pode ter efeitos extracambiários, depende da relação jurídica existente entre sacador e sacado, tendo-se a observar que o sacador é sempre responsável, perante o sacado, pela revogação que não podia fazer, ou que, não expressamente permitida, as circunstâncias tornaram perigosa, deturpadora, ou causadora de danos.

(d) Nunca se deve falar de *novação*, em se tratando de título cambiário, porque seria emprestar-lhe causa. Quem substitui letra de câmbio por outra não inova e o termo usual "renovar a letra de câmbio" não tem sentido técnico-jurídico, (C. S. GRÜNHUT, *Wechselrecht*, II, 243 s.), mas apenas material, na prática comercial. A abstração é obra da lei. No momento em que se cobra o título e o possuidor está de má fé, a obrigação cambiária não perde o seu caráter de obrigação abstrata: a relação subjacente ou sobrejacente vem à tona, pelo desamparo em que a lei deixa o possuidor de má fé. Exsurgem as exceções *ex causa* como outras exceções. Aliás, a situação do possuidor de má fé, é, de regra, situação de desamparo.

A referência, que está aparecendo na jurisprudência brasileira (*e. g.*, Côrte de Apelação de Pernambuco, 15 de março de 1935, *A. J.*, 34, 566), por influência de maus doutrinadores, à *novação*, que representaria a emissão do título cambiário, liga a Lei n. 2.044 a teoria que não foi, de modo nenhum, a do legislador brasileiro em 1908.

6. LEI E VONTADE PRIVADA; DECLARAÇÕES UNILATERAIS DE VONTADE. — A criação da cambial *mais* supõe a lei do que a vontade privada; principalmente, só supõe vontade de alguém e lei. Toda consideração contratualística entre o promitente, assim na letra de câmbio como na nota promissória, é impertinente. A *abstração* nasce disso. É abstrata a cambial, como é abstrato o título ao portador, porque se concebeu como promessa ao público, contacto com o *alter*, com a lei, como vontade do Estado. A obrigação é, então, com todos, como ocorre com as promessas de recompensa, os automáticos, as obrigações por atos ilícitos, matérias que tivemos ensejo de tratar *unitariamente*, sob a mesma direção científica (*Da Promessa de recompensa*, Rio de Janeiro, 1927; *Dos Títulos ao portador*, 1.^a edição, 1921, 2.^a edição, 1932; *Das Obrigações por atos ilícitos*, 2 tomos, 1927-1930). As obrigações cambiárias são, todas, obrigações oriundas de declarações unilaterais de vontade, de *promessas unilaterais*.

Entre a criação da cambial e o negócio que levou alguém a criá-la, *negócio que pode não ter existido*, só existe relação de ordem temporal (proximidade), ou fáctica (causa extrajurídica, objetiva). De ordinário, à base da emissão, ou à base do aceite, do endosso, ou do aval. Nada impede, todavia, que seja posterior a qualquer desses atos (*c. q.*, abertura de crédito sobre títulos, ou entrega de cambiais com intuito de preparar negócios propostos ou a serem propostos). Aliás, por vezes não há outro negócio que o da cambial mesma como objeto, tal como acontece em todo desconto puro e em toda aposição de firma de favor. Bastaria, porém, o fato de poder não existir o negócio, — seguindo, a despeito disso, o seu caminho perfeitamente jurídico e, por lei, livre disso, a cambial, — para se ver de que estranho fenómeno se trata quando, no domínio próprio do direito cambiário, se alude ao negócio dito fundamental. A relação que pode existir é fáctica, e não *jurídico-cambiária*. Talvez seja, em certos casos, *jurídico-comum*; não, porém, *jurídico-cambiária*. A cambial é, pois, de si e por si, relação jurídica autónoma e abstrata.

7. NEGÓCIO JURÍDICO DE QUE O TÍTULO CAMBIÁRIO FOI OBJETO; CONTRATO PRELIMINAR OU PRÉ-CONTRATO. — Se se teve o título como objeto de compra-e-venda, ou de troca, ou de empréstimo, ou de dação *in solutum*, ou de prestação contratual, o acontecimento só interessa a outra *relação jurídica*, e não à *relação jurídica da cambial*. Talvez o título tenha sido roubado, furtado, achado, indevidamente apropriado, e então não terá sido, sequer, objeto de negócio jurídico. Por isso mesmo, sempre nos pareceu que mais avisados teriam andado os tratadistas do direito cambiário se se houvessem abtido de exames e exposições sobre o negócio fundamental — a que melhor fôra chamar-se “possivelmente *subjacente*”, se não pudesse ser também *sobrejacente* — e só se houvessem preocupado com a relação jurídica típica do fato cambiário. Dizer-se, por exemplo, que, às vezes, o negócio somente concerne à aquisição mesma da cambial e, outras, a prestação consistente no ato cambiário (criação e emissão, aceite, endosso, aval, pagamento) apenas constitui execução de outro negócio, é assunto estranho ao direito cambiário. Donde poder-se dizer que os *negócios sobre cambiais não são cambiários*; relação jurídica cambiária é a da cambial em si. Certo, se se adquire a cambial como mercadoria (letra de câmbio ao portador), o vendedor pode ser estranho aos nexos cambiários. No desconto, não; é um dos coobrigados que entrega a cambial (letra de câmbio ao portador ou à ordem, nota promissória). Tudo isso é, porém, alheio às relações jurídicas das

cambiais, ou é relação jurídica cambiária *tout court*. A vontade cambiária, essencialmente dirigida à vontade social expressa na lei, portanto, por lei, *declaração unilateral de vontade*, é inconfundível com qualquer outra relação jurídica, ou não jurídica, que dela seja causa *fáctica*, trate-se de negócio bilateral ou unilateral. Tal independência relacional é inelidível. Se um vendedor, ou um mutuante, ou um locador, prevê, no contrato de compra-e-venda, de mútuo, ou de locação (e o exemplo pode ser adaptado a outros contratos), que, em vez de dinheiro, dê ou possa dar o comprador, ou o mutuário, ou o locatário, título cambiário, diz-se que aí se trata de pacto acessório, normativo, e então a entrega da cambial, por tradição só, ou por tradição e endosso, apenas interessa a tal pacto, e não ao contrato mesmo. Mas também nisso se está a discorrer sobre matéria que não é de direito cambiário. Toda investigação sobre isso, proveitosa a outros respeito, aqui tolda o assunto das nossas cogitações. Temos de ver, em insistências tais, reminiscências dos tempos em que o contrato cambiário, ou outro, estava à base, essencialmente, da cambial, ou, pelo menos, lhe era preparatório (dito contrato preliminar, ou pré-contrato, em H. THÖL: — sobre a terminologia de H. THÖL, J. ROTII, *Der Vorvertrag*, 1 s.; sobre e contra o conceito, — A. VON THUR, *Der Allgemeine Teil*, II, 494). Mas a noção, aí, é inoperante *para o direito cambiário*: a questão de se saber se houve, ou não, negócio preliminar, ou contrato preliminar, ou pré-contrato, só interessa ao negócio jurídico ou contrato mesmo (a preliminariedade, como a acessoriedade, depende do acessório, do preliminar, e não do principal, ou preparado, que só é tal, porque o acessório, o preliminar, o preparatório o fêz). *Do lado da cambial, nenhuma relação para com elle existe, quer se trate do saque, quer do aceite, quer do endosso, quer do aval* (S. SCHLOSSMANN, *Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogennanten Realkontrakte*, *Jherings Jahrbücher*, 45, 95). Se se fala de pré-contrato, de contrato preliminar, ou de contrato preparatório, ou de contrato fundamental ou básico, crendo-se que a relação afeta a cambial, cai-se nalguma das teorias contratualistas, que repugnam à concepção germânica, à Lei brasileira n. 2.044 e ao Direito uniforme (Conferência de Genebra). Ainda que se não concebesse a relação de acessoriedade, de preliminariedade ou de preparatoriedade como apenas estabelecida do lado do ato (ou contrato) acessório, preliminar, ou preparatório, ter-se-á de excluir qualquer alusão ou suposição de que haja *contrato* na cambial, porque a contratualidade é inconciliável com o regime jurídico que o direito cambiário estabelece. Assim, a noção de contrato preliminar, preparatório, acessório, ou

pré-contrato, que suponha a existência de contrato definitivo, é absurda, em se tratando de cambial, onde a preparação, a preliminariedade, a accessoriedade *fáctica* não podem penetrar na sistemática material e formal do direito cambiário. Por isso nenhuma influência tem qualquer momento da vida pregressa da atividade do sacador, ou do emitente, do aceitante, do endossante, ou dos avalistas, na vida cambial, *que é separada de tudo mais*. Ao contrato preliminar ou pré-contrato válido pode suceder a cambial nula, ao pré-contrato ou contrato preliminar nulo a cambial válida.

8. O NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE OU SOBREJACENTE NÃO É SUJEITO, NECESSARIAMENTE, AO DIREITO CAMBIÁRIO. — Também não se justifica que, ao se tratar dos contratos ou pactos sub- ou sobrejacentes, se recorra ao direito cambiário. A legislação sobre cambial nenhuma influência tem sobre eles. Não se lhes aplicam as regras de direito material, nem as de direito formal, nem as regras sobre o conteúdo, nem as regras sobre a forma. A autonomia da vontade é outra, quase sempre maior, que a pouca autonomia da vontade que se deixa aos obrigados cambiários. Os atos cambiários são, sempre, atos comerciais. Nem sempre o são os atos que dizem respeito a cambiais. A diferença, ainda no tocante à prova, é de grande importância. A capacidade das partes pode ser diferente para uns e para outros. Possível é que a hipoteca seja nula e não no sejam as cambiais que por ocasião dela se emitiram. Ou valer a hipoteca, e não valerem as cambiais. (Se o direito civil, a respeito, por exemplo, de doações, possui regra segundo a qual a execução sana os vícios originários, como é o caso do direito civil alemão, não se trata de influência do direito cambiário sobre o direito civil, mas de simples aplicação de regra de direito civil a matéria civil. É como se deve entender o que dizem R. VON CANSTEIN, *Lehrbuch des Wechselrechts*, 418, e os demais autores alemães. No direito brasileiro, o que, mediante cambiais, pagou juros indevidos — entenda-se, hoje, porém, após a lei de usura, não acima das taxas máximas — não os pode repetir.)

9. CONSEQÜÊNCIAS E EFEITOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS SUBJACENTES OU SOBREJACENTES; DESCONTO. — Dos contratos ou pactos subjacentes ou sobrejacentes podem derivar obrigações que tenham por objeto a cambial, tais como a da entrega, se figura no contrato, ou no pacto, como mercadoria, porém não se pode pretender que o agente de câmbio, o corretor, ou o banqueiro, a quem toca a comissão de compra ou de venda, fique obrigado cambiariamente. Se acaso algum dêles se obriga como aceitante, endossante,

ou avalista, a obrigação cambiária, que assume, é absolutamente independente da sua atividade e do papel que teve nos negócios *fàcticamente* ligados à compra-e-venda da cambial. (Claro que, endossada a êles, pelo comitente, a cambial, está sujeito a apor a firma como endossante, e endossante será como foi endossatário.)

No próprio desconto, o que desconta não fica adstrito, necessàriamente, a dar garantia cambiária. Trate-se de subscritor, ou de endossante, de certo que as figuras do obrigado cambiário e do que faz o desconto se cumulam na mesma pessoa; porém não é impossível o desconto por alguém que não tenha, pelo ato do desconto, de se obrigar cambiariamente. Tal é o caso do subscritor, ou do endossante, a cujas mãos foi parar o título já em circulação ao portador e que o desconta. Obrigação cambiária tem qualquer dêles; não, todavia, em virtude do desconto. E é o caso de todos os portadores cujas firmas não se inserem no título cambiário, se lhes ocorre descontarem o título. Erram, portanto, todos aquêles que atribuem ao desconto, em si, conferir obrigações cambiárias. Por certo, o que mais acontece é serem os mesmos os sujeitos passivos do negócio jurídico subjacente do desconto e do negócio jurídico cambiário; mas a obrigação de criação da cambial, quando alguém se obrigou a isso, ou de endosso, ou de tradição, ou de aval, ou o conteúdo do desconto, não se confunde com a obrigação cambiária, pertinente, como é, a outra relação jurídica. Diga-se o mesmo quanto à obrigação de intervenção, da qual é necessàriamente independente a intervenção em si como obrigação cambiária.

O credor (e aqui podemos falar de credor, porque não está em causa qualquer problema de declaração unilateral da vontade) tem o direito de examinar o título do contrato, ou do pacto adjecto, mas êsse exame não constitui reflexo do direito cambiário, ou da relação jurídica cambiária, no contrato ou no pacto subjacente ou sobrejacente. O título é tratado como coisa; e a coisa há de ter as características próprias. Sòmente por isso é que se há de conferir o título com as regras do direito especial que o regem. Tanto a verificação não resulta de atuação do direito cambiário que fica ao credor o direito de exigir mais que a regularidade formal do título; *e. g.*, se não foi indicado o sacado, que seja pessoa de determinada praça, ou em certas condições de crédito, ou, se foi designado, que êsse prometa aceitar, ou que haja elementos para se supor que o faça.

10. PROMESSA DE CAMBIAL E PROMESSA DE PROVISÃO. — Cumpre, porém, observar-se que o fato de se prometer cambial não

importa, por si só e *a priori*, na obrigação de se fornecer provisão ao sacado, ou de avisá-lo do saque. Sòmente as velhas teorias, incompatíveis hoje com a lei brasileira, oriunda da lei alemã, e com o direito uniforme, poderiam levar a isso. Não se quer dizer, com tal advertência, que o direito comercial que rege o contrato ou pacto de criação, ou o direito civil, não contenha regra que a crie. A resposta tem de ser *a posteriori*. O que se há de presumir é que não a tem; porque se prometeu cambial, e não provisão, ou se prometeu saque, e não aceite. De regra, o direito comercial e o direito civil permitem que se estipulem tais obrigações, ou que se conceba a cambial com as cláusulas que o direito cambiário reconhece (*e. g.*, cláusula de aviso).

Se é certo que o obrigado a receber cambial como prestação obriga-se a todos os atos cambiários, dilação do crédito, sede do pagamento, deveres de cooperação na criação e apresentação do título, é porque passou a éle a coisa, que é a cambial, e a coisa passa tal qual é.

Se o obrigado a prestar cambial não cumpre o prometido, só o direito comercial ou civil, ou o outro ramo, que reja a obrigação, pode responder. Não nos parece, quer no direito comercial brasileiro, quer no direito civil brasileiro, que o credor possa, por autoridade sua, adquiri-la, em se tratando de cambial prestável como mercadoria. A obrigação pode, não raro, ter por objeto um gênero de cambial (W. PRION, *Wechseldiskontogeschäft*, 10); e os princípios são sempre os do direito comercial ou os do direito civil. F. KLAUSING pensa que, nas relações de direito civil, não se pode dar a aquisição do equivalente pelo credor (*Die Zahlung durch Wechsel und Scheck*, 14 s.) todavia, não há princípio *a priori* que obste a isso, e percebe-se certa confusão entre a natureza civil do contrato de criação e o ato de adimplemento, que pode, muito bem, ser comercial (aquisição de cambial genérica, no mercado).

As ações derivadas dos contratos ou pactos de saques, de aceitação, de endosso, de aval, ou de intervenção, não são cambiárias; nem se deve admitir que estejam subordinadas às regras jurídicas concernentes à prescrição cambiária. O argumento, que se invocou, de ser de supor-se não terem as partes prolongado além dos limites da prescrição cambiária a obrigação do contrato ou do pacto sobre cambial, traz em si-mesmo êrro evidente: o de atribuir-se à vontade das partes a fixação dos prazos prescritivos. Nêle incidiu, ainda há alguns anos, LORENZO MOSSA (*La Cambiale secondo la nuova legge, Parte prima*, 236).

Com a prestação da cambial extingue-se a obrigação de criação e entrega do título. Pode dar-se, porém, que se preste cambial

provisória, e então provisória terá sido a prestação, isto é, documentação do pacto, ou simples garantia de execução (H. V. SIMON, *Interimsscheine*, 182, 218 e 249), garantia segura devido aos efeitos cambiários do título provisoriamente criado e entregue. Aliás, essa função pode ter a cambial se a prestação definitiva não consiste em criação e entrega de título cambiário. Resta saber-se se a cambial provisória pode prometer entrega de outra, em vez de dinheiro; mas a questão não cabe aqui, e sim a propósito dos requisitos da cambial.

O que é obrigado à criação, ou à entrega de cambial, fica obrigado a muitas obrigações acessórias (apresentação, protesto, etc.), mas tais obrigações não são derivadas do direito cambiário: são obrigações derivadas do direito comercial comum ou do direito civil e consistem na conservação e no desenvolvimento normal do objeto da prestação, que é, *ex hypothesi*, cambial.

¿O credor de prestação de cambial pode, ao adimplemento, sacar contra o devedor? Só o direito comercial, provavelmente o direito não-escrito, ou o direito civil, pode responder. O direito cambiário, êsse, fora de qualquer dúvida, é totalmente inaplicável à espécie. Resta saber se, não cumprida a promessa, a criação pode ser *judicial*. Não tínhamos, no direito brasileiro, tal forma de execução das obrigações contratuais (outrora existente, por exemplo, nas promessas de passar escritura pública): porém ainda nos povos em que ela persistia, como na Alemanha e na Áustria, certas doutrinas cambiárias se opunham, *peremptòria*mente, a isso. O que o juiz pode fazer, dizia-se, é condenar ao pagamento daquilo em que importa a cambial. Já hoje não pensamos assim. Qualquer manifestação ou declaração de vontade pode ser prometida. Se o promitente não cumpre a promessa, cabe a ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil.

11. PROPRIEDADE, POSSE E TENÇA DA CÁRTULA CAMBIÁRIA. — A cártula da cambial é suscetível de propriedade, de posse e de simples *tença*, de que a detenção é espécie. Mas só se trata do corpo, da coisa móvel, e não do direito que nela se exprime. Quanto ao direito que nela se exprime, quem tem a posse da letra de câmbio pode não no ter; talvez aquêle mesmo que, além da posse, tem a propriedade. É difícil compreender-se a coisa; porém o exemplo lhe simplifica o entendimento: letra de câmbio escrita nas costas de papel pertencente a outrem e de alto valor (autógrafo de Goethe ou de Napoleão); a propriedade do papel como coisa móvel é relação jurídica que se não confunde com a propriedade da letra de câmbio, ainda a letra de câmbio ao portador, ou a endos-

sada em branco. Porque a simples posse de boa fé não basta para se adquirir a propriedade do papel, coisa móvel regida pelo Código Civil, ao passo que é suficiente para a aquisição da letra de câmbio ao portador ou da endossada em branco.

Abstrato e de apresentação o título, éle é que legitima o apresentante, que pretende, com a apresentação. Ihe nasce o vínculo direto entre éle e o obrigado. Porque: 1.º) d'ele é que constam os elementos que o fazem abstrato, que lhe conferem os efeitos ligados ao caráter formal e à liquidez; 2.º) d'ele é que se conclui, pela apreciação da cláusula dominante (ao portador, à ordem; em certos sistemas jurídicos, não-à ordem), se o apresentante pode pretender o nascimento do vínculo direto. O que vai receber o que no título se promete precisa *apresentá-lo*, portanto *tê-lo* consigo, e — recebendo a quantia — tem de entregar a letra de câmbio, ou a nota promissória àquele a quem apresentou (Lei n. 2.044, art. 22, § 2.º).

A *tença*, ou a simples detenção, é suscetível de efeitos só por si: a) pode o que tem consigo a cambial aquiescer em que terceiro, no ato do protesto pela falta ou recusa do aceite, a aceite (Lei n. 2.044, art. 34, alínea 1.ª); b) bem assim, promover diligências concernentes à conservação das relações de direito ligadas ao título, pedir duplicatas (art. 16), reclamar o aceite da letra de câmbio e exigir o depósito da soma devida, ao tempo do vencimento (art. 41).

Se a letra de câmbio é ao portador, a posse tem, na série dos possuidores, importância enorme. O art. 39 da Lei n. 2.044 diz, na alínea 1.ª: “O possuidor é considerado legítimo proprietário da letra ao portador e da letra endossada em branco”. Tal regra jurídica exclui o possuidor da cambial endossada, de que tratam a alínea 2.ª e o § 1.º do art. 39. A posse de boa fé basta para que se estabeleça a propriedade da letra de câmbio ao portador, ou da letra de câmbio endossada em branco. Só a má fé do possuidor impede a aquisição da propriedade cartular. É isso o que se tira da alínea 1.ª já citada e do § 2.º do art. 39: “O possuidor, legitimado de acôrdo com este artigo, somente no caso de má fé na aquisição pode ser obrigado a abrir mão da letra de câmbio”, — forma defeituosa de se dizer que a propriedade da letra de câmbio ao portador, ou da letra de câmbio endossada em branco, se adquire pela posse de boa fé. A boa fé, que aí se tem por pressuposto necessário da aquisição, consiste em ignorar o adquirido que o alienante não podia alienar, ou *lhe alienar* (e. g., se o mandato era para alienar a outrem), e *deve existir* no momento da tradição. A má fé que sobreveio à entrega do título como título

alienado não prejudica o adquirente que, no momento da tradição, estava de boa fé. *Mala fides superveniens non nocet.*

(Alguns autores descuidosos do rigor técnico dizem que a ignorância deve subsistir até o momento da tradição. Ora, a tradição é *punctual*. Não se faz mister que antes dela o adquirente ignorasse não poder o alienante praticar o ato de alienação. O que é preciso é que o ignore no ato da tradição. Se antes não ignorava e lhe foram mostrados elementos que o convenceram do contrário, a sua convicção vale *ignorância*, se há outros elementos que, conhecidos, a desfariam.)

12. CAMBIAL E TRADIÇÃO; AQUISIÇÃO DA POSSE SEGUNDO O DIREITO BRASILEIRO. — É possível que a tradição não seja contemporânea do negócio jurídico a que ela dá o colorido real. Por exemplo: A entrega a B a letra de câmbio ao portador, ou endossada em branco, dizendo-lhe que lha venderia se precisasse de recursos, o que lhe comunicaria por telegrama; A vendeu a letra de câmbio ao portador, ou endossada em branco, a B, ficando de lha remeter pelo correio. No primeiro caso, a boa fé de B deve existir no momento em que recebe o telegrama, momento em que a posse passa a ser em próprio nome; no segundo, a boa fé tem de ser exigida no momento em que B recebe a letra de câmbio, para se dar a transferência da propriedade. A posse só por si não faz a propriedade da letra de câmbio ao portador, ou endossada em branco; mas a posse em próprio nome, de boa fé, faz a propriedade. A regra jurídica do art. 39, alínea 1.^a, não constitui exceção única; porque, no próprio direito comum brasileiro, onde a regra **En fait de meubles possession vaut titre* é refugada, os títulos ao portador são escapos à reivindicação contra o possuidor de boa fé. Em todo o caso, a exceção é mais ampla do que a respeito dos títulos ao portador de que cogita o art. 521 do Código Civil, onde só se fala de irreivindicabilidade contra o possuidor de boa fé, exceto em caso de furto ou perda: “Aquêlê que tiver perdido, ou a quem houvessem sido furtados coisa móvel, ou título ao portador, pode reavê-los da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu”.

Tem-se procurado explicar a aquisição pelo possuidor de boa fé como *prescrição instantânea*, o que criticámos, há alguns anos, a INGLÊS DE SOUSA (*Títulos ao portador*, 174-175; nosso *Dos Títulos ao portador*, 402, 452; 2.^a ed., II, 129 s.), mas tal teoria foi de há muito posta de lado: a posse de boa fé é, caracteristicamente, nos casos do art. 39, alínea 1.^a, *causa* de aquisição da propriedade da letra de câmbio, *causa* suficiente.

CAPÍTULO II

FIGURAS SUBJETIVAS DAS OBRIGAÇÕES CAMBIÁRIAS

13. ELEMENTOS MATERIAIS E ELEMENTOS FORMAIS DO TÍTULO CAMBIÁRIO. — A letra de câmbio supõe a existência de título cambiário, de que é espécie, e elementos a mais, que a diferenciam da nota promissória, do cheque e de outros títulos. Tais elementos ou são *materiais*, particularmente subjetivos, ou *formais*. A análise dos pressupostos comuns levar-nos-ia assaz longe. Procuremos apenas examiná-la em si-mesma, com uma ou outra referência, que nos pareça de grande monta, aos seus traços diferenciais.

Nas notas promissórias não há saque. Há-o na letra de câmbio. Saque é a indicação a outrem para que se faça obrigado. Se o pagamento deve ser simultâneo à obrigação, ou não, depende de cláusulas que não são essenciais à noção dêle, pois que podem variar. É erro, porém, confundirem-se o saque e a cambial ou a própria letra de câmbio, porque o saque pode existir sem que a letra de câmbio exista, ou, até, o próprio negócio cambiário. No saque há sacador e sacado, — o que saca, ou indica que alguém se obrigue, e êsse alguém, que é o sacado. A letra de câmbio dos nossos dias é conceituada como contendo saque, mas isso não é mais do que a associação de dois *atos* da vida comercial. Quando alguns escritores dizem que definir o saque é definir a letra de câmbio, não prestam atenção a que há saques, que não são letras de câmbio, e a que a letra de câmbio pode, em verdade, ainda hoje, só *formalmente* conter saque. O saque cambiário não é mais do que indicação formal, que serve à promessa *indireta* do sacador.

14. OS DIFERENTES INSTITUTOS CAMBIÁRIOS; IMPORTÂNCIA DO FATO DA CRIAÇÃO. — As obrigações cambiárias correspondem sempre a institutos cambiários distintos; de modo que as obrigações e os institutos cambiários podem ser classificados em três grupos: *a*) os que concernem à criação da cambial, ou seja pelo sacador da letra de câmbio, ou pelo emitente da nota promissória; *b*) os que concernem à vida exterior do título cambiário, e não dizemos à circulação (H. O. LEHMANN, *Lehrbuch des deutschen Wechsel-*

rechts, 278 s., LORENZO MOSSA, *L'Ordinamento cambiario dello check*, 1921, 49 s., LESCOT, *Des Effets de commerce*, I, 209 s., e GIUSEPPE VALERI, *Diritto cambiario italiano*, Parte generale, 92, precisam a segunda classe como de atos ou institutos concernentes à circulação da cambial, porque o aval dado ao sacador da letra de câmbio ou ao emitente da nota promissória ainda não está, necessariamente, no período da circulação, nem se supõe dar-se com êsse intuito): c) os que concernem ao pagamento da cambial.

No momento em que se cria o título cambiário, o elemento pessoal alia-se ao elemento *real*, prevalecendo êsse, o que constitui traço comum dos títulos negociáveis. Todo título cambiário supõe declaração cambiária *originária*, criadora do título, sujeita a princípios de capacidade cambiária e de vontade cambiariamente suficiente, bem como a outros requisitos de validade intrínseca; porém a vontade cambiária só se exprime dentro de moldes extrínsecos, moldes que prefiguram vontade suficiente para a cambial incompleta porém não ineficaz, e vontade suficiente para a cambial completa. É no sentido da formação da cambial completa que se chama essenciais, não sem certa equivocidade, aos requisitos do art. 1.º da Lei n. 2.044 e do art. 1.º da Lei uniforme. Tão separadas, tão sôltas, tão autônomas, são as declarações cambiárias, que os escritores alemães usam, às vezes, da expressão *Grundwechsel*, cambial básica, para designar o ato mediante o qual se transforma pedaço de papel em título cambiário (cf. C. S. GRÜNHUT, *Wechselrecht*, 330 s.; recentemente, A. LENHOFF, *Einführung in das einheitliche Wechselrecht*, 22 e 99). À diferença das outras declarações de vontade cambiária, a vontade do sacador da letra de câmbio, ou do emitente da nota promissória, cria o título, além de criar, como aquelas, as obrigações cambiárias do declarante. Há de comum entre tôdas o criarem obrigações; entre a declaração do sacador da letra de câmbio e a declaração do emitente da nota promissória, criarem o título mesmo. Há de diferencial entre a declaração do sacador da letra de câmbio e a do emitente da nota promissória conter a primeira promessa indireta, pois que a promessa direta é eventual e tocará ao aceitante, e já conter a segunda a promessa direta de pagamento. Materialmente, o ato criativo da cambial pode não ser *uno actu*, se bem que, inte- lectualmente, se suponha querido todo o conteúdo da declaração cambiária do sacador da letra de câmbio, ou do emitente da nota promissória, ainda que os requisitos sejam *insertos em momentos diferentes*. O contexto completo, a regularidade extrínseca, não precisa surgir de um jacto. O direito cambiário satisfaz-se com uma assinatura, que é a do sacador, ou a do emitente, e o que possa

significar mínimo admissível de vontade cambiária. Portanto, o que se exige é a satisfação potencial dos pressupostos legais chamados essenciais.

Criada a cambial, ainda que a assinatura do sacador ou do emitente seja falsa, ou, por outra razão não aparente, ineficaz, está apta a receber as declarações cambiárias, a que se chama *sucessivas*, que são tôdas as que podem figurar em título cambiário, exceptuadas a do sacador da letra de câmbio e a do emitente da nota promissória. Tal sucessividade é sucessividade *lógica e jurídica*, e não, rigorosamente, sucessividade *temporal* ou *material*; porque nada obsta a que o aceite, os avales e os endossos sejam apostos antes da criação da letra de câmbio, ou da nota promissória.

O que dissemos sôbre a declaração cambiária do criador da letra de câmbio também se entende com o criador da duplicata mercantil; bem assim, o que se disse sôbre a nota promissória corresponde ao cheque, que dela se diferencia pela provisão e as conseqüentes particularidades do instituto.

Que na declaração cambiária originária e nas declarações cambiárias sucessivas haja promessa ao público, ainda quando inserto o nome do tomador, ou nomeado o endossatário, nenhuma dúvida temos, porque isso resulta da estruturação mesma dos institutos cambiários, todos, — a despeito do encadeamento à ordem, quando a cambial assim é concebida, — volvidos para o público, e ainda quando apareça o contacto entre os figurantes do título (sacador ou emitente e tomador; tomador e primeiro endossatário; portador e aceitante ou interveniente; avalista e avalizado).

15. ELEMENTOS DIFERENCIAIS ENTRE A LETRA DE CÂMBIO E A NOTA PROMISSÓRIA. — Na letra de câmbio há *saque*, donde dois sujeitos que podem achar-se na mesma pessoa, o *sacador* e o *sacado*, mas, na sistemática do direito concernente à letra de câmbio hodierna, juridicamente distintos como figuras definidoras do título. Há, também, a *cláusula alusiva à lei da sua circulação*, que, no direito brasileiro, ou é a cláusula ao portador, ou a cláusula à ordem, que se subentende, na falta de referência a qualquer cláusula. Pode haver o *aval*, que é a obrigação restrita à promessa do fato de qualquer dos obrigados cambiários. O direito uniforme conhece a cambial à ordem e a cambial não-à ordem, e veda a cambial ao portador.

O traço diferencial da letra de câmbio em relação ao outro título cambiário disciplinado pela Lei n. 2.044, de 1908, é o saque. Ele é que faz existir a letra de câmbio. No mais, os princípios jurídicos são comuns aos dois títulos, razão por que a Lei n. 2.044 só

precisou dizer, no art. 56: "São aplicáveis à nota promissória, com as modificações necessárias, todos os dispositivos do Título I desta lei, exceto os que se referem ao aceite e às duplicatas". E na alínea 2.ª: "Para o efeito da aplicação de tais dispositivos, o emitente da nota promissória é equiparado ao aceitante da letra de câmbio". Os arts. 54 e 55 apenas como que definem, quanto ao fundo e quanto à forma, a nota promissória. A equiparação do emitente da nota promissória ao aceitante da letra de câmbio atende a que são êles os dois únicos obrigados *directos* do direito cambiário, os dois que prometem fato próprio. Todos os outros são *indirectos*, pois que sòmente prometem fato de terceiro.

16. IMPORTÂNCIA DO CONTACTO COM O "ALTER". O subscritor *obriga-se* pelo fato de prometer, mas a obrigação nasce no momento em que se estabelece a posse de boa fé do *alter*, porque assim o estabelece a lei. Antes do contacto com o *alter*, a cambial materialmente mais completa e intrinsecamente mais perfeita constitui promessa ainda não obrigativa, mas para cuja obrigatoriedade não se precisa de mais do que o contacto com o *alter*. Quando o que achou na rua o título o põe no bolso, ou o vende, — nenhuma influência sente, (ou experimenta sem sentir), aquê- le que, pelo título, se obrigou. São fatos de série estranha, aci- dentes da vida circulatória do *valor*, que tem o título, e não da promessa. Para o obrigado, são absolutamente idênticos o momen- to em que o seu título é vendido na Bólsa, ou em que o possuídor o vendeu a outro indivíduo, mão a mão, e aquê- le em que o que o comprou o perde em viagem. Nada importa ao obrigado o roubo de que foi vítima o possuídor, a caução do título, a penhora, ou o depósito. Todo o êrro dos contratualistas foi o de quererem ver ligações directas entre as duas séries de fatos: os de direito de obriga- ções e os de direito das coisas: a promessa inserta no título e o destino de coisa móvel, que é êle, mais célere que as outras (nosso *Dos Títulos ao portador*, I, 2.ª ed., 13). Desde, porém, que o pos- suí- dor, seja êle o tomador, ou outrem, leva o título vencido ao obrigado, usa de poder que lhe advém da posse do título e da legitimação formal, se é para pagamento, conforme o teor da cártula. Só nesse momento é que começa vínculo directo entre o obrigado e o possuídor legítimo, vínculo que os contratualistas erradamente viam *desde* a feitura do título, em se tratando do sacador da letra de câmbio, ou do emitente da nota promissória, ou *desde* a assunção de cada uma das obrigações cambiárias suces- sivas. E porque viam erradamente, borboletearam (je com que brilho!) em teorias, a que não se podem negar esforços considerá-

veis de penetração e de imaginativa. O estudo delas é deleite para o espírito e fecunda lição de coisas humanas. Basta pensarmos na teoria dos sujeitos fungíveis, dos sujeitos que se substituem, uns pelos outros, como os grãos de milho de um saco, ou na teoria, não menos fantástica, do título-pessoa, ou naquela absurda explicação, vaguíssima, da incerta pessoa.

17. OS DOIS PERÍODOS NA VIDA DO TÍTULO CAMBIÁRIO, UM ATÉ A APRESENTAÇÃO, OUTRO APÓS ISSO; NECESSARIEDADE DA DECLARAÇÃO CAMBIÁRIA ORIGINÁRIA. — Há dois períodos, inconfundíveis, na vida das cambiais: o das promessas, sem qualquer vínculo direto até a apresentação: o direto e indiscutível, após essa. A diferença entre o título ao portador, inclusive a letra de câmbio ao portador, que o direito brasileiro admite, e o título cambiário à ordem está em que, naquele, a migração se dá sem deixar sinais, ao passo que, nesse, de ordinário, o possuidor, ao desinvestir-se da posse, faz declaração unilateral de vontade, com a respectiva assunção da obrigação cambiária, que é o *endôss*o.

Em se tratando de letra de câmbio, a declaração unilateral de vontade do sacador, como tôdas as outras declarações unilaterais de vontade, de que provêm as obrigações cambiárias, é promessa. Não obsta a isso a assinatura, a ordem (expressão que só deve ser empregada em sentido de ordem abstrata, como teremos ensejo de mostrar), a outrem, para que pague (ERNST JACOBI, *Grundriss des Wechsel- und Scheckrechts*, 24 s.: A. LANGEN, *Die Wechselverbindlichkeit nach dem Gesetz* 21. Juni 1933, 26). Certo, não têm razão aquêles para quem, ao declarar a sua vontade, criando o título cambiário, o sacador não se obriga; porque, em verdade, obrigado está, na relação entre êle e a lei como vontade estatal. Aliás, a abstração peculiar à ordem do saque cambiário mais constitui indicação, e de modo nenhum alusão à relação jurídica preexistente. O sacador promete ao público o fato de terceiro. Qualquer comparação ou assimilação a institutos do direito comum, inclusive o saque não-cambiário, deformaria o instituto. Prometendo o fato de terceiro, promete êle a soma cambiária, substitutiva da prestação correspondente por parte do terceiro, assegurando, jurídica e economicamente, o fato do indicado, razão por que o direito cambiário cogita de vencimento antecipado, quer por falta ou recusa do aceite, quer por falência do sacado.

Só a declaração cambiária originária é *necessária*. Tôdas as declarações cambiárias sucessivas são eventuais, inclusive a própria aceitação. A vida da letra de câmbio pode não passar, material e juridicamente, da sua criação. Em todo caso, está apta a receber

as declarações cambiárias sucessivas, tôdas com o mesmo fim, que é o pagamento, mas adicionadoras de novos valores econômicos, consistentes na pluralização das obrigações com o mesmo escopo. Não há uma *ordem* em que elas tenham de aparecer: é possível endosso ou aval antes do aceite e depois do aceite, como, aliás, é possível aceite, materialmente, antes do próprio saque. Na letra de câmbio, coincide ser obrigado direto e principal um obrigado sucessivo, e nisso é que se diferenciam a criação da letra de câmbio e a criação da nota promissória: o emitente da nota promissória, criando-a, assume obrigação direta e principal, ao passo que o sacador, que é o autor da declaração cambiária originária, não é o obrigado direto e principal. Não só: na nota promissória, a existência de um obrigado direto e principal é originária e necessária, enquanto, na letra de câmbio, é sucessiva e eventual. A letra de câmbio pode chegar ao fim da sua vida circulatória e jurídica, não só cambiária, sem ter tido obrigado direto e principal. Basta que o aceitante não na tenha aceito, ou, se tinha de ser paga à apresentação, que não na tenha pago.

18. ACEITE. — Pois que existe sacado, a letra de câmbio supõe *aceite*, que é o ato afirmativo do sacado ou o pagamento (que o contém), ou a falta ou recusa, que se prova com o protesto (art. 13). Alguns escritores dizem que o aceite completa a letra de câmbio, ou que logicamente a completa, ou, ainda, que se tem como elemento essencial. Ora, a letra de câmbio, antes do aceite, já é letra de câmbio, completa e perfeita. O aceite só tem o efeito de obrigar o sacado, de modo que confundem êles a exigência da figura formal de um sacado e o aceite, ato dêle, tanto mais quanto êle se insere, temporalmente, no ato mesmo do pagamento, se a letra de câmbio é a vista ou a data fixada, facultativa a apresentação.

No Anexo II da 1.^a Convenção de Genebra de 1930 (art. 16, alínea 1.^a) disse-se que “la question de savoir si le tireur est obligé de fournir provision à l'échéance et si le porteur a des droits spéciaux sur cette provision reste en dehors de la loi uniforme”. A Itália adotou definitivamente, pelo Decreto-lei de 21 de setembro de 1933, convertido na Lei n. 48, de 15 de janeiro de 1934, o instituto da *cessão da provisão*, mas adaptando-o à concepção do título cambiário como abstrato.

No direito brasileiro, não temos o instituto da *provisão*. A técnica dos títulos cambiários, nitidamente abstratos, afasta considerações a respeito.

19. FIGURAS SUBJETIVAS ACIDENTAIS. — As figuras subjetivas do endossante, do avalista, do interveniente e, em consequência,

do endossatário e do avalizado, não são *necessárias*, e sim *acidentais*. Mas, fruto de rigores especiais de direito material e formal, a cambial encontra no direito, que a rege, regras que disciplinam, estreita e duramente, os próprios fatos subjetivos e objetivos acidentais. Daí estarem o endosso e o aval sujeitos a regras jurídicas rígidas. Porém não só êles. A intervenção, o protesto e todos os outros atos que soem ocorrer na vida das cambiais.

As figuras do endossante, do avalista e do interveniente para pagamento são comuns à letra de câmbio e à nota promissória. O endosso, se bem que constitua a forma de negócio jurídico, é tido pelo direito cambiário como ato abstrato, o que é de sérias consequências na estruturação da obrigação assumida e no próprio ato propulsor da circulação do título. O endossante como que faz sua a promessa *indireta* de pagamento, que fizera o sacador. Aqui, como ali, ao público, mas, instrumentalmente, ao endossatário. Também êle afirma a segurança jurídica e econômica do sacado. (Até a nossa 1.^a edição, quem melhor havia mostrado, porém ainda não suficientemente, a secundariedade do efeito de garantia, fôra FERRARA JÚNIOR, *La Girata della cambiale*, 271.) Se bem que a linguagem vulgar chame aos endossantes e aos avalistas *garantes*, é secundária e, talvez, rigorosamente, nenhuma a função de garantia do endosso. O endossante promete ao público o fato de um terceiro, com a particularidade de indicar, dentre o público, uma pessoa, que é o primeiro elo de cadeia eventual. Tal indicação tem, necessariamente, efeitos jurídicos, mas entre endossante e endossatário. Compreensão perfeita do instituto cambiário do endosso tem de atender a que a diferença maior entre sacador e endossante está em ser aquêle o criador da letra de câmbio, porque, no momento em que o sacador entrega a letra de câmbio ao tomador, cujo nome figura no título, o seu ato é igual ao de um endossante em prêto e, no momento em que entrega a alguém, cujo nome não está no título, a letra de câmbio ao portador ou em branco quanto ao nome do tomador, o seu ato é igual ao de um endossante ao portador ou em branco. A lei fê-los, a ambos, indistintamente, obrigados de regresso.

A falta de segurança jurídica ou econômica por parte do terceiro (sacado), cujo fato se prometeu, suscita o instituto da intervenção para aceite, peculiar à letra de câmbio. O interveniente vem obrigar-se, por sua declaração unilateral de vontade, como os outros obrigados. A falta de pagamento permite que surja a *intervenção para pagamento*, instituto comum à letra de câmbio e à nota promissória.

O aval é declaração cambiária sucessiva com promessa indireta, se dado ao sacador, ao endossante, ou a qualquer dos avalistas do sacador ou do endossante, e direta, se dado ao aceitante ou ao avalista do aceitante. A linguagem corrente fêz do avalista um garante, mas a sua situação, rigorosamente, não é a de um garante, menos ainda a de um fiador do avalizado: é uma pessoa que veio ao título para prometer como os outros, tal qual como o sacador e o endossante, com a só exceção da posse, que êle não tem, e prometendo *só responder nos mesmos têrmos em que se obriga o avalizado*. Mera comunhão de sorte. A legislação inglêsa não conhece o aval, mas o que apõe a firma como endossante, sem ser o possuidor formalmente legitimado, é obrigado, por lei, como tal, se o titular, *the holder in due course*, ocupa, na escala dos endossos, elo sucessivo ao daquele lugar em que se apôs a firma. A jurisprudência e a doutrina estão a tirar, daí, algo que corresponde ao aval, e, em verdade, o aval não é nada mais do que isso, sendo a noção de garantia um tanto de vício, por assimilação a institutos do direito comum (*Quasi-indorser*; cf. CHALMERS-GIBB, *A Digest of the Law of Bill of Exchange, Promissory Notes, Checks, and Negotiable Securities*, 10.^ª ed., 221; cf. Macdonald & C.^º *versus* Nach & C.^º, 1924; SMITH-GUTTERIDGE, *A Compendium of Mercantile Law*, 13.^ª ed., 239). Nos sistemas jurídicos que possuem o aval, recorrer-se àquela noção sempre nos pareceu supérfluo e denunciador de pouca meditação do instituto.

A contraposição entre obrigação cambiária principal e obrigação cambiária de regresso alimentou os constantes empréstimos à noção de *garantia*. Ora, quem promete o fato de terceiro não *garante*, promete. Se o terceiro não realiza o que se espera, o pagamento pelo sacador, pelo endossante ou, ainda, pelo avalista, constitui o conteúdo da obrigação prometida, que seria garantia se se tratasse de algum dos institutos do direito comum, e não de qualquer das obrigações cambiárias indiretas. Obrigação por fato de terceiro, ainda que obrigação *accessória*, não é, necessariamente, obrigação de garantia.

Tão-pouco é possível ver-se obrigação de garantia na do representante sem poderes, ou com poderes insuficientes, ou do autor do falso, responsáveis ambos em virtude de figura assaz anormal de declaração cambiária, porém não só prestigiada pelos princípios do direito cambiário, como também pelo art. 46 da Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, e pelo art. 8 da Lei uniforme concernente à letra de câmbio e à nota promissória (*billet à ordre*), constante da convenção assinada em Genebra a 7 de junho de 1930. Não se trata, por certo, de responsabilidade por ato ilícito, mas de con-

seqüência dos três postulados, de que falaremos em capítulo especial, diretivos do direito cambiário. Tal responsabilidade pode ser direta ou indireta, conforme a figura subjetiva que faltou.

20. A PROMESSA DIRETA É A QUE PRODUZ A OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. — A fim de facilitarmos a compreensão do instituto da cambial, o da letra de câmbio em particular e os institutos singulares das obrigações cambiárias, observemos, em breves traços, que a promessa direta é sempre a que produz a *obrigação principal*: aceitante da letra de câmbio, emitente da nota promissória; que as promessas indiretas, ou fazem nascer obrigações subsidiárias (sacador, endossante), ou acessórias (aceitante por intervenção, a favor do obrigado de regresso, avalista). A obrigação do pretenso representante ou do autor do falso, chamada *obrigação sucedânea* (um tanto diferente em V. ANGELONI, *La Cambiale e il Vaglia cambiario secondo la legge uniforme di Ginevra*, 23, e em GIUSEPPE VALERI, *Diritto cambiario italiano*, Parte generale, 118), ou é oriunda de promessa direta, se o representado ou vítima do falso é o aceitante da letra de câmbio ou o emitente da nota promissória, ou é oriunda de promessa indireta, se o representado ou vítima do falso é sacador, endossante, aceitante por intervenção a favor de obrigado de regresso ou avalista.

Quanto ao conteúdo da promessa, são obrigados diretos o aceitante da letra de câmbio, o emitente da nota promissória, o avalista do emitente e o avalista do avalista de qualquer dêles, bem como o pretenso representante de qualquer dêles, ou o autor do falso de que qualquer dêles foi vítima.

São obrigados de regresso o sacador, o endossante, o avalista do sacador ou do endossante, e o aceitante por intervenção a favor de algum obrigado de regresso ou o avalista de tal aceitante, bem como o pretenso representante de qualquer dêles, ou o autor do falso de que qualquer dêles foi vítima.

CAPÍTULO III

NATUREZA E CARÁTER DO DIREITO CAMBIÁRIO

21. O DIREITO CAMBIÁRIO É PARTE DO DIREITO COMERCIAL; DELIMITAÇÕES PRECISAS. — O direito cambiário é, por sua origem e por seus elementos hodiernos, diferenciação interna do direito comercial, — portanto, parte especial dêsse. O fato de pertencer a tal ramo do direito interno, ainda que objeto de leis especiais, quicá redigidas com outros propósitos que os propósitos da legislação comum, é de certa importância para se saber quais os princípios gerais a que se há de recorrer para se lhe preencherem as lacunas e qual a ordem das fontes, se as leis cambiárias não trataram disso. O assunto será versado adiante (Capítulo IV). O que agora nos há de interessar é a taxinomia do direito cambiário em si.

Trata-se, evidentemente, de *direito privado*, sem que isso afaste a existência ou a possibilidade de títulos cambiários a que o legislador dê o caráter de obrigação de direito público, como ocorre, noutro domínio, com os cheques e vales postais. *Direito substancial*, e não *sobredireito* (= Direito sôbre Direito); sendo de conveniência observar-se que a legislação brasileira sôbre cambial (Lei n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908) não possui nenhuma regra de *sobredireito*, salvo a do art. 45 (direito internacional privado).

O direito cambiário, devido à evolução por que passou e às prerrogativas, digamos assim, de que se cercaram as cambiais, não é só *direito material*; é, também, *direito formal*. Antes da Constituição brasileira de 1934, só os Estados-membros podiam legislar sôbre direito processual (1891-1930). No entanto, sempre se entendeu que não feria a Constituição de 1891 ter o Congresso nacional votado e edictado as regras de direito formal que se inseriram na Lei n. 2.044, de 1908. Hoje, e desde 1934, o *direito processual civil e comercial*, bem como o *processual penal*, são da competência da União, e não mais dos Estados-membros (Constituição de 1946, art. 5.º, XV, a).

De ordinário, os autores falam do direito cambiário sem se darem conta do que seja, precisamente, *direito cambiário*, nem discutirem os dois ou mais sentidos da expressão “direito cambiário”. Ora, desde que a ela correspondem princípios que são comuns a

todo o direito cambiário (se assim não ocorresse, de modo nenhum se justificaria se falasse de um ramo de direito que, *ex hypothesi*, não existiria), é de comezinha prudência que se cogite, de início e amplamente, das delimitações verdadeiras do direito cambiário. Tal exigência taxinômica é precípua em tôda exposição metódica.

Na economia das delimitações entra por muito a formalística das relações jurídicas tipicamente cambiário-formais. O rigor dito cambiário distingue-as das outras relações jurídicas e dos outros negócios jurídicos comerciais. Rigor material e rigor formal, em que se ultima certa evolução para a perfeição técnica, para a maior segurança do público e para satisfação das necessidades estáveis, precisas, do comércio.

O direito cambiário quase exaure a vida jurídica dos negócios jurídicos sôbre que incide. Certo, há outros negócios de direito comercial que deixam pouca margem à autonomia da vontade, mas nenhum dêles apresenta a compactitude de regras jurídicas que cerca, do nascedouro ou criação até o pagamento ou a execução processual, o seu objeto. Há *via preestabelecida*, desde que se concede o título. O que é do máximo relêvo é que a forma, que se conseguiu, logra *conter* fatos distintos no mundo jurídico, como o saque da letra de câmbio e a simples promessa, nota promissória. Uma estrutura que independe da realidade imediata, concreta, dos atos cambiários que nela se podem conter.

22. CÂMBIO. — À permuta de dinheiro por dinheiro chama-se *câmbio*. Diz-se manual, local, quando para ambas as partes está presente; diz-se trajectício quando, — para uma delas, pelo menos, — não está presente. No câmbio trajectício, ainda quando intervenham seguranças excepcionais, é ineliminável o elemento de crédito ou, pelo menos, de confiança. Um dos instrumentos úteis às operações de câmbio trajectício é a *letra de câmbio*, que revela, encrustada no próprio nome, a função que exerce. Admitido que a nota promissória tenha sido a forma originária da cambial e a primitiva letra de câmbio não mais do que nota promissória com lugar de pagamento diverso do lugar da operação, o banqueiro apresentava-se, juridicamente, por meio de carta (delegação) ao seu representante, como obrigado, noutra praça, — entregando-a ao credor (cláusula que supõe transporte do credor), ou ao representante dêsse (cláusula passiva), — pelo que prometia. A vida sugeriu que se entregasse ao credor, deixando-se-lhe o ato de indicar quem haveria de receber; mas está-se a ver que se não modificou a *cambiariedade*, e sim, tão-só, a *cláusula*. A cambial diferencia-se dos outros títulos com ser operação de crédito em forma especial.

A letra de câmbio diferencia-se da nota promissória em que se introduziu, naquela, a cláusula *atira*: quem é encarregado de pagar é alguém que não se identifica, *necessariamente*, com o promitente subscritor. (Cumpra ter sempre em vista a distinção entre letra de câmbio e nota promissória, ligada à composição *subjetiva* das duas: mas, antes disso, a diferença, que é de grande interêsse, entre *cambiariedade* e cláusula de circulação.) A remessa que fêz nascer a letra de câmbio era de praça a praça: devido a isso, nasceu ela com a cláusula *atira*, que permitiu a coexistência do sacador e do sacado. A letra de câmbio soltou-se, porém, do casulo estreito da remessa de praça a praça e satisfez-se, não só com a possibilidade de haver, *formalmente*, pessoa que saca e outra que é o sacado, como também com a simples existência *formal* dessas duas figuras, donde ser possível sacar-se contra si-mesmo, na mesma praça.

23. APARIÇÃO DO ACEITE. — A vida ainda sugeriu outros expedientes técnicos que vieram a ser matéria do direito especial chamado cambiário. Os negócios não eram, como hoje, da mesma relativa intensidade durante o ano. Havia as feiras, em que êles se assoberbavam e às quais compareciam gentes de vária procedência. Os meios de comunicação eram lentíssimos; e o intercâmbio, subordinado a viagens penosas e a créditos surgidos ocasionalmente. À cláusula à vista, fato normal, juntou-se, no uso, outra cláusula — a cláusula a certo tempo de vista, — *diferenciando-se* o aceite, que cindiu a operação em duas, uma até a apresentação ao sacado, correspondente ao velho contrato de troca de moeda (dinheiro presente por dinheiro ausente, mas, em todo o caso, *dinheiro por dinheiro*), e outra da apresentação *eficaz* (aceite) até o pagamento. É então que se opera, não a *abstração* do título cambiário, — fenômeno que se caracterizará em delicadas consequências jurídicas, — mas a diversidade da relação jurídica entre sacado e apresentante. O caminho para a abstração foi aberto antes, quando se permitiu ao credor designar o recebedor. O aceite concorre, todavia, para que ela se estabeleça em relação ao aceitante, pela continuação, após êle, da faculdade de se endossar a letra de câmbio, ou de se transferir ao aceitante, pela continuação, após êle, da faculdade de se endossar a letra de câmbio, ou de se transferir ao portador.

24. DINHEIRO AUSENTE E DINHEIRO PRESENTE; EVOLUÇÃO DO INSTITUTO. — A evolução que acabamos de mostrar põe em relêvo que o contrato de câmbio fôra, a princípio, permuta de dinheiro já existente e presente por dinheiro já existente mas ausente, e a letra de câmbio passou a ser operação de crédito em que o dinheiro já

existente e presente é permutado por dinheiro talvez ainda não existente e *futuro*. Completar-se-á ela com a abstracção mais radical: dinheiro talvez ainda não existente por dinheiro futuro, portanto talvez ainda não existente. É o título de crédito. No comércio, tudo isso serviu extraordinariamente à vocação mesma da letra de câmbio: à *liquidação* de qualquer espécie de contrato. Nascida no Mediterrâneo, na Itália medieval, (se não queremos buscá-la em formas mais primitivas, incaracterísticas), a letra de câmbio passou pelas transformações do período francês, até que a mentalidade nórdica lhe desse as últimas feições de complexo típico de obrigações *abstratas*. Valor em si, exemplo do "*promettez? solve!*" em que já se viu a marca do gênio germânico, criador do imperativo categórico. Itália, Ordenança francesa de 1673, Ordenança alemã de 1848, Lei uniforme de Genebra (1930), são pontos acesos de longo percurso. A data brasileira é 1908: constituiu adesão às correntes melhores: mas é preciso que se não anquiloze o direito cambiário brasileiro. A lei mesma precisa de retoques, que a doutrina dos últimos quarenta anos apontou, e o manancial das discussões européias seria assaz útil aos legisladores brasileiros. O mundo e a inteligência não pararam em 1908.

25. A FUNÇÃO DO DIREITO CAMBIÁRIO NO REGIME CAPITALÍSTICO; NATUREZA DO DESCONTO. — A Revolução francesa, solapando instituições político-jurídicas que se opunham aos ideais dos *bourgeois*, ideais que representavam na ordem intelectual-afectiva e na ordem econômica o impulso e o fato da simetrização a que se procedia no momento histórico (igualdade *política* e *civil*, digamos igualdade jurídica e liberdade pessoal), deu golpes, às vészes profundos, no direito tradicional. Mas deixou, por bem dizer, incólume o direito cambiário, que de certo modo pré-realizava o propósito igualitário da burguesia triunfante. O homem-indivíduo, livre de obrigar-se quando quisesse e como quisesse, responsável por seus atos jurídicos e por seu destino, até às últimas conseqüências *previstas* pela lei, — tudo isso correspondia à dogmática político-jurídica da mentalidade burguesa, que se avolumava.

A letra de câmbio perdeu a autonomia do seu tipo jurídico, ligou-se ao contrato de câmbio, do qual se tornou execução; o saque passou a ser parte dela, algo de pressuposto por ela. Então os bilhetes à ordem, as notas promissórias, não se consideravam cambiárias (Cf. J. PARDESSUS, *Cours de Droit commercial*, 6.^a ed., 565).

Compreende-se que POTHIER e aquêle a que BIENER chamou o POTHIER ressurrecto, que foi PARDESSUS, estivessem à frente de

concepção *individualística, burguesa e contratualística* do fato cambiário.

No sistema do capitalismo individualístico ou socialístico, isto é, onde quer que se conserve o dinheiro, o tráfico cambiário é como o sangue para o organismo animal e a evolução das formas económicas obriga ao fluxo rápido dos créditos, das remessas de numerário sob a concepção cambiária. O desconto serve, então, à velocidade; é o seu instrumento maior, ainda quando se chegue à socialização estatal. (Sobre o papel intensificador dos negócios cambiários, — JUST, *Die wirtschaftliche Funktion der Wertpapiere*, 18 s.)

Difícilmente se conceberia a própria organização social, com base de economia totalmente ou quase totalmente dirigida, sem cambiais, que apenas passariam a ser atos de direito administrativo do Estado. Só evolução ainda mais avançada poderia apagar as aquisições técnicas dos institutos criados pelo individualismo dos tempos modernos. No estado atual do direito cambiário, o desconto cercou-se de tais garantias e fêz-se, por maneira tal, fato autónomo, que mais atende, dentro do individualismo, a interesses *gerais* que aos interesses de *cada um*. Tornou-se mero caso de aquisição de títulos, despido das vestes anteriores, históricas, ao tempo da sua função *creditícia* (G. COHN, no *Handbuch des Handelsrechts* de ENDEMANN, III, 155; mais recente, como doutrina dominante, F. KLAUSING, *Die Zahlung durch Wechsel und Scheck*, 369, 370). Hoje são raros os escritores que ainda lhe vêem restos do antigo papel que exercera. Porém, juridicamente, o desconto pode afastar-se do endosso ou da tomada do título cambiário. O endosso e a tomada não o exaurem, nem se há de supor que o direito cambiário, que postula a abstração do título cambiário, postule, também, a abstração do desconto.