

*Ho d. W. de...  
Mestre do Direito...  
insignia homenagem de  
T.A. 9/11/11*

**TULLIO ASCARELLI**  
ex-catedrático da Universidade de Bolonha  
professor contratado da Faculdade de Direito de São Paulo

# TEORIA GERAL DOS TITULOS DE CREDITO

*Waldemar Jernero*  
Tradução de  
NICOLAU NAZO



LIVRARIA ACADÊMICA - SARAIVA & CIA. EDITORES  
LARGO DO OUVIDOR, 28 - SÃO PAULO

1943

de deposito e a nota de penhor; os arts. 555 e segs do cod. com., o conhecimento marítimo; o art. 164 do cod. com e o art. 418 do cod. civ., as ações; os arts. 171 e segs. do cod. com., as obrigações das sociedades comerciais; o decreto-lei n.º 1364, de 7 de junho de 1923, os títulos nominativos; aos títulos representativos de depósitos bancários refere-se a lei n.º 437, de 27 de maio de 1909; aos da dívida pública, o T. U. Decreto Real n.º 536, de 17 de julho de 1910, e assim por diante.

No direito brasileiro vejam-se os arts. 1505 - 1517 do código civil sobre os títulos ao portador; o decreto n.º 2044, de 31 de dezembro de 1908, sobre a letra de câmbio e a nota promissória; o decreto n.º 2591, de 7 de agosto de 1912, sobre o cheque; o decreto n.º 19.473, de 10 de dezembro de 1930, sobre os conhecimentos de transporte; o decreto n.º 2617, de 26 de setembro de 1940, sobre as ações, debêntures e partes beneficiárias, nas sociedades comerciais; o decreto n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, sobre as obrigações de sociedades comerciais.

No decorrer do presente trabalho ater-nos-emos, naturalmente, às normas da lei italiana. Estas, no entanto, correspondem com frequência às dos demais países. Isso, particularmente com referência aos estados que, como a Itália, introduziram, no direito interno, as regras da convenção internacional sobre a disciplina da cambial e do cheque (1) e aos que, embora não tendo ainda adotado tais regras, possuem, no entanto, uma legislação inspirada nos mesmos conceitos fundamentais (2).

(1) Cf. VALERI, vol. I, pag. 35, para uma relação dos estados que modificaram o seu direito em consequência das convenções de Genebra.

(2) É o que se dá especialmente com o Brasil (D. 2044 de 31 de dezembro de 1908) e o México (cf. FELIPE DE J. TENA, *Derecho mercantil mexicano*, vol. 2 (Títulos de crédito), México, D. F. 1939).

2. Cabe principalmente a VIVANTE, o mérito de haver tentado construir uma teoria unitária do título de crédito, fixando os caracteres comuns dos títulos ao portador, à ordem e nominativos.

A despeito do ceticismo de alguns escritores (1), e embora convenha acautelarmo-nos da tendência a estender, sem maior exame, a todos os títulos de crédito normas que são peculiares apenas a alguns (por exemplo, os cambiários), impõe-se a construção de uma teoria geral.

Nessa construção, é necessário procurar atingir alguns princípios comuns a todos os títulos de crédito, sejam nominativos, à ordem, ou ao portador. A possibilidade, reconhecida em todos os sistemas, de um título poder, indiferentemente, ser à ordem ou ao portador (por ex., cheque (2), conhecimento marítimo) e nominativo ou ao portador (por ex., ações e debêntures de sociedades comerciais) e, ainda mais, a possibilidade de conversão de um título ao portador em nominativo ou viceversa, demonstram a existência de princípios gerais, independentes da diversidade na disciplina da circulação (nominativa, à ordem ou ao portador) do título. Consequentemente, devemos evitar, estabelecer princípios fundamentais diferentes, quanto à natureza do direito, tendo em vista apenas a diferença existente entre títulos ao portador, à ordem ou nominativos (3).

(1) Na Itália, especialmente, MOSSA, *La cambiale secondo la nuova legge*, pag. 94 e nota 14, Vallardi, Milão, 1935.

(2) O direito brasileiro, como o anglo-norte-americano, admite também a letra de câmbio ao portador. No mesmo sentido, art. 449, do cod. com. japonês. No direito italiano, ao contrário, não se admite a cambial ao portador, mas tão somente o endosso cambiário ao portador (art. 116). Entretanto, no direito brasileiro, parecem desconhecidas as debêntures nominativas. Quanto ao alcance diverso das denominações "título nominativo" e "à ordem" nos diversos direitos, cf. adiante p. 317.

(3) Essa convicção se foi formando lentamente; cf. ASCARELLI, na *Riv. di dir. comm.*, 1932, 1, pag. 641 na primeira edição destes estudos e agora VALERI, *Diritto cambiario*, vol. 1, pag. 9. A Corte Suprema já acolheu, no

3. E' a fim de abranger todos os titulos de credito que VIVANTE (1), modificando a definição de BRUNNER, define o titulo de credito como o documento necessario para o exercicio do direito literal e autonomo nele mencionado. Essa definição é, em substancia, accita e seguida pela doutrina e pela jurisprudencia italiana.

Diverso e mais amplo, como veremos, é, não raro, o conceito adotado na Alemanha, onde, acompanhando a diretriz de BRUNNER (2), se incluem, com frequencia, na categoria dos titulos de credito, todos os documentos cuja apresentação é necessaria para o exercicio do direito a que

---

entanto, esse ensinamento em sentença proferida em 22 de março de 1934, publicada no *Foro ital.*, 1934, pag. 743, decidindo contra a tendência a atribuir a priori uma natureza diferente aos titulos ao portador, em que se a dificuldade são reconhecidos titulos constitutivos de um direito abstrato, té pelos que negam a natureza constitutiva da cambial e a abstração do respectivo direito (como, recentemente, PELLEGRINI, na *Riv. di dir. com.*, 1933, pag. 466 e, em geral, a doutrina francesa e a mais antiga doutrina italiana: CAPITANT, *Cause*, 3.<sup>a</sup> ed., pag. 415 e segs. Dalloz, Paris, 1927). E' verdade que os titulos ao portador são mais frequentemente abstratos que os titulos à ordem ou nominativos, mas não é exato que a natureza do direito mencionado no documento deva ser diferente só porque o titulo é ao portador, à ordem ou nominativo.

(1) *Trattato*, 5.<sup>a</sup> ed., vol. III, pag. 123. A teoria unitaria dos titulos de credito constitue um dos resultados de maior relevo da obra científica de Vivante.

A orientação italiana parece-me ser tambem a da doutrina brasileira, em que, igualmente, de um lado, se recorre a um conceito unitario dos titulos de credito, e de outro se insiste em distinguir os titulos proprios dos improprios. Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, no fundamental *Tratado de direito comercial*, vol. V (2.<sup>a</sup> ed. 1936), pags 47, 57 e 116; PONTES DE MIRANDA, *Titulos ao portador*, pags. 230 e 533.

A orientação italiana parece-me tambem acolhida pela doutrina espanhola e mexicana (cf. FELIPE DE J. TENA, *Derecho Mercantil*, Porrua Hnos, 1939, vol. 2). Prefere-se ali, com frequencia, o termo "titulos-valores" ao de "titulo de credito". Cf. JOAQUIM RODRIGUEZ RODRIGUEZ nas notas a ASCARELLI, *Derecho Mercantil*, Mexico, 1940. Por seu turno, a doutrina dos países de lingua alemã fala de "Wertpapiere".

Na realidade, o termo "titulos-valores" pode ser mais feliz, especialmente levando em conta o que diremos sobre o conteudo das ações de sociedades comerciais, que, a nosso ver, não representam um credito. O termo "titulo de credito" já entrou, no entanto, no uso, não havendo perigos no seu emprego.

(2) Veja-se, além do classico trabalho sobre titulos de credito de BRUNNER, no *Manual de direito comercial*, de ENDEMANN, o de JACOBI, no mais recente *Manual*, de EHRENBURG.

se referem (1), reunindo, assim, em uma unica categoria, hipoteses heterogeneas e que mal se prestam a ser regulamentadas pelas mesmas regras gerais.

Na França, ao contrario, enquanto a jurisprudencia tende talvez cada vez mais a aplicar regras comuns a todos os titulos de credito, a doutrina, dada a incerteza que reina sobre a explicação da inoponibilidade das exceções, que alguns consideram peculiar à materia comercial, e sobre os proprios limites da categoria dos titulos de credito, dá um valor particular à distincção entre *effets de commerce* e *valeurs mobilières*, dificultando, talvez, uma visão e uma construção unitarias do fenomeno (2).

---

(1) Precinde-se, portanto, quer da literalidade (peculiar somente aos *skripturrechtliche Wertpapiere* na terminologia alemã), quer da autonomia do direito do portador do titulo relativamente ao direito do seu antecessor.

Na doutrina italiana, no entanto, o titulo de credito é definido pelo duplo carater da literalidade e da autonomia do direito do portador do titulo e, portanto, opõem-se os titulos de credito aos titulos improprios ou pseudo-titulos de credito, muitos dos quais, ao contrario, são considerados pela doutrina germanica como titulos de credito, desprovidos, porém, dos caracteristicos acima referidos.

A questão é, no fundo, de classificação, pois, praticamente, os resultados não mudam, distinguindo-se, dentro de uma mais vasta categoria, os titulos literais e os não literais ou reservando-se somente para os primeiros a denominação de titulos de credito e opondo-os aos segundos, denominados titulos improprios.

O sistema italiano é, no entanto, preferivel, pois conclue pela constituição de categorias juridicas que reúnem casos homogeneos que desempenham, como veremos, uma mesma função economica fundamental, enquanto o alemão acaba por reunir numa unica categoria casos heterogeneos. Cf. nesse sentido RAISER, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1935, 19.

Como observei no inicio deste paragrafo, o sistema italiano corresponde, sob esse aspecto, ao mais difundido internacionalmente.

Posta, com efeito, de lado a diferença adiante notada, parece que tambem no sistema anglo-norte-americano se insiste no requisito da autonomia, como fundamento da categoria juridica dos titulos de credito. Cf. DANIEL, *Negotiable instruments*, 7.<sup>a</sup> edic., New York, 1933, vol. 1, pag. 3.

(2) A doutrina francesa é ainda a mais alheia a uma construção geral dos titulos de credito e isso em virtude de sua orientação tradicionalista — que teremos oportunidade de lembrar — acerca da explicação da inoponibilidade das exceções.

Vejam-se as referencias em CAPITANT, *Cause*, 3.<sup>a</sup> ed., pag. 431; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Traité de Droit Civil, Obligations*, 2.<sup>a</sup> parte, pag. 463.

Diferente ainda é o conceito de *negotiable instrument* no direito anglo-saxão, como é diferente o alcance da inoponibilidade das exceções (1).

Na elaboração dogmática das normas sobre os títulos de crédito, a doutrina italiana, especialmente a comercialista, seguiu a doutrina alemã e, portanto, em ambas se encontram as mesmas ordens de idéas e as mesmas discussões, orientando-se a doutrina francesa por outra diretriz, que, no entanto, pelos seus autores mais recentes, se está aproximando do sistema italiano.

Essa diferença entre as várias doutrinas é um reflexo da diversidade da legislação cambiária (pois é a propósito da cambial que foram especialmente elaboradas as teorias sobre os títulos de crédito), atendendo-se a que a legislação cambiária italiana do código de comércio deriva da ordenança germânica de câmbio de 1848 (2).

(1) FONTANA, *Titoli di credito e "negotiable instrument"*, *Diritto e pratica comm.*, 1934, 220; ULMER, *Zeitschrift für ausländisches Privatrecht*, vol. III, pag. 242.

Somente podem, realmente, adquirir a qualidade de *negotiable instruments* os documentos que tenham por objeto o pagamento de uma soma de dinheiro. Bill of Exchange Act (Inglês) sec. 72; Uniform Negotiable Instrument law (Estados Unidos da América do Norte), sec. 1. O conceito de *negotiable instrument* é por isso mais restrito que o de "título de crédito" e basta nesse sentido pensar nas ações de sociedades comerciais e nos títulos de crédito para mercadorias, a respeito dos quais os autores falam, com efeito, em *quasi-negotiable instruments*. Cf. DANIEL, *Negotiable instruments*, 7.<sup>a</sup> edic.; New York, 1933, pag. 2056 e 2093.

Aliás, veremos que os títulos para pagamento de dinheiro são, geralmente, abstratos; são ao contrário causais os para entrega de mercadorias e as ações. O bilhete de mercadoria — título abstrato para entrega de mercadoria — ficou desconhecido na prática.

(2) Essa derivação histórica é também a do decreto brasileiro (n. 2044 de 31 de dezembro de 1908) sobre a cambial. Cf. SARATVA, *A Cambial*, Rio de Janeiro, 1912, pag. 102; PAULO MARIA DE LACERDA, *A cambial no direito brasileiro*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Prefácio e pags. 13 e segs.; PONTES DE MIRANDA, *Direito cambiário (Letra de câmbio)*, Rio de Janeiro, 1937; M. TORRES, *A nota promissória*, São Paulo, 1928; WHITAKER, *Letra de câmbio*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1942. As obras acima mencionadas serão, a seguir, citadas tão somente com o nome dos seus autores.

A unificação internacional da legislação cambiária deve induzir a doutrina a elaborar também num plano internacional, de maneira unitária, os princípios gerais dos títulos de crédito, e é o que se vem observando na doutrina mais recente, surgida depois da unificação (1).

4. Essa elaboração deve compreender também os títulos causais, que foram até ao presente descuidados pela doutrina e que, no entanto, a evolução da prática foi multiplicando em todos os países (2).

Embora convenha evitar o perigo de aplicar, além do âmbito que lhes é próprio, os princípios peculiares aos títulos de crédito cambiários, é justamente a evolução atingida pela doutrina cambiária que pode permitir estudar o problema dos títulos causais. Não é, aliás, sem significação observar que, na sua evolução histórica, a cambial percorreu algumas fases em que correspondeu aos títulos causais.

Um dos objetivos científicos deste trabalho é procurar contribuir para o estudo dos títulos causais, e, em geral, para a teoria geral dos títulos de crédito, o que concorre para pôr em evidência quer os característicos comuns a todos os títulos de crédito, quer os peculiares dos títulos cambiários.

5. O título de crédito é, antes de mais nada, um *documento*. A disciplina legislativa, necessariamente diferente quanto aos títulos diversos, indica os requisitos de cada um deles. Carater constante, porém, de todos, é que constituem um *documento; escrito; assinado* pelo devedor; *formal*,

(1) Esse fim é visado por MOSSA em sua *Cambiale secondo la nuova legge*, Vallardi, Milão, 1935.

(2) Veja-se agora, no mesmo sentido, também VALERI, *Diritto Cambiario*, vol. 1, pag. 9, com referência à primeira edição destes estudos.

no sentido de que é submetido a condições de forma, estabelecidas justamente para identificar com exatidão o direito nele mencionado e as suas modalidades, a espécie do título de credito (daí nos títulos cambiarios até o requisito da denominação), a pessoa do credor, a forma de circulação do título e a pessoa do devedor (art. 1.º da lei cambiaria; art. 1.º da lei sobre o cheque; arts. 165, 175, 463 e 555 cod. com.) (1).

Ou o documento consubstancia um direito, ou, no caso das ações, a participação numa pessoa jurídica.

O documento refere-se “aos direitos de uma só parte”; tem uma estrutura que pode dizer-se *unilateral* (2). É evidente, na verdade, que a primeira condição para permitir a circulação do direito decorrente, para uma das partes, de um contrato bilateral, é a de considera-lo separadamente dos direitos da parte contraria: é um primeiro passo, mas um passo necessario, para satisfazer as exigencias economicas a que nos referimos no inicio destes estudos.

Isso foi posto em duvida quanto aos títulos que se costumam chamar representativos e cujo titular (ao contrario do que acontece nos títulos cambiarios) somente pode exigir a prestação mencionada no título, executando, contemporaneamente, uma contra-prestação: por ex., o pagamento do frete no conhecimento (3). Replicou-se, porém, com exatidão, que, nessas hipoteses, o titular do título de credito não está sujeito a uma obrigação, mas a um onus, que encontra a sua disciplina no título (4); não deve executar uma

(1) No direito brasileiro, LACERDA, *ob. cit.*, pag. 27 e seg.; M. TORRES, *ob. cit.*, pag. 173.

(2) Cf. agora, CASATI, na *Riv. dir. comm.*, 1935, 1, pag. 350.

(3) Cf. no direito brasileiro, art. 7, do D. n. 19473 de 10 de dezembro de 1930.

(4) VIVANTE, *Trattato*, cit. pag. 147; SEGRÈ, *Dei titoli al portatore* (*Studi in onore di Schupfer*, vol. III, pag. 309).

prestação, o que, em caso de inexecução, o faria responsável pelos danos, mas preencher uma condição para que possa legitimamente exigir a prestação mencionada no título (1).

Isso impede que o título de credito, possa referir-se também às obrigações do seu titular ou referir-se aos direitos e às obrigações derivados, para cada uma das partes, de um contrato bilateral. No entanto, como vimos, a possibilidade de exigir-se o credito pode ficar subordinada ao adimplemento de uma prestação, entendida como condição de exercício do proprio direito (2).

O documento pode referir-se às *obrigações de varias partes*. Daí a necessidade de se distinguirem os requisitos que se prendem ao título no seu conjunto, como pressupostos comuns de todas as obrigações nele mencionadas, e os que se prendem a cada uma das obrigações no mesmo referidas. É evidente, na verdade, que a falta dos primeiros pode-

(1) A doutrina moderna, como é sabido, distingue nitidamente o conceito de “obrigação” do de “onus”. O segundo tende a ser concebido como uma condição que deve ser observada para o exercício (ou a não perda) de um direito ou (v. adiante pag. 36) de um poder. A inobservancia do onus dá lugar à perda (ou à impossibilidade de exercício) do direito ou do poder, enquanto que o inadimplemento da obrigação dá lugar à sua execução compulsória de maneira especifica ou ao resarcimento dos danos.

Ao apreciar o inadimplemento de uma obrigação, o direito toma (salvo as exceções) em consideração a inexistencia ou a existencia de culpa; geralmente, ao contrario, se precinde dessa investigação ao apreciar-se a observancia ou não de um onus.

Em geral, enquanto os prazos de prescrição concernem à possibilidade de fazer-se valer um direito subjetivo, os prazos de decadencia, ao contrario, concernem ao periodo dentro do qual deve ser executado o onus.

Não preciso acrescentar que o termo “onus” é, para estes fins, entendido em sentido diverso daquele em que é empregado na doutrina dos direitos reais. Cf. para uma referencia FERRARA, *Trattato di diritto civile*, Athaenaeum, 1917, pag. 308, com ultteriores referencias; MESSINEO, *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, 1939, vol. I, pag. 39; VON TUHR, *Partie générale du code federal des obl.*, vol. I, pag. 10 da 2.ª edição, Lausanne, 1933.

(2) VIVANTE, *ob. e loc. citados*.

rá ser alegada *por qualquer obrigado* (1), enquanto que a falta dos segundos somende poderá ser alegada por aquele a cuja obrigação se prendem os requisitos em questão (2). Do primeiro ponto de vista, o que importa é a validade extrínseca do requisito (por ex., da firma do sacador); do segundo, a sua validade intrínseca (3).

6. Os requisitos “formais” exigidos pela lei, para que o documento possa constituir um título de credito, são impostos sob pena de nulidade, isto é, a sua falta (4) acarreta a insubsistencia de um “título de credito” ou de um título de credito de determinado tipo.

A exceção de nulidade atem-se naturalmente à própria existencia de um título de credito e de um direito cartular

(1) Cf. Cass. do Reino 6 de fevereiro de 1935, *oro It.*, 1935, I, 507.

(2) Cf. no direito brasileiro, PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, pags. 105 e segs.; WHITAKER, *ob. cit.*, pags. 59 e 80.

(3) Cf. VALERI, vol. II, pag. 25 e mais adiante p. 353 e 365. É esta a conseqüência do princípio da autonomia (ou independencia) das obrigações cambiárias ou, geralmente, cartulares. Art. 7.º da lei italiana. Cf. VALERI, vol. I, pag. 120. No direito brasileiro, art. 43 do decreto 2044; PONTES DE MIRANDA, pag. 112; WHITAKER, *ob. cit.*, pags. 59 e 80.

No direito inglês observe-se no mesmo sentido sec. 22, parágrafo 2 e sec. 55 parágrafo 2 do Bill of Exchange Act, embora a autonomia das obrigações cambiárias não encontre ali reconhecimento num princípio de caráter geral.

A solução francesa era diferente, em virtude do art. 112 do cod. com. francês. Este artigo, cuja importância prática já diminuiu por efeito da reforma de 1867, não se encontra mais na lei (D. 30 de outubro de 1935), emanada em consequência da Convenção de Genebra. Antes dela, na França, a não veracidade das menções cambiárias “de nom et de qualité” (chamada “supposition”) implicava a invalidade da cambial; esta, consequentemente, tinha simplesmente o valor de uma promessa.

Sustentava-se, portanto, que a “supposition” acarretava uma exceção opo-nível por todos os obrigados cambiários, ao terceiro que não fosse de boa fé. Cf. LESCOT, “*Effets de commerce*”, Paris, 1935, vol. I, p. 326, e *Suplement* (Paris, 1937), p. 61.

O princípio da independencia das obrigações cambiárias foi, no direito francês, uma consequência da introdução da Convenção de Genebra. Cf. LESCOT, *Suplement*, n. 8.

(4) Desde que não seja suprida pela lei (cf. art. 2.º da lei cambiária).

e por isso poderá ser oposta a qualquer portador *por qualquer devedor* (1).

Questão distinta é a de saber-se se, embora não sendo um título de credito, o documento, nesses casos, constitue prova suficiente de uma obrigação civil ou comercial, podendo ser invocado para esse fim (2).

7. Em que momento devem coexistir os requisitos estabelecidos pela lei? Qual a disciplina do título antes de ficar completo?

É este o problema do título em branco (3), que constitue somente um aspecto particular do mais vasto problema do documento em branco.

Em geral (4), a lei não especifica o momento em que devem coexistir todos os requisitos de um documento, o que equivale a afirmar que devem existir no momento em que for usado (5).

(1) Cf. no direito brasileiro art. 1507 do cod. civil. Em matéria cambiária, cf. no direito it. o art. 21 da lei cambiária (igual ao art. 17 da convenção) e 324 do cod. com. Cf. no direito brasileiro o art. 51 do decreto n.º 2044.

(2) A meu ver, não se trata, a rigor, nessa hipótese de *conversão* em sentido próprio. O documento é, realmente, nestes casos, tomado em consideração como documento probatório da própria obrigação fundamental; não há nenhuma outra obrigação a não ser a decorrente do negócio fundamental.

Esta, por seu turno, não encontra a sua fonte na declaração creadora do título, mas no próprio negócio fundamental (p. ex. venda; empréstimo) havido entre as partes.

Ao contrario o fenomeno da conversão dos negócios jurídicos assenta exatamente na possibilidade de que a mesma declaração de vontade, embora não podendo alcançar determinados efeitos, possa, no entanto, alcançar efeitos menos importantes.

Mais que de conversão do “negocio” dever-se-ia falar em “conversão da eficacia do documento”, pois este, embora invalido qual documento constitutivo de uma nova obrigação, fica, no entanto, valido qual documento probatorio do negocio fundamental.

(3) Cf. no direito brasileiro LACERDA, *ob. cit.*, pags. 37 e segs.; art. 3.º, D. 2044. O problema foi estudado e investigado na doutrina com referencia à cambial em branco e, de modo mais geral, aos títulos cambiários.

(4) A regra, realmente, não vale para todos os documentos.

(5) Não é, aliás, nem materialmente possível que todos os requisitos do documento sejam apostos no mesmo “identico momento”.

Ensina-se, portanto, que os requisitos do titulo de credito devem coexistir no momento da sua apresentação, ou melhor, no momento em que se invoca, com base no proprio titulo, o direito cartular (1).

Questão ulterior (2) é a da possibilidade de que os varios requisitos do titulo sejam apostos, não só em momentos diversos, mas também por pessoas distintas e, por isso, depois que o titulo tenha entrado na circulação.

Este segundo problema recebeu uma resposta afirmativa na teoria geral do documento em branco (3), bem como na teoria da cambial (4).

Não creio, no entanto, que a mesma resposta afirmativa possa ser dada quanto aos titulos causais. Veremos, realmente, que estes se caracterizam pela sua referencia a uma determinada e tipica relação fundamental e essa circunstancia, parece-me, exclue que o seu preenchimento possa verificar-se juridicamente (5) por obra de pessoas diversas (6).

8. Relativamente à cambial é, ao contrario, correntemente admitido o seu preenchimento por parte de pessoa

(1) Cf. VALERI, *ob. cit.*, vol. I, pag. 126 e vol. II, pag. 136 e segs e no direito brasileiro, LACERDA, *ob. cit.*

(2) Geralmente, os dois problemas são confundidos, pois o exame da teoria do titulo em branco é limitado ao caso dos titulos cambiarios.

(3) Cf. adiante, pag. 74, nota 1.

(4) Cf. os autores anteriormente citados, e ali ultteriores referencias. No direito brasileiro, amplamente, M. TORRES, *ob. cit.*, pags. 177 e 191.

(5) Digo "juridicamente", porque o problema do preenchimento do titulo por parte de pessoas diversas é naturalmente distinto do da escrita material de alguns elementos do titulo por parte de uma pessoa diversa da que o assina.

(6) Por seu turno, o problema examinado no texto não surge nem quanto aos titulos abstratos não cambiarios, pois estes, como veremos, são titulos emitidos em massa, de maneira que é inadmissivel um seu preenchimento por parte do portador, com a consequente possibilidade de preenchimentos diversos para os varios titulos da mesma serie. Quanto ao cheque cf. mais adiante, pag. 413.

distinta da do devedor e, por isso, por parte dos sucessivos portadores do titulo (art. 14 da lei cambiaria) (1).

Por isso, ensina-se, com acerto, de um lado, que para existir a possibilidade do sucessivo preenchimento é sempre necessario um "minimo", isto é, pelo menos uma firma de devedor, formalmente (isto é, extrinsecamente) (2) valida, seja esta do emissor ou do sacador ou até do aceitante ou de um endossador (3); de outro, que até o momento da sua apresentação, a cambial pode ser completada, quer pelo tomador, quer por um sucessivo portador.

A validade da cambial fica subordinada ao fato de se tornar completa; desde que afinal seja completada, podem entretanto validamente ser apostas (antes do preenchimento) as varias declarações cambiarias (endossos, avais, aceites) (4).

Cada sucessivo portador tem *ex lege* (art. 14 da lei cambiaria, de conformidade com a convenção internacional) (5).

(1) No direito brasileiro, cf. art. 3.º e art. 54, parte final, do D. n. 2044.

(2) E' suficiente a validade extrinseca, porque o problema se refere aos requisitos do documento, como pressuposto para sustentar, depois, obrigações validas. Observámos já que, sob este aspecto, as firmas cambiarias são levadas em consideração na sua validade extrinseca e não na intrinseca.

(3) FERRARA, *Girata della cambiale*, Roma, 1934, pag. 655; VALERI, *ob. cit.*, vol. 1, pag. 127. No direito brasileiro, cf. WHITAKER, *ob. cit.*, pag. 95. Em sentido contrario, ANGELONI, *Cambiale*, pag. 114.

(4) Lembre-se que o lançamento do aceite (do aval etc.) é, obviamente, o pressuposto da obrigação do aceitante, (do avalista, etc.), mas não é um requisito do titulo; cf. p. 365. Quanto às providencias tomadas em leis especiais acerca da obrigatoriedade do aceite cf. mais adiante p. 462.

(5) Foram assim afastadas as discussões anteriores acerca da necessidade de uma especifica convenção sobre o preenchimento. Cf. VALERI, vol. II, pag. 136. A mesma diretriz parece ser seguida pelas legislações anglo-saxonias: art. 20 do Bill of exchange act na Inglaterra e 14 do Negotiable Instrument Law, nos Estados Unidos.

O direito brasileiro chega à mesma solução pratica, embora através do conceito de uma "presunção" do preenchimento, desde o momento da emissão do titulo (art. 3.º, D. 2044). Por outro lado, no art. 4.º lê-se que se presume ter o portador, o "mandato" de inserir no titulo a data e o lugar de emissão que eventualmente nele faltarem.

Cf. SARAIVA, *ob. cit.*, pag. 151 e segs. A referencia ao "mandato" feita pela lei é justamente superada pela doutrina, que fala, com mais exatidão, em uma "faculdade". Cf. M. TORRES, pags. 177 e segs.

Na lei francesa não há uma regulamentação expressa da cambial em branco.

um poder (1) de preenchimento e o onus do mesmo, não podendo, na falta de preenchimento, fazer valer o título.

A cambial em branco, por isso, não passa de uma cambial incompleta, que pode, todavia, ser completada por qualquer portador sucessivo.

A exceção relativa ao abuso de preenchimento constituirá uma exceção pessoal, oponível somente (art. 14 da lei cambiaria, de conformidade com a convenção internacional) ao portador de má fé ou em culpa grave.

(1) Cf. o meu artigo em *Revista di diritto processuale civile*, 1929, I, 318 e agora, VALERI, vol. II, pag. 145. Por "poder" jurídico indicamos a faculdade reconhecida a um sujeito de influir diretamente, com os próprios atos, na esfera jurídica, alheia. O exemplo tradicional dos poderes jurídicos (*Machtbefugnisse*, na terminologia alemã) é constituído pela representação, mas a representação apenas constitui exemplo de uma categoria mais vasta. Mesmo fora da representação, a doutrina identificou uma série de hipóteses, em que um sujeito pode, com a sua vontade, determinar diretamente uma modificação na esfera jurídica de outrem.

Estas hipóteses são distintas dado direito subjetivo, em que, ao contrario, a vontade do sujeito torna atual uma obrigação jurídica alheia. Cf. VON THUR, *Partie générale du code fédéral des obligations*, Lausanne, 1933, vol. I, pag. 22 e, no direito anglo-norte-americano, HOFELD, *Fundamental legal conceptions*, New Haven, 1933, pag. 23 e segs.

Para verificar o alcance pratico da distinção basta observar que estes "poderes" podem, no seu exercicio, estar condicionados a um "onus" (v. antes, pag. 431) ou a um prazo de decadencia, mas não à prescrição.

O problema prende-se, sob alguns aspectos, à discutida teoria dos direitos potestativos. Um recente exame desse ultimo proclama, com a respectiva bibliografia pode-se encontrar em MESSINA, verbete *Diritti potestativi*, no *Nuovo Digesto Italiano* e em AULETTA, *Rivista di diritto commerciale*, 1939, I, 556.

A meu vêr, a teoria dos direitos potestativos esquece que os chamados direitos potestativos não são direitos subjetivos, pois não há um "dever" correspondente (mas, ao contrario, uma "sujeição") e portanto a sua disciplina é necessariamente diversa da tradicional do direito subjetivo. Esta diversidade obstará a sua inclusão na categoria do direito subjetivo si se quizer conservar nesta a necessaria homogeneidade.

De outro lado, no entanto, nos direitos potestativos, analogamente ao que acontece quanto aos direitos subjetivos, o interesse do sujeito passivo é subordinado àquele do sujeito ativo da relação jurídica. Esta subordinação, ao contrario, falta, em principio, nas hipóteses de "poderes" acima lembradas.

As dificuldades da teoria dos direitos potestativos decorrem junstamente da concorrência destes caracteres diversos — o que talvez pode explicar a conclusão ceptica adotada por MESSINA, *ob. cit.*, a respeito da sua classificação — e, talvez, do fato (cf., com efeito as obras acima citadas) de ser, com frequencia, esta denominação aproveitada quanto a casos bastante diversos entre si.

A exceção de preenchimento abusivo é necessariamente oponível ao portador que, tendo recebido a cambial em branco, efetuou o preenchimento: este, portanto, é passível da respectiva exceção, se o preenchimento fôr abusivo (1).

De má fé ou em culpa grave poderá ou não, estar, segundo os casos, o portador sucessivo que receba a cambial completada.

No sistema da lei italiana (2), o poder de preenchimento é submetido a um prazo de decadencia (3) de tres anos, a partir do dia em que a cambial efetivamente entrou na circulação (art. 14). A inobservancia desse prazo dá

(1) Os acordos relativos ao preenchimento constituem, em substancia, uma convenção extra-cartular, no sentido que mais adiante será ilustrado; o portador da cambial em branco sucede, a meu ver, necessariamente, nessa convenção, justamente porque, enquanto a cambial fôr incompleta, ele não pode adquirir um direito completo. Cf. no direito brasileiro SARAIVA, pag. 153; PONTES DE MIRANDA, *Títulos ao portador*, pag. 473; WEITAKER, pag. 111.

(2) Esse prazo de decadencia não encontra correspondente na convenção internacional. Foi introduzido com o fim de resolver, assim, as graves questões que derivavam da impossibilidade, por um lado, da aplicação do instituto da prescrição cambiaria ao "poder" de preenchimento da cambial e, por outro lado, da falta de um prazo para o exercicio deste poder (cf. Cass. Reino, 28 de julho de 1932, *Foro It.* 1933, I, 206, com uma nota de minha autoria). Cf. VALERI, *ob. cit.*; no direito brasileiro, cf. PONTES DE MIRANDA, pag. 133.

(3) Não de prescrição. Os prazos da prescrição cambiaria prendem-se, ao contrario, ao direito cambiario e não ao poder de preencher a cambial em branco; devem ser contados à partir do vencimento da cambial (art. 94). Na hipótese da cambial emitida com vencimento em branco, os prazos da prescrição cambiaria somente podem ser contados a partir da data do vencimento, com cuja aposição se tornou completa. Cf. Cass. 10 de dezembro de 1927, *Foro It.*, 1928, I, 285. Justamente para evitar a falta de qualquer prazo na circulação de uma cambial com vencimento em branco, a lei cambiaria disciplinou o prazo de decadencia do poder de preenchimento. Analogamente a sec. 14 do Negotiable Instrument law nos Estados Unidos da America do Norte e a sec. 20 Bill Exchange Act (inglês) prescrevem dever o titulo ser completado dentro de um "reasonable time". (Note-se ser, no direito italiano, possível considerar em branco a cambial sem indicação do vencimento: é esta, até, na pratica a hipótese mais frequente de cambial em branco; a que se prende às mais frequentes discussões jurisprudenciais; a que constitui objeto de uma especial regulamentação quanto ao selo. Cf. VALERI, vol. II, p. 140. O artigo 2 da lei, no entanto, presume ser a cambial sem indicação do vencimento, uma cambial à vista; ensina-se, por isso, poder o possuidor considerar a cambial, na falta da indicação do vencimento, quer como uma cambial em branco, quer como uma cambial à vista em virtude da presunção legislativa decorrente do art. 2 da



lugar a uma exceção pessoal, oponível somente ao portador de má fé (1).

9. O título de crédito prende-se a uma relação que foi denominada, com exatidão, fundamental (2). Não corresponde, perde-se-nos a expressão, a um negócio econômico considerado na sua integridade, mas dele destaca alguns elementos, já em virtude da sua estrutura unilateral, acima lembrada.

Essa relação é, em alguns casos, determinada e especial. Assim, as ações pressupõem a constituição da sociedade; o

lei. Cf. VALERI, *ob. l. cit.* Das convenções extra-cartulares decorrerá se a cambial é a vista ou é em branco e qual, então, deve ser o seu vencimento. No direito brasileiro, cf., sobre a possibilidade de considerar como cambial em branco a cambial sem indicação de vencimento, LACERDA, *op. cit.*, n. 53).

(1) Cf. mais particularmente, acerca da disciplina da cambial em branco, VALERI, vol. II, pag. 136 e segs. Sobre o direito anglo-norte-americano, cf. DANIEL, *ob. cit.*, § 989 e seg. O problema fundamental da cambial em branco é o que se prende aos efeitos da sua circulação. Quem adquire uma cambial em branco goza ou não (posto de lado o que se refere às exceções de preenchimento abusivo) de uma posição autônoma, invulnerável às exceções oponíveis ao seu antecessor? É esse o problema que se costuma indicar, com frequência, perguntando se a cambial em branco é ou não uma cambial. A maioria dos escritores (v., porém, em sentido contrário VALERI, vol. II, pag. 265) responde afirmativamente, sustentando, a meu ver com acerto, que a cambial em branco, embora incompleta, é sempre uma cambial, de maneira que pode circular, não só com as formas (endosso), mas mesmo com os efeitos próprios da circulação cambiária. Essa tese parece-me apoiada, de um lado, pela observação de que também o endosso de uma cambial em branco importa na obrigação de regresso — de maneira que seria ilógico ver-se no mesmo somente os efeitos de uma cessão no que concerne à invulnerabilidade das exceções — de outro lado pelo fato de que a nova lei explicitamente admite a anulação de uma cambial em branco. Creio, portanto, que também a cambial em branco circula como uma cambial e que, pois, o endossatário de uma cambial em branco é invulnerável às exceções oponíveis ao endossador, salvo no que se refere ao preenchimento abusivo. É esta última justamente a consequência da circunstância de ser, a cambial, “em branco”, isto é, necessitar de um preenchimento. Um caso particular é, no entanto, o da cambial “com o nome do tomador em branco” sobre o qual cf. mais adiante, pag. 315.

(2) Os estudos fundamentais sobre a matéria são os de WIELAND, *La Cambiale e il diritto civile* trad. it. Cedam, Padua, 1931, e de LA LUMIA, *L'Obbligazione cambiaria e il rapporto fondamentale*, Milão, Vallardi, 1913. Embora examinado com particular referência à cambial, é evidente que se trata de um problema geral a todos os títulos de crédito. Na doutrina brasileira, cf. PONTES DE MIRANDA, *Letra de cambio*, pag. 3 e seg.

conhecimento, o contrato de fretamento ou de transporte; o conhecimento de depósito, o contrato de depósito, e assim por diante. É nesta hipótese que a doutrina fala em títulos causais, dada a mais íntima conexão que então se verifica entre o título de crédito e a relação fundamental.

Em outros casos, o título prende-se a qualquer relação, e nessa hipótese a doutrina fala em título abstrato (1). Assim a cambial pode ligar-se a uma relação de mútuo, de venda e outras, e pode ser dada *credendi, solvendi, domandi causa*.

Os caracteres apontados parecem aproximar o título de crédito aos documentos probatórios. Surge, portanto, espontânea a tendência a reconhecer no título um documento probatório da relação fundamental, ou, com mais precisão, de algumas das obrigações oriundas da referida relação.

Em substância, o título de crédito parece prender-se, como os documentos probatórios, a uma relação constituída independentemente da redação do documento; o título constituiria tão somente a documentação de algumas obrigações decorrentes da relação fundamental.

Essa tendência é particularmente acentuada nos sistemas latinos (2), avessos ao reconhecimento de promessas abstratas.

Por outro lado, porém, o título de crédito, diferentemente dos outros documentos, é tipicamente destinado à

(1) Veremos adiante o preciso alcance desses termos e a significação, quer da causalidade dos títulos causais, quer da abstração dos títulos abstratos.

(2) Não é realmente, sem significação o apego da doutrina francesa ao conceito de título de crédito como documento probatório, nem é talvez, por acaso, que a doutrina moderna alemã e italiana tem implicitamente diante dos olhos, como típicos títulos de crédito, os títulos ao portador e a nota promissória, mais que o saque, nem é estranha a essa mesma preocupação a tradição francesa, quando vê na circulação do saque também a transferência do crédito (da provisão) do sacador para com o sacado.

circulação; no domínio da circulação ele nos aparece como que destacado da relação fundamental, porque, na medida que iremos aos poucos precisando, é constante em todos os títulos de crédito o princípio da inoponibilidade, aos terceiros, das exceções decorrentes da relação fundamental.

Essa situação explica, em substância, duas diversas e constantes tendências da doutrina: de um lado, ha os que levam em conta a posição dos sujeitos da relação fundamental e dela deduzem a natureza somente probatoria do título de crédito, recorrendo, depois, genericamente, quer às exigências da boa-fé, quer a uma renúncia do subscritor, para explicar a posição peculiar do terceiro; de outro, ha os que, ao contrario, levam em conta essencialmente a posição do terceiro, chegando logicamente à conclusão de que o título de crédito é o documento constitutivo de um direito distinto daquele da relação fundamental.

Quanto mais a finalidade do título consistir na circulação do direito, tanto mais facil será à doutrina adotar o ponto de vista do terceiro portador. Portanto, é natural que as teorias que partem da afirmação do carater constitutivo do título tenham sido aceitas, primeiro, quanto aos títulos ao portador, posteriormente e, com dificuldade, quanto aos títulos à ordem, particularmente os títulos cambiarios, sendo ainda hoje objeto de duvida quanto aos títulos causais e nominativos; é natural que estas teorias se prendam à posição atual dos títulos de crédito, ao passo que as teorias contrarias se compreendem melhor tendo em vista a posição historicamente originaria.

Em substância, as teorias modernas, para explicar plenamente a posição do terceiro, partem todas de um pressuposto comum, embora nem sempre esclarecido dadas as discussões e as duvidas de que está cheia a materia: desta-

cam o título de crédito da relação fundamental que o precede, para torna-lo o documento constitutivo de uma declaração autonoma, e falar, por isso, em direito cartular e em declaração cartular, em opposição ao direito derivado da relação fundamental e ao negocio fundamental.

Essa aparente “duplicação” constitue, é inutil nega-lo, o ponto de partida de todas as teorias modernas (1); o ponto de chegada da evolução dogmatica dos títulos de crédito e o conceito inspirador da convenção de Genebra (2).

Quem escreve estas paginas é decidido partidario das teorias chamadas modernas, e por isso distingue, precisamente, a declaração cartular e a declaração fundamental, servindo essa distinção de base à teoria juridica de todos os títulos de crédito, sejam abstratos ou causais; nominativos, à ordem ou ao portador.

Essa “duplicação” se justifica pelas exigências da circulação, que devem constituir a diretriz da investigação e o “ponto de vista” para encarar os problemas dos títulos de crédito.

Por certo, na evolução historica dos títulos de crédito, a importancia atribuida à circulação cresceu na medida do progresso economico e, por isso, nas suas origens estava em plano inferior à das demais funções do título. A cambial surgiu para tornar possivel o transporte do dinheiro; hoje possibilita a mobilização do crédito.

Por certo, mesmo hoje, no ambito dos diversos títulos de crédito, a relação entre a declaração cartular e o negocio fundamental não é sempre a mesma, e veremos realmente

(1) Até a de CARNELUTTI, que, no entanto, parte justamente da critica dessa duplicação. Com efeito, Carnelutti constroe, ao lado do direito derivado da relação fundamental, uma ação cartular, ulterior e especial, baseada no título de crédito, e ao lado da declaração da relação fundamental uma autonoma “documentação” desta, através da redação do título de crédito.

(2) Cf. BIGIARI, *Rivista di diritto commerciale*, 1937, I, pag. 113.

que, nos títulos causais, a declaração cartular é um negocio declaratorio, ao passo que, nos títulos abstratos, o direito cartular e o derivado de relação fundamental se apresentam como concorrentes.

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

## CAPITULO II

### A “LITERALIDADE” DOS TITULOS DE CREDITO

*Sumario:* 1. Os instrumentos confessorios do direito intermedio. — 2. A literalidade. — 3. Seu alcance. — 4. Sua função pratica. — 5. Conhecimento das convenções extracarturales. — 6. Função pratica. — 7. Pluralidade de obrigações. — 8. Explicação da literalidade. — 9. Literalidade e independencia do título. — 10. Literalidade e abstração. — 11. Literalidade e apparencia juridica. — 12. Conclusões. — 13. A declaração cartular é uma declaração de vontade. — 14. Mesmo nos títulos causais. — 15. Possibilidade de uma diversa orientação. — 16. Tese de Carnelutti. — 17. Critica. — 18. Continuação. — 19. Continuação. — 20. Conclusões. — 21. Critica de uma afirmação de Vivante. — 22. Distinção entre o direito cartular e o da relação fundamental. — 23. Concurso de direitos.

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

Instrumentos confessorios *ex causa cambii*, perfeitamente analogos aos redigidos por ocasião de mutuo, “commenda” e outros negocios (1).

(1) GOLDSCHMIDT reproduz, entre os exemplos de cambiais, o seguinte documento (n.º 342 do cartulario de *João Scriba*): “Ego confiteor quod accepi a te lib. XI d. Jan. de quibus promitto dare filio vestro vel misso vestro apud alexandriam bisantios 23/4 per libram, etc.”. A cambial de 6 de abril de 1207 de *Simão Rubeus* (a primeira cronologicamente, segundo *Goldschmidt*) reza: *Simon Rubeus fatetur habuisse libras 34 denariorum januae et denarios 32 pro quibus Wilhelmus bancherius eius frater debet dare in Palermo marcos octo boni argenti illi qui ei dabit hanc cartam*”.

Eis, no entanto, outros documentos do mesmo cartulario em que exatamente não se reconhecem documentos cambiarios: n.º 251: “Ego confiteor accepisse tantum de tuis rebus unde tibi vel tuo certo misso per me vel meum missum lib. XIII et sol. unum usque ad proximas Kal. aug. solvere promitto”; n.º 537: “Ego accepi a vobis... piperis centenarios pro quibus promitto dare

Prescindindo da causa particular da obrigação (o negocio de cambio sobre cuja natureza disputavam os juristas e em que desde logo se distingue o cambio *pecuniae presentis cum absenti* com o correspondente requisito da *distantia loci*), o titulo de credito era, nas suas origens, um documento confessorio, submetido à disciplina geral dos documentos dessa especie.

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

Com efeito, essa *confessio judicialis ante litem contestatam* era substancialmente equiparada à romana *confessio in jure*, com a aplicação do principio *confessus pro judicato habetur*, cuja consequencia era tornar o titulo executivo (1).

Mas se, inicialmente, o documento confessorio medieval e, portanto, o titulo de credito, apenas envolvia a confissão de uma relação "anterior", dentro em pouco, com uma evolução que se afirma cada vez mais nitida na pratica estatutaria, a despeito da concepção probatoria da confissão, dominante *de jure communi*, o documento confessorio vai tomando o aspecto de documento constitutivo de uma "nova" obrigação.

Podemos perceber essa evolução observando o progressivo reconhecimento da oponibilidade, mesmo em relação à

vobis vel vestro misso per me vel meum missum lib. XV den. usque octavam proximam pasche". Basta, aliás, percorrer o cartulario de *Giraudus Ahmaricus*, de João Scriba e os documentos *Manduel* para verificar a verdade do que afirmo no texto.

(1) Cf. BRIEGLER, *Geschichtes des Executiv-Process*; LIEBMANN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, pag. 46 e segs., e sobre os carateristicos dos processos executivos do direito romano comum, CHIOVENDA *Instituições de direito processual*, São Paulo, 1942, vol. I, p. 342.

*confessio judicialis ante litem contestatam*, das exceções dos vícios contratuais (1), o que anteriormente, ao contrario, não era possível, dada a existencia da confissão.

A qualidade de titulo executivo do documento, que, num primeiro momento, fôra admitida através do reconhecimento da existencia da *confessio*, recebe, na legislação estatutaria um reconhecimento proprio e independente, que tor-

(1) BRIEGLER, pag. 186 e tambem LATTES, *Diritto commerciale*, pag. 258. BRIEGLER entende que, no decorrer do desenvolvimento historico, tenha sido reconhecida a admissibilidade de exceções cada vez mais numerosas ao instrumento confessorio, embora este tenha sido sempre assimilado à *confessio judicialis*.

Lembro que BUTRIGARIO, L. 14 C. *de non numerata pecunia*, seguido por BALDO (ibidem), que se reporta tambem a CINO, admite, por exemplo, a possibilidade de opôr a *querela non numeratae pecuniae* somente quando a confissão era feita por *modum voluntariae jurisdictionis*, como se admitia tivesse lugar nos instrumentos confessorios. De fato, ele assim se manifesta: "Aut promisit per modum voluntariae jurisdictionis aut per modum contentiosae jurisdictionis, ut qui invitatus fecit. Primo casu non praeiudicat sibi, imo habet exceptionem non numeratae pecuniae ut hic, quod fecit pro debitoribus qui obligantur instrumento garantigiae, quia dico ibi est quaedam confessio per modum voluntariae jurisdictionis, quam aut iudex aut tabellio ex forma statutorum civitatum exercent. Secundo casu quia invitatus fecit non praesumitur factum spe futurae numerationis et tunc sibi praeiudicat, nam non est verosimile quod confessus fuisset nisi pecunia sibi numerata esset ut D. de verborum obligationibus, l. inter, Stichum". A meu ver, se num primeiro momento a assimilação dos documentos confessorios ao julgado levou a excluir as exceções relativas aos vícios do contrato, num segundo momento foram admitidas tambem essas exceções, contanto que não encontrassem obstaculo na letra dos estatutos.

Um indicio significativo dessa evolução se encontra na interpretação de uma passagem de BARTOLO, que se pode ver no comentario de GIASON DEL MAINO à L. 1, D. *De verb. obligationibus*. Significativa tambem a Cons. 43 de LUDOVICO ROMANO (pag. 132 da *Crestomancia de Briegleb*), bem como o comentario de PAULO DE CASTRO à L. 13 D. *constituta pecunia*, onde declara que as exceções relativas à nulidade do contrato são inoponíveis quando o estatuto explicitamente declara *quod non possit opponi exceptionem contra talia continentia praeceptum*, mas não quando se limita a afirmar que *talia praecepta vel instrumenta mittantur executioni*.

A qualidade de titulo executivo dos documentos torna-se, portanto, independente das consequencias que decorrem da regra *confessus pro judicato habetur*, da qual fôra deduzida.

Os documentos confessorios aproximam-se, assim, da *confessio extrajudicialis* (cf. pag. 46) e aplicam-se-lhes tambem as normas gerais sobre a *confessio extrajudicialis*, principalmente com referencia à causa.

na inutil o recurso à confissão (1) e que, portanto, faz cada vez mais precindir da disciplina peculiar desta.

Por outro lado, em materia de *confessio extra judicialis*, a doutrina, sob a influencia dos canonistas e dos ultramontanos, realizou, em grande parte com DURANTE, a fusão da *confessio scripta* com o contrato literal romano e reconheceu na *confessio scripta* um novo contrato, escrito e causal (2).

Lendo as paginas de DURANTE, não é difficil perceber que ele trata promiscuamente de duas confissões distintas: uma, que é na realidade negocio dispositivo e a cujo respeito a causa é exigida para a validade do negocio; outra, que tem valor meramente probatorio e em que a exigencia da

(1) Cf. de fato, no fim desse desenvolvimento historico, MASCARDO, que, nas suas *Conclusiones*, embora repetindo que a *confessio* dos instrumentos "guarentigiados" é uma *confessio judicialis* (n.º 344), nega que a *confessio coram notarium* seja uma *confessio judicialis* (n.º 344) e conclue (n.º 344), deduzindo, com uma verdadeira inversão do processo historico, a executividade da confissão judicial daquela dos instrumentos "guarentigiados": *confessio in iudicio facta executionem habet paratam sicut instrumentum guarantigiatum*.

(2) Sobre esse desenvolvimento historico cf. geralmente PLACENTINUS, *Summa Cod. ad. tit. si certum petatur, de non numerata pecunia*; *Lectura sup. Cod.*, 7, 59, n.º 4-5; GLOSSA, *debere ad Inst. de litt. obligationibus*; *generaliter à C. de non numerata pecunia* I, 13; à l. un. de confessis; HOSTIENGENSIS, *Summa aurea* "quod si quis extra jus confiteatur; qualiter intelligatur haec regula confessus pro convicto habetur"; BELLAPERTICA, *super Cod.*, n.º 13, C. 4, 30; DURANTE II, 2 § 3, e, no mesmo, J. ANDREA; CINO, à L. 3, 13 e 14, C. 3, 30; BARTOLO às mesmas leis; TARTAGNO, à L. 6, C. 2, 14; CUJACIO, VI, 569; VII, 747 (ed. Prato, 1863); MOLINEUS, in Lib. I, Cod. tit. XVIII (vol. III, pag. 580, ed. Paris, 1681); *Codex fabrianus*, IV, XV, 31; POTHIER, *Obrigações*, IV, cap. III.

Entre os trabalhos modernos, devem ser citados ENDEMANN *Beweislehre*, pag. 121 e segs. e 370 e segs.; KARSTEN, *Die Lehre von obl. Verträgen bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock, 1885.

A identificação da *literarum obligatio* romana à *confessio scripta extra-judicialis* deve-se especialmente aos canonistas.

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

Essa causa devia, no mutuo e no dote, ser provada pelo credor, no primeiro bienio, por força dos principios sobre a *querela non numeratae pecuniae*, porque como escreve FABER, *Inst. de lit. oblig.*, os homens se obrigam

causa consiste na necessidade de constar do documento a relação confessada, para dar valor à prova oriunda da confissão e do respectivo documento (*cautio discreta*) (1).

A doutrina posterior não chega a esclarecer suficientemente essa confusão, mas afirma a natureza dispositiva da confissão *de jure statutario* e a probatoria *de jure communi* (2).

Essa evolução, que constitue um dos caminhos historicos por meio dos quais a doutrina do direito comum chegou a elaborar o sistema contratual moderno (3), bastante diferente do romano, em que a referida doutrina tivera o seu

a restituir, mesmo antes de receber, *propter affectionem quam habent ad pecuniam et uxores*.

*Exacto biennio* e, na hipotese de *causa praeterita*, era, no entanto, o devedor quem devia provar a falta de causa (BALDO, de non numerata pecunia, I, 14).

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

Naturalmente, ao lado da confissão-contrato, continua a viver a confissão-declaração de ciencia, provida de eficacia meramente probatoria. Essa confusão, e a consequente dupla significação do termo causa, turvam todas as obras de direito comum.

(1) Cf. sobre esse ponto os autores anteriormente citados e FREUNDT, *Das Wechselrecht der Postglossatoren*, Leipzig, 1909, pag. 60.

Singularmente mais penetrante que os escritores posteriores, PEDRO DE BELLAPERTICA *Quaestio XXIX*, na edição de Lião de 1515 das suas *Questiones*, com exatidão escrevia que ou se confessasse *ad probandum*, e então não se podia levar em conta o requisito da causa ou *confitetur super principali actione et tunc refert quia ista confessio recedit ad obligationem confitentis et tunc dico quod non praeiudicat sine causa D. de probationibus l. cum indebito ultimo aut ista confessio tendit ad liberationem alterius et tunc dico quod praeiudicat confitenti et sic loquitur authentica ista et est ratio quia praeiudicat ad liberandum sine causa sed ad obligandum non, quia favorabiliores sunt rei quam actoris, etc.*

Pouco depois aliás, JOHANNES FABER (L. non epistolis C. de probationis) exatamente entendia, em opposição à doutrina do seu tempo, que ao julgar-se a força obrigatoria de uma escritura não se devia levar em conta uma expressão enunciativa ou dispositiva, mas a intenção do declarante, conceito que, referido tambem na glosa (L. quidam D. constituta pecunia), será depois revivido por FULGOSIO (ibidem em 1. Titius). Quizera quasi dizer que o pequeno grupo dos ultramontanos, tão atiladamente educados nas distincões logicas, constitue, com as suas opiniões, um raro exemplo de clareza dogmatica na desordem da doutrina intermedia relativamente a esses assuntos.

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

(3) Cf., a esse proposito, o citado volume de KARSTEN.

ponto de partida, não é sem relevancia em materia de titulos de credito, mesmo do ponto de vista do estudo dogmatico (1).

Com efeito, permite-nos tal evolução verificar que o titulo de credito, documento originariamente probatorio, se foi transformando em documento constitutivo (2) de um direito autonomo. Esse direito cartular autonomo subsiste de maneira independente, por força do titulo de credito, eventualmente concorrendo com os direitos, de conteudo economico identico, oriundos de outras relações entre as mes-

(1) Cf., aliás, na mesma ordem de idéias seguidas no texto, a exposição historica de GRÜNHUT, *Wechselrecht* (na Enciclopedia de BINDING) e a classica obra de BRUNHER, no manual de ENDEMANN.

(2) Em sentido mais restrito, entende-se por documento constitutivo, o instrumento cuja redação é essencial à constituição do negocio juridico.

Em sentido mais lato, pode entender-se por documento constitutivo todo documento que incorpore a declaração de vontade ou o proprio ato (mesmo declaração de ciencia ou declaração de intenção; para o que diz respeito a esta ultima categoria cf. von TUHR, *Partie générale du code fédéral des obligations*, Lausanne, 1933, vol. 1 pag. 152 e seg.; cf. tambem MESSINEO, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, CEDAM, 1939, vol. 1, pag. 109) para cuja prova é aduzido, e não uma declaração distinta.

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

Cf., no mesmo sentido, REGELSBERGER, no *Handbuch* de ENDEMANN, vol. 2, pag. 459.

E', enfim, desnecessario, por outro lado, observar que tambem o documento constitutivo possui eficacia probatoria.

Há quem (MESSINEO, *Titoli di credito*, 1.<sup>a</sup> ed., pag. 6) fale tambem em documento recognitivo. Na realidade, o documento em si mesmo não é nunca recognitivo, mas probatorio ou constitutivo: recognitiva pode ser a declaração mencionada no documento (por ex. negocio declaratorio ou declaração de ciencia) e não o documento como tal.

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

Cf. agora, no mesmo sentido, VALERI, *Diritto cambiario*, I, pag. 3, e LA LUMIA, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1940, I, 1, em contraste com a reafirmação do proprio pensamento feita por MESSINEO (*Titoli di credito*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. I, pag. 6) que defende a categoria do documento recognitivo, escrevendo que, no mesmo sentido, se fala de documentos constitutivos. Com isso fica esclarecido o equivoco de que nasce a categoria dos documentos recognitivos. Quando realmente, falamos em documento "constitutivo" ou "probatorio" referimo-nos à função do documento relativamente à declaração documentada, mas quando se fala em documento "recognitivo" queremos re-

mas partes (1). O direito cartular, mesmo independentemente da sua abstração — e teremos ocasião de voltar a este ponto — distingue-se da relação fundamental.

Já no sec. XIV BALDO distingue a ação oriunda da *littera cambii* e a do negocio de cambio subjacente, e os autores de direito comum afirmam que a obrigação é baseada na confissão do valor, mesmo quando expressa com *verba enunciativa* (2).

ferir-nos não à função do documento relativamente à declaração documentada, mas à função dessa declaração relativamente à situação jurídica anterior existente entre as partes. Trata-se, pois, de uma *declaração* "recognitiva" e não de um *documento* "recognitivo". Tanto isso é verdade que, tambem nessa hipotese, o documento será depois constitutivo ou probatorio em relação à declaração recognitiva nele mencionada.

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

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

A distinção entre documento dispositivo e probatorio objetiva as relações entre o documento e a constituição do negocio documentado. Os varios graus da eficacia probatoria dos documentos podem, a meu ver, ser depois apreciados seguindo as considerações de SIEGEL, *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, pag. 8 e segs. *Archiv. civ. Praxis*, vol. XCI.

(1) Cf. FREUNDT, *ob. cit.*, pags. 66 e 49, com referencia à historia da distinção entre *verba enunciativa* e *dispositiva*. LA LUMIA, *Obbligazione cambiaria e rapporto fondamentale*, pag. 16, vê nestas expressões da doutrina do direito romano comum um equivoco, devido às vantagens processuais da letra de cambio, que, no entanto, segundo o proprio LA LUMIA, teria sido sempre um mero documento probatorio. Mas, assim argumentando, parece-me, não se leva em conta a evolução historica acima referida, que se reflete justamente nas manifestações doutrinarias que, sem razão, LA LUMIA considera fruto de equivoco.

(2) A transformação, agora posta em relevo, de um documento confessorio em documento dispositivo e de uma declaração de ciencia em uma declaração de vontade constitui um fenomeno geral na historia do direito e um dos aspectos mais interessantes na historia do documento.

Os estudiosos do direito grego chamaram a atenção para esse fenomeno pela *ἀμολογία* redigida objetivamente, bem como para os documentos redigidos subjetivamente; os do direito romano tambem o notaram até com relação à *in iure cessio*; os do direito inglês observam-no para o *deed poll* e para os chamados *finés*. Cf. PARTSCH, *Zeitschrift für das gesammte Handels-*



E', no sec. XVIII, EINECCIO que estabelece o principio da cambial como contrato literal, chegando até a afirmar a abstração da obrigação cambiaria. Surge, assim, o conceito de "literalidade" da obrigação cartular.

2. A doutrina atual, com efeito, é unanime em reconhecer o carater da literalidade tanto nos titulos de credito abstratos, quanto nos causais; tanto nos titulos à ordem, quanto nos titulos ao portador ou nos nominativos (1), mas, pelo menos na Italia (2), não se deteve na explicação da literalidade e da sua significação juridica.

Convém, nesse sentido, lembrai uma premissa geral, que já tivemos oportunidade de acentuar, porque contraria

recht, vol. LXX (1910), pag. 477 (e sobre a clausula "Κηρία" tambem particularmente A. SEGRÉ, *Bollettino Istituto di diritto romano*, 1925, vol. XXXIV); MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, pag. 459; FERRARI, *Atti Istituto Veneto*, 1910, vol. LXXX, pags. 863 e 1175; RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte na Zeitschrift Savigny-Stiftung*, Röm. Abt., vol. XXVII e XXVIII; KÜBLER, ibidem, vol. XXIX; HOLDSWORTH, *History of english law*, vol. III, pag. 200; RADIN, *Anglo-American legal history*, St. Paul., Minn., 1936, p. 399.

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

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

Com isso as partes não querem sempre constituir uma obrigação abstrata. A imposição ao credor de provar a ocorrida prestação de valores ou de justificar o proprio credito, independentemente da confissão do devedor, como se verificava com a *querela non numeratae pecuniae*, conforme a sua interpretação no direito comum, (cf. antes, pag. 46) visa, muitas vezes, satisfazer às exigencias da pratica e da equidade.

(1) Cf. por todos MESSINEO, *Titoli di credito*, 1.ª ed., pags. 9 e 34. Insistindo, no entanto, na confusão que será posta em revelo em outra nota, escreve MESSINEO que os titulos à ordem e ao portador são literais em antitesse aos titulos nominativos, e isso porque os primeiros, em antitesse aos segundos, são necessarios e suficientes para exercer o direito neles mencionado.

(2) As varias explicações veiculadas na Alemanha são expostas e criticadas por SIEGEL, *Archiv. civ. Prazis*, vol CXI, pags. 99 e segs.

o que, embora não constituindo um ensinamento preciso, não deixa de ser uma orientação bastante difundida.

A diferente lei de circulação dos titulos de credito (nominativos, à ordem e ao portador) não implica *só por si* uma diversidade de natureza na declaração cartular dos varios titulos (1).

3. A literalidade, que a doutrina comum eleva a traço caracteristico de todos os titulos de credito e que a lei, por seu turno, menciona, quer quanto aos titulos cambiarios( art. 14, 17, 21, 30 e 36), quer quanto aos causais (arts. 293 e 555 cod. com.), é definida nestes termos: "o direito decorrente do titulo é literal no sentido de que, quanto ao conteudo, à extensão e às modalidades desse direito, é decisivo exclusivamente o teor do titulo" (2). Daí a norma do art. 21 da lei cambiaria (17 da convenção internacional), que, em materia cambiaria, exclue a oponibilidade das exceções decorrentes de convenções extranhas ao titulo e a do art. 392 do

(1) Cf. antes pag. 25 e, adiante, pags. 216, 248, 317 e 428.

(2) Nesse sentido, MESSINEO, *Titoli di credito*, 1.ª ed., pag. 8. No decorrer do seu volume, porém, esse autor confunde, talvez, literalidade com legitimação, entendendo que a liberalidade se refere à suficiencia do documento para exercer o direito nele mencionado (pags. 9 e 11). Realmente a literalidade refere-se à obrigação, ao direito mencionado no documento e prende-se justamente, segundo a definição do proprio MESSINEO, ao conteudo e aos limites desse direito; a legitimação, ao contrario, refere-se ao documento quanto ao exercicio do direito nele mencionado. Tanto isso é verdade que ha muitos documentos, os chamados titulos improprijs ou pseudo titulos de credito, que preenchem uma função de legitimação, embora não sendo literais (v. adiante, p. 223 e segs.). Cf. a minha nota na *Rivista di Diritto Commerciale*, 1929, II, pag. 680 e com grande limpidez BRUNNER no seu curto, mas cerrado trabalho sobre os titulos de credito, no II vol. do manual de ENDEMANN, pag. 168 e segs.

No direito brasileiro, o conceito de "literalidade" não foi, talvez, aprofundado na doutrina. Com frequencia, o termo literalidade foi usado em sentido diferente daquele em que, seguindo a orientação talvez mais espalhada na doutrina, foi adotado no texto. Assim OCTAVIO MENDES, *Titulos de credito*, S. Paulo, 1931, pag. 2 entende a literalidade com referencia à necessidade de apresentação do documento para o exercicio do direito; na pag. 29 escreve que o titulo de credito é sempre literal, "o que quer dizer:

cod. de com. que introduz identica distinção, em materia de conhecimento de transporte terrestre (1).

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

O subscriptor, portanto, não pode, afora do caso de *exceptio doli*, opor nenhuma exceção decorrente de uma convenção não constante do proprio titulo, a não ser ao portador que tinha participado da mesma (2); o portador, por seu turno, não pode ter, no exercicio do direito, pretensões mais amplas que as permitidas pelo teor do documento, ou socorrer-se de elementos extra-cartulares (3), a não ser invocando uma distinta convenção entre ele e o devedor.

---

não ha titulo de credito sem documento assinado pelo devedor". Entretanto, CARVALHO DE MENDONÇA, *ob. cit.*, pag. 47, escreve com rigor que a literalidade "tem como consequencia que o devedor não é obrigado a mais, nem o credor pode ter outros direitos senão aqueles declarados no titulo". E' esta justamente a significação de literalidade de que parte o texto. No mesmo sentido, VICENTE Y GELLA, *Derecho mercantil comparado*, Labor, 1934, pag. 201; WHITAKER, *ob. cit.*, pag. 23.

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

(2) LA LUMIA, *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, pag. 3.

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

Diferente, ao contrario, é a disciplina das exceções decorrentes da propria declaração cartular (p. ex., erro, dolo, violencia) e é sob esse aspecto, que se torna depois relevante a distinção entre titulos abstratos e causais, porque, nos segundos e não nos primeiros, as exceções causais se prendem à propria declaração cartular.

(3) Em sentido contrario, MESSINEO, 2.<sup>a</sup> ed., vol. I, pag. 37. Veja-se, porém, agora, no sentido do texto VALERI, *Diritto cambiario*, vol. 1, pag. 5; LA LUMIA, *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, pag. 3; no direito brasileiro, CARVALHO DE MENDONÇA, *ob. cit.* Na verdade, a consequencia exposta no texto

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

4. E' evidente a importancia destas afirmações em relação à função pratica que os titulos de credito são chamados a preencher, isto é, a circulação dos direitos. Esta circulação, como dissemos, somente é possivel quando o direito que lhe é objeto esteja exatamente delimitado e definido, ou, melhor, circunscrito, relativamente ao conjunto das relações economicas havidas entre os seus sujeitos originarios.

E' justamente essa delimitação que se obtém recorrendo-se à literalidade, e o leitor ha de nos perdoar se nos detivermos, na illustração desse conceito, mais do que geralmente se faz.

5. E' conveniente acentuar desde logo, referindo-nos assim a uma ordem de idéas a que teremos oportunidade de voltar mais vezes, que essa inoponibilidade, em relação ao terceiro portador (1) do titulo, extranho, pois, à convenção extra-cartular, subsiste *independentemente* da circunstancia de ter ou não *conhecimento* dos elementos extra-cartulares. E' de bom alvitre recorrer, para esse fim, à regra do art. 21

---

decorre logicamente da premissa que relaciona a literalidade com o direito mencionado no titulo e os seus limites. Aliás, creio que nunca houve qualquer portador de titulo de credito que, prescindindo da sua eventual participação em convenções extra-cartulares, tenha gosado de "direitos maiores que os resultantes do titulo", como parece sustentar MESSINEO, vol. I, pag. 41.

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



da lei cambiaria (17 da convenção internacional), que perentoriamente veda a oposição, ao terceiro portador do título, das exceções decorrentes das convenções extra-cartulares. Para que a oposição seja possível, é necessário, consoante o disposto no art. 21, que o terceiro, não somente tenha conhecimento das exceções, mas que tenha adquirido a cambial agindo “cientemente em prejuízo do devedor” (1). O art. 392, em matéria de conhecimento de transporte terrestre também não menciona a ciência do terceiro, de modo que o princípio pode ser acolhido de maneira geral e podemos, portanto, afirmar que a simples ciência do terceiro portador não é suficiente para torná-lo passível das exceções extra-cartulares (2).

Para que isto se verifique, é necessário que o portador, ao adquirir o título, se tenha conluiado com o seu antecessor em prejuízo do devedor ou (3), “*adquirindo o título*”, tenha “agido cientemente em prejuízo do devedor”. A primeira dessas duas formulas nada mais é que a aplicação geral, ao nosso tema, dos princípios que regem o negócio fraudulento; a segunda é a estabelecida no art. 21 da lei cambiaria e, na sua maior amplitude, compreende também a primeira.

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

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

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

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

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

Com efeito, é evidente quão aleatória seria uma prova que tivesse por objeto o simples “conhecimento” da existência de qualquer vício e de qualquer exceção; é evidente, portanto, o perigo que ofereceria para os terceiros e, pois, quanto à circulação do direito. E’ por isso natural exigir-se pelo menos de maneira geral, algo mais que a simples “ciência” da exceção, recorrendo-se ao simples conhecimento somente em hipóteses relativamente raras (1) ou quando se tratar de um vício determinado (2), cujo conhecimento ou ignorância por parte de terceiros possa ser provado com segurança, pelo menos relativa.

7. Quando o título envolve várias obrigações de sujeitos diferentes, a literalidade é peculiar a cada uma delas. Daí facilmente se deduz que a oponibilidade das exceções extra-cartulares encontra nessa hipótese um duplo limite. De

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

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

fato, somente poderão ser opostas *ao portador* do título que tenha participado da convenção extra-cartular ou que, adquirindo o título, tenha agido cientemente em prejuízo do devedor, e somente poderão ser opostas *pelo devedor* que tenha participado da convenção, pois, evidentemente, os elementos extra-cartulares próprios de um dos direitos mencionados no título não poderiam prejudicar um direito diverso daquele a que se referem.

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

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

A explicação da literalidade, que a doutrina eleva a característico essencial do título de crédito, está na autonomia da declaração mencionada no mesmo título (*declaração cartular*) e na função constitutiva que, a respeito da declaração cartular e de qualquer das suas modalidades (1), exerce a redação do título; essa declaração está, pois, submetida exclusivamente à disciplina que decorre das cláusulas do próprio título (2).

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

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

(2) O que naturalmente não impede que, além de sua eficácia constitutiva quanto à declaração cartular, o título de crédito possa ter uma eficácia probatória quanto à relação fundamental.

E' o que geralmente se verifica ao reconhecer na cambial (mesmo cambiariamente inválida), um documento probatório da relação fundamental, bastante para justificar a ação causal e, até, para a emanação de uma injunção de pagamento do crédito derivado da relação fundamental, no processo "monitorio" do direito italiano. Cf. Cass. Reino, 24 de julho de 1936, n.º 2783 *Massimario Foro It.*, 1936, 562; 24 de julho 1934, *Foro It. Rep. v. Ingunzione*, n. 13.

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

9. A literalidade não equivale à independência do título (1); ao lado de títulos que não podem referir-se a outros documentos (como os títulos cambiários), a lei regulamenta títulos (por exemplo, o conhecimento marítimo e as ações) que se referem a outros documentos (2); as cláusulas destes valem, através da referência feita (3), como resultantes do título e portanto o princípio da literalidade não exclue a relevância delas na disciplina do direito cartular (4).

Problema ulterior é indagar quais as cláusulas que, nos vários títulos de crédito, *devam* ser mencionadas, quais as que, embora não devam, *possam* ser mencionadas no título com eficácia cartular e quais as que, embora mencionadas no título, *não possam* ter eficácia cartular (5), em virtude dos

(1) Confunde os dois problemas BERLINGIERI, G. *Diritto marítimo*, 1911, pags. 321 e 361.

(2) Os primeiros, veremos, são, geralmente, títulos abstratos; os segundos, ao contrario, geralmente, causais.

(3) Por isso, no caso de divergência entre o conhecimento marítimo e o contrato de fretamento, por exemplo, quanto ao valor do frete, é somente o conhecimento marítimo que poderá ser oposto ao portador que não tenha participado do contrato e este, portanto, terá o direito de retirar a mercadoria, pagando somente o frete indicado no conhecimento, independentemente do diferente valor indicado no contrato. Cf. ASCARELLI, *Foro It.*, 1935, 1, I, pag. 1362; contra, Cassação do Reino de 10 de julho de 1934, *ibidem*.

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

(4) VIVANTE, *Trattado*, cit. pag. 124; Cass. Reino de 10 de janeiro de 1927, *Foro It.*, 1927, I, pag. 354.

(5) Consequentemente, as exceções respetivas, nesta ultima hipótese, são exceções extra-cartulares. Assim, exemplificando, o "pactum de non petendo",

limites impostos pela lei à possibilidade de ser modificado, pelas partes, o conteúdo típico dos vários títulos de crédito.

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

10. A literalidade não equivale a abstração do título e, por isso, não veda, *por si só*, as exceções causais (1).

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

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

Por isso é preciso considerar separadamente a literalidade (peculiar a todos os títulos de crédito, ou, melhor, a todos os direitos cartulares) e a abstração (peculiar somente a alguns) (2).

---

o compromisso de prorrogar o vencimento do título, a cláusula de juros na cambial conforme o sistema do código de comércio e assim por diante. As exceções respectivas são oponíveis tão somente entre os sujeitos da convenção extra-cartular.

(1) Cf. VIVANTE, vol. III, n. 1469 da V edição. No direito brasileiro, cf. CARVALHO DE MENDONÇA, *ob. cit.*, pag. 48.

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

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

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

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

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

Exegeticamente, o art. 392 assim como o art. 21 da lei cambiária, encerram somente a distinção entre “convenções” cartulares e extra-cartular (1). Isso demonstra, de um lado,

---

(1) No direito brasileiro, o art. 1507 do cod. civ. fala em “direito pessoal do emissor ou subscritor contra o portador”; o art. 51 do D. 2044 em “defesa fundada no direito pessoal do reu contra o autor”.

que, na propria letra da lei, o direito cartular é concebido como autonomo em relação às outras convenções estipuladas entre as partes e, de outro, que não é o simples elemento da boa ou da má fé, do conhecimento ou da ignorancia das respectivas convenções extra-cartulares, que resolve definitivamente o caso. Como veremos, esse elemento é decisivo somente enquanto o possuidor de má fé na aquisição do titulo não pode, justamente porque tal, ser considerado titular do direito cartular ou quando concorram os requisitos da *exceptio doli generalis*, que, introduzida na convenção cambiaria, constitue um principio geral em materia de titulos de credito.

Por seu turno, o art. 21, em materia cambiaria, exclue, como lembramos, ser a ciencia das convenções extra-cartulares, suficiente para torna-las oponiveis ao possuidor que delas não participou, mas exige que este, ao adquirir a cambial, tenha “agido cientemente em prejuizo do devedor” e somente nestes limites admite a oponibilidade da *exceptio doli generalis*.

Se devessemos, ao contrario, na explicação da literalidade, recorrer apenas à apparencia juridica, o unico elemento relevante deveria ser o do conhecimento ou não das convenções extra-cartulares, elemento que, ao contrario, não se acha mencionado no art. 392 do codigo de comercio, nem é suficiente segundo os termos do art. 21.

Historicamente, as considerações com que iniciamos este capitulo excluem seja possivel explicar a literalidade com o simples recurso à apparencia de direito; esta impossibilidade se torna ainda mais evidente, quando se levam em conta as formulações dos primeiros autores em que se encontra o conceito da literalidade. Desde Eineccius, a literalidade tem sido entendida com referencia ao contrato literal romano e,

portanto, em relação à autonomia da declaração cartular, ao valor constitutivo da redação do documento, e independentemente de qualquer relação com a ordem de idéas a que se reporta o conceito da tutela da apparencia de direito, quando entendido como conceito tecnico juridico e não simplesmente como expressão de uma exigencia, que o sistema juridico satisfaz com meios tecnicamente diversos.

12. O titulo de credito é, portanto, um documento *constitutivo* de uma declaração cartular autonoma, distinta, por isso, das convenções extra-cartulares e, mesmo, da declaração da qual decorre a relação fundamental; esta declaração cartular é disciplinada exclusivamente pelo teor do titulo (1).

Veremos, aliás, mais adiante, que a conexão entre documento e direito, tem nos titulos de credito um carater *permanente*, porque o titulo é necessario, quer para exercer (2), quer para transferir o direito nele mencionado e o devedor, correlatamente, tem direito à restituição do titulo, satisfeita a prestação. Com isso o documento adquire uma função bem mais vasta do que se costuma indicar falando de documento constitutivo e, daí, acrescentar-se, com exatidão, ser tambem um documento *dispositivo* (3).

13. Afirmando ser, o titulo de credito, um documento constitutivo, e ser, a declaração cartular, distinta do negocio fundamental, sustenta-se tambem, ser, a declaração car-

(1) No direito brasileiro, cf. CARVALHO DE MENDONÇA, *ob. cit.*, pag. 47.

(2) Excetuada a hipotese da anulação.

(3) Nesse sentido, recentemente, LA LUMIA, *ob. l. cit.* O termo documento *dispositivo* é ainda hoje usado na literatura tambem para indicar a referencia do documento a uma declaração de vontade, mais que de ciencia. Atendendo ao que se disse no texto, é evidente que o titulo de credito pode ser qualificado como dispositivo tambem sob este segundo ponto de vista.

tular uma declaração de *vontade* (e não uma declaração de verdade ou de ciência) (1), fonte de um direito autonomo, distinto do decorrente da relação fundamental, e das demais convenções extra-cartulares.

(1) No que diz respeito a esta distinção fundamental (cujo exame se deve especialmente a Zitelmann), cf. MESSINEO, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, p. 111.

Como é sabido, a doutrina moderna vem, há tempo, investigando o conceito de declaração de vontade e o de negocio juridico, com o intuito de, por um lado, estabelecer em cada um deles, toda uma serie de subdistinções, e, por outro lado, distingui-los de conceitos afins, que, a principio, haviam ficado na sombra. Nesse sentido, foi elaborada uma teoria geral dos atos juridicos, dos quais o negocio juridico constitue a subespecie mais importante, não a unica.

Examinando o conceito de negocio juridico, a doutrina distinguiu os unilaterais (identificando, depois, as varias categorias de negocios unilaterais e, entre outras, a importantissima da procuração, da autorização e dos outros atos analogos) e os plurilaterais; entre estes ultimos identificou, nos seus caracteres, as figuras do contrato (unilateral, bilateral e, pelo menos a meu vêr, plurilateral), do ato complexo, do acôrdo, da deliberação e outras. E' evidente que as regras peculiares ao contrato não valem para o ato complexo; que as deliberações estão submetidas a regime juridico que não é nem o do contrato, nem o do ato complexo, e assim por diante.

Quanto ao objeto da declaração, foram distinguidas, pela doutrina, ao lado das declarações de vontade (entre as quais, o negocio juridico) as de ciencia, as de intenção, as de sentimento e, ainda, aquelas declarações que, embora sendo de vontade, não constituem, no entanto, um negocio juridico. O criterio da distinção repousa na diversidade do objeto da declaração, que pode ser a vontade do declarante, ou uma noticia (como no caso do testemunho, ou no da confissão, pelo menos segundo a entende a doutrina tradicional, e assim por diante), ou um proposito do declarante (como por exemplo, no caso de "protestos"), ou um sentimento seu (como, por exemplo, arrependimento, perdão, etc.).

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

As regras tradicionais sobre os atos juridicos concernem em substancia, somente aos negocios juridicos; é evidente que elas podem ser applicadas fóra desse ambito, somente quando possivel a applicação analogica e nos limites da mesma. E', por exemplo, evidente que as regras sobre a capacidade estabelecidas para os negocios juridicos, não podem ser, em geral, applicadas às declarações de ciencia; que as sobre os vicios da vontade estabelecidas para os negocios juridicos não podem ser applicadas às declarações de ciencia; que uma declaração de ciencia pode ser verdadeira ou falsa, mas não "simulada", no sentido em que se fala de simulação nos negocios juridicos; que pode haver erro na vontade de comunicar ou não a noticia, mas que à falsidade da noticia não podem ser applicadas as regras acerca do erro ou do dolo nos negocios juridicos, etc.

Examinando os requisitos da validade juridica da declaração, distinguiu a doutrina as declarações (quer de vontade, quer de ciencia, etc.) *recepticias* (isto é, que não são feitas enquanto não levadas ao conhecimento do desti-

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

Apesar das recentes divergencias (1) a tese acima mencionada é evidente quanto aos titulos cambiarios (2).

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

A letra de cambio é sacada em virtude de uma relação fundamental entre sacador e sacado (por exemplo venda de mercadorias), que justifica a ordem de pagamen-

natario, sendo, no entanto, duvidoso o momento mais apropriado em que se deva considerar juridicamente consumado esse fato) e as *não recepticias*.

Ao lado das "declarações" (de vontade, ciencia, etc.) foram identificadas as "manifestações" (de vontade, de ciencia, etc.) e é ainda obscura a relação entre esta categoria de atos juridicos e a das declarações não recepticias.

Foi depois identificada a categoria das "atuações" (*Realakte* na doutrina germanica), isto é, dos atos (unilaterais) que somente são juridicamente relevantes quando a manifestação de vontade é acompanhada da sua atuação de fato (por exemplo: ocupação, especificação). E' evidente que as regras que disciplinam os negocios juridicos somente podem ser applicadas às "atuações" por meio da analogia e nos limites da mesma.

O merito da elaboração da teoria moderna dos atos juridicos cabe, em grande parte, à doutrina pandetista e civilista desde o sec. XIX: pode ver-se resumida na conhecida obra de VON TUHR, *Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, Dunker & Humblot, 1911-1917, 3 vols., que, a meu ver, constitue uma completa e equilibrada exposição dogmatica da parte geral do direito privado e pode, por isso, servir de ponto de partida para o estudioso.

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

(2) Essa é realmente a opinião da doutrina dominante, como se pode ver, ainda recentemente, no citado estudo de LA LUMIA, apesar da opposição de PELLEGRINI, *Rivista di diritto commerciale*, 1933, I, pag. 476 e de uma referencia de CANDIAN, *Rivista di diritto processuale*, 1930, I, pag. 599, à cambial como documento confessorio. No sentido do texto é a doutrina germanica: LANGEN, *Die Wechselverbindlichkeit*, Marburg, 1936; os comentarios de MICHAELIS e de STAUB-STRANZ e os citados tratados de BRUNNER e JACOBI. Identica é a orientação da mais recente doutrina francesa: LESCOT, *Effets de commerce*, cap. I; BRETHER, *Revue Trim. Droit Civil*, 1926; ESMELIN, na mesma revista, 1921. No direito brasileiro, cf. LACERDA no seu classico volume cit., pag. 14 e seguintes.

to dada por aquele a este. Essa relação costuma dizer-se de provisão. Mas, ao passo que o direito cambiario se transfere aos sucessivos possuidores da cambial, o credito de provisão permanece com o sacador, independentemente do credito cambiario. O possuidor da cambial, que não puder agir cambiariamente, nem por isso poderá invocar o credito de provisão, que só é invocavel pelo sacador e pelos seus sucessores (1).

(1) No sistema francês, a circulação do direito cambiario (no saque) é acompanhada pela do credito de provisão (do sacador para com o sacado, em consequencia da relação havida entre ambos e em virtude da qual foi sacada a cambial), o que tem, como consequencia, a menor nitidez que oferece no sistema tradicional francês a autonomia do direito cambiario.

E' a influencia da cessão da provisão, que leva a doutrina francesa, mais ou menos concientemente, a reconduzir o fenomeno dos titulos de credito para o ambito da teoria da delegação, eventualmente negando, por seus autores menos recentes, até a distincção entre a declaração cartular e a da relação fundamental e reconhecendo no titulo de credito somente um documento probatorio dessa relação.

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

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

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

A letra de cambio e a nota promissoria são transmitidas ao tomador e, sucessivamente, aos endossatarios, sendo cada transmissão justificada por uma relação fundamental (p. ex. venda de mercadorias). Essa relação costuma dizer-se de valor recebido. Mas, ao passo que o direito cambiario se transfere aos sucessivos possuidores da cambial, o credito de valor recebido, do tomador contra o sacador ou o emitente, cabe somente ao tomador; o de valor recebido do primeiro endossatario contra o tomador, cabe somente ao primeiro endossatario; o do segundo endossatario contra o primeiro endossante, ao segundo endossatario e assim por diante.

Cada sucessivo titular da cambial goza quer do credito cambiario, quer do decorrente da relação fundamental em que foi parte; este ultimo subsiste (1), apesar da emissão da cambial, e o direito regula justamente o concurso deste credito com a ação cambiaria (2).

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

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

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

(1) Presuponho naturalmente que, com a constituição do credito cambiario, não se tenha extinguido por novação o credito oriundo da relação fundamental. Cf. mais adiante pag. 120.

(2) Cf. mais adiante, pag. 120.

Se a cambial fosse apenas um documento probatorio da relação fundamental e da divida decorrente do valor recebido e se, portanto, fosse este credito, o objeto da circulação, na circulação da cambial, por um lado o credor, que perdesse o direito “cambiarario”, teria, ao mesmo tempo, perdido o direito decorrente da relação fundamental, pois, sendo a cambial documento probatorio, haveria, em substancia, só “um” direito; por outro lado o terceiro portador poderia invocar, contra o emitente ou o sacador, o credito decorrente da relação fundamental (p. ex. de venda), havida entre estes e o tomador (1), pois, seria, afinal, esse credito o objeto da circulação cambiaria. E’, ao contrario, jurisprudencia assentada, já, não ficar (salva a hipotese de novação), a ação causal, prejudicada pela prescrição cambiaria e, já poder, cada portador, invocar tão somente a ação causal decorrente da relação fundamental em que foi parte, e não envolver, a transmissão da cambial, uma sucessão, pelo adquirente, na relação fundamental entre o transmitente e o seu antecessor.

E’ por isso, que podemos distinguir o direito cambiarario do direito derivado da relação fundamental; ao possuidor da cambial cabe quer o direito cambiarario, quer o credito causal da sua relação fundamental com quem lhe transmitiu o titulo, mas, em quanto o primeiro se transfere com a circulação cambial, o segundo, isto é, o da relação fundamental, fica pertencendo ao seu titular originario (2).

(1) Bem como poderia invocar contra o aceitante o credito decorrente da relação de provisão, havida entre o sacador e o aceitante, mesmo independente de uma especial convenção que visasse a transferencia desse credito, além daquele do credito cambiarario.

(2) Portanto no caso excepcional em que o possuidor da cambial, por um lado, não disponha da ação do negocio fundamental (p. ex. porque a cambial foi entregue *pro soluto*) e, por outro lado, tenha perdido (por decadencia ou prescrição) a ação cambiaria, pode ocorrer um injusto locuplemento em seu dano e a favor de um daqueles que figuram na cambial.

Portanto é exacto afirmar que o direito cambiarario é autonomo e distinto do que decorre da relação fundamental.

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

E’ justamente essa hipotese excepcional que a ação de enriquecimento, peculiar dos sistemas inspirados nos principios da ordenança germanica de 1848, visa remediar.

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

O codigo de comercio (art. 326), com efeito, regulamentava a ação de locupletamento tão só contra o sacador ou contra o aceitante ou o emitente de uma cambial domiciliada; realmente, mesmo nestes ultimos casos, pode haver um caso analogo ao acima mencionado. O codigo falava somente em “decadencia” da ação cambiaria, pois, em todos os casos de que tratava, a ação cambiaria estava sujeita à decadencia.

A lei cambiaria (cf. VALERI, vol. II, p. 394), emanada em consequência da Convenção de Genebra (no mesmo sentido os art. 86 e 89 da lei grega), teve em vista a possibilidade de, embora mais difficilmente, haver enriquecimento mesmo dos endossantes (a cujo respeito a ação de locupletamento é ao contrario excluida na lei alemã (art. 89) e austriaca; art. 89), do aceitante ou do emitente.

Estes ultimos casos se dão quando o aceitante tenha recebido a provisão, de modo que, não pagando a letra de cambio, se enriqueceria em detrimento do possuidor que houvesse perdido o direito à ação cambiaria contra qualquer obrigado e não dispuzer da ação causal contra quem lhe transmitiu o titulo. Com efeito o se o possuidor dispõe da ação causal, o sucessivo exercicio da ação causal de cada obrigado contra o seu antecessor leva até ao sacador que, por sua vez, pode agir contra o aceitante com a ação causal de provisão. Ao contrario, si o possuidor não tem ação causal, o aceitante fica enriquecido.

Por seu turno é analogo o caso do emitente de uma nota promissoria, que tenha recebido do tomador o contra-valor, quando o possuidor da cambial houver perdido o direito à ação cambiaria e não dispuzer da ação causal.

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

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

Essa ação constitue um remedio excepcional, distinto *quer* da ação cambiaria, *quer* da do negocio fundamental. Ela pressupõe, portanto, a perda (por decadencia ou prescrição) do direito à ação cambiaria e a falta (ab origine) da ação causal.

A ação causal (isto é, a decorrente do negocio fundamental) pressupõe, com efeito, uma relação fundamental valida não novada pela cambial (a novação, porém, não se presume (art. 66) e, portanto, normalmente o credor dispõe quer da ação causal, quer da cambiaria); pode ser exercitada só entre

Esta distinção evidencia-se, aliás, na diversidade dos prazos e da disciplina de prescrição; nas causas de decadência, peculiares apenas ao direito cambiário; na disciplina diversa

os sujeitos da relação fundamental; o seu objeto é o crédito decorrente da relação fundamental; não é prejudicada pela invalidade da cambial.

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

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

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

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

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

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

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

No sistema brasileiro há autores (cf. M. TORRES, nota 113) que excluem a subsistência de ação extracambiária no caso da prescrição da ação cambiária,

dos dois direitos, quer no processo de cognição, quer no de execução (1).

embora admitindo-a no caso de decadência desta. Essa tese é acolhida na jurisprudência do Tribunal de Apelação do Distrito Federal (recurso de revista n. 166 de 13 de março de 1941; Jurisprudência do Trib. de Ap. do D. F. vol. III, p. 101; contra GONÇALVES DE OLIVEIRA, *Revista Forense*, vol. 89, p. 686). O caso mais comumente discutido é o do sacador-tomador (vendedor da mercadoria) contra o aceitante (comprador) ou do tomador (mutuante) contra o emitente da nota promissória (mutuario).

A solução do Tribunal do D. F. assenta, parece-me, no pressuposto de que não haja, independentemente do art. 48, uma ação concorrente com a cambiária; o credor portanto, com a perda da ação cambiária, não dispõe de outro remédio, a não ser a aplicação do art. 48. Esta aplicação, segundo a teoria acima mencionada, é justificada no caso de decadência da ação cambiária; injustificada, ao contrário, no caso de prescrição, pois não pode ser havido como injusto o locupletamento do devedor causado pela negligência do credor. Na jurisprudência italiana, a justificativa para a ação de locupletamento, quer na hipótese de prescrição, quer na de decadência da ação cambiária, está justamente no fato de ser, a ação de locupletamento, exercível tão somente quando, excepcionalmente, falte ao portador o direito à ação causal que normalmente lhe cabe; este direito lhe permite, com efeito, nos casos normais, uma vez perdido o direito à ação cambiária, agir contra o próprio devedor com base na relação fundamental, qualquer que seja a disciplina da ação de locupletamento.

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

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

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

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

A ação de locupletamento, por isso, é encarada na Itália, de maneira diversa daquela, por que, quer a primeira, quer a segunda das duas teorias acima mencionadas, encaram, na doutrina brasileira a ação do art. 48, D. n. 2044.

(1) Na lei cambiária varias normas apoiam a tese do texto. Vejam-se, por exemplo, os arts. 66 e 67, em que a ação cambiária é oposta à ação cau-



Ora, um direito cartular autonomo pressupõe uma declaração cartular de *vontade* e isso porque é regra assentada que os direitos subjetivos podem ter por fonte manifestações ou declarações de *vontade*, mas não manifestações ou declarações de ciência. Estas, comprovando um negocio anterior, não poderiam dar lugar a nenhum direito autonomo, suscetivel de uma circulação propria, mas somente provar o direito derivado do negocio fundamental, e, portanto, só este é que poderia circular.

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

Convém, no entanto, assinalar, que os que se opõem a reconhecer a existencia de uma declaração de vontade nos titulos causais em geral (1), ou em alguns titulos causais (2), têm em vista titulos causais concretamente considerados e não negam, em abstrato, a possibilidade de titulos de credito causais, em que a declaração cartular seja uma declaração de vontade.

Nem esses opositores pretendem negar o carater constitutivo do titulo de credito. Ao que parece, entendem eles que a redação do documento é, na verdade, necessaria para a existencia da declaração cartular, embora esta seja uma declaração de verdade (de ciencia) e não de vontade (3).

sal. Criticando a construção processualista do instituto, veremos que o reconhecimento de uma ação cambiaria distinta da causal, equivale justamente ao reconhecimento de um direito cambiario distinto do que decorre da relação fundamental.

(1) E' o que faz MESSINEO, *Titoli di credito*, 2.<sup>a</sup> ed., I, pag. 143, com referencia aos chamados titulos representativos e às ações nominativas.

(2) E' o que se dá com as ações nominativas e ao portador, de sociedades comerciais, no pensamento de LA LUMIA, *Rivista di diritto commerciale*, 1940, cit.

(3) Assim, parece, LA LUMIA, *ob. cit.*, e MESSINEO, *ob. l. cit.*

Os que assim argumentam (1) são, na realidade, levados pela sensação de uma maior conexão — uso, de proposito, um termo indeterminado — entre o titulo causal e a relação fundamental.

De fato, com relação aos direitos causais (por exemplo, contra o emissor do conhecimento marítimo) não é possível admitir aquela circulação do direito cartular, independente da circulação do direito derivado da relação fundamental (p. ex. do contrato de fretamento), a que ha pouco nos reportámos quanto aos titulos cambiarios (2).

Mas, a negação da existencia de uma declaração de vontade nos direitos cartulares causais, contrasta com uma regra que, mais adiante, ilustraremos e que se aplica em materia de titulos de credito (3), compreendidos aqueles (por ex. conhecimento marítimo, ações) a que a doutrina, ora impugnada, concretamente se refere (4): regra essa que estabelece

(1) Cf. p. exemplo, LA LUMIA, *ob. l. cit.*

(2) Tambem nos titulos causais, no entanto, a circulação do direito cartular é independente da circulação dos direitos decorrentes das demais convenções extracartulares.

(3) No código brasileiro, como lembrámos, o principio "possession de bonne foi en fait de meubles vaut titre" não foi acolhido quanto aos titulos ao portador (V. no entanto adiante, pag. 341) é, no entanto, acolhido quanto à cambial e até, neste caso, com referencia, tambem, aos titulos extraviados ou furtados.

(4) Quanto às ações nominativas, veja-se o art. 7 do D. R. n. 1364, de 7 de junho de 1923; quanto às ao portador, o art. 57 do cod. com.; quanto aos conhecimentos de frete ao portador, o art. 57 do cod. com.; quanto aos à ordem, o art. 555 do cod. com. (que se refere às normas cambiarias).

Em apoio de sua tese, MESSINEO, 2.<sup>a</sup> ed., vol. I, pag. 163, cita a doutrina germanica. A referencia não me parece exata, como se pode ver em WOLF, *Sachenrecht* § 75, I, 3, lembrado por MESSINEO e que não exprime os conceitos que se lhe querem atribuir.

Na realidade, a doutrina germanica é contraria à tese de Messineo e favoravel à do texto. Ela, com efeito, inclue entre os titulos de credito até documentos probatorios (abrangendo os que na Italia se denominam titulos improprijs) em virtude do amplo conceito dos titulos de credito, peculiar à doutrina germanica, segundo o qual eles compreendem tambem titulos não literais, e em que o terceiro portador não gosa de uma posição autonoma. No entanto, quando se trata do conhecimento marítimo (a que se refere Messineo), a doutrina alemã não hesita em ver a existencia de uma declaração auto-

ser, titular, o legitimo portador do titulo e poder, portanto, gosar do respectivo direito, embora titular não fosse o seu antecessor. Esta regra se aplica a todos os titulos de credito, por uma exigencia fundamental: a de proteger o adquirente, na hipotese em que o alienante não seja o titular do direito.

A “circulação” dos direitos, como lembrámos no primeiro capitulo, somente é possivel quando a ela se possam aplicar os principios peculiares à circulação das cousas moveis.

A regra exposta encontra, como veremos, a sua justificação na circunstancia de que o direito cartular é atribuido de modo autonomo a cada um dos sucessivos portadores legitimos do titulo. A circulação deste tem como objeto immediato o *titulo* (e não o direito nele mencionado); é em consequencia da aquisição do direito real sobre o titulo que o portador adquire o direito nele mencionado.

Isso pressupõe justamente que a declaração cartular seja uma declaração de *vontade*. Com efeito, admitido que, em virtude da aquisição do direito real sobre o titulo, nos tornamos titulares do direito nele mencionado, cumpre tambem reconhecer que o direito mencionado no titulo encontra a sua fonte na declaração cartular, isto é, que se trata de um direito cartular autonomo (distinto daquele da relação fundamental) e que, portanto, a declaração cartular é uma declaração de vontade. Se esta fôra uma simples declaração probatoria da relação fundamental, seria difficil admitir que a aquisição do titulo pudesse dar lugar à titularidade de um direito.

15. As conclusões a que chegamos poderiam, no entanto, justificar-se tambem com uma construção diferente,

nomina de vontade, declaração de vontade, porém, causal, diferentemente da cambiaria. Cf., realmente, JACOBI em EHRENBURG, *Handbuch*, vol. IV, parte I, pags. 123, 233, 328 e segs. e 373, e, sobre o conhecimento maritimo em particular, PAPPENHEIM, *Seerecht*, vol. II, § 19, pag. 269.

isto é, encarando os titulos de credito como simples documentos probatorios, e admitindo que a “documentação” do direito derivado da relação fundamental constitue, depois, o fundamento de uma ação cartular autonoma, distinta da derivada da relação fundamental.

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

16. Essa é, em substancia, a tese de CARNELUTTI, que deve ser examinada de acordo com a sua orientação geral, prescindindo de problemas particulares e da facil critica a expressões que, no pensamento do proprio autor, não têm valor definitivo (1).

Para Carnelutti, como é sabido, a cambial e, em geral, o titulo de credito, constituem simplesmente uma prova legal da relação fundamental, creadora de uma responsabilidade peculiar. O portador não tem um direito substancial, mas uma simples ação. A criação da cambial ou do titulo de credito não é, portanto, sinão uma simples documentação, inutil sendo, pois, as discussões (sobre as quais voltaremos) relativas a um negocio cartular, na verdade inexistente. A

(1) Assim, para Carnelutti, o titular da ação cambiaria não é o “proprietario” do documento. O titular da ação cartular encontra-se, para Carnelutti, tambem numa relação real com o documento, mas esta relação não é a propriedade. Carnelutti fala, nesse sentido, em usufruto, mas o termo não deve ser entendido como precisa referencia — evidentemente impossivel — ao conhecido instituto do direito comum.

circulação da cambial tem por objeto a circulação daquela ação (não a de um direito e muito menos a do direito derivado da relação fundamental ou de um direito cartular autónomo), a que corresponde a sujeição do subscriptor (e não um débito; quer o da relação fundamental, quer um débito cartular autónomo).

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

Isso justifica desde já o estudo, que alguém talvez achará demasiado amplo, dedicado a essas hipóteses, para explicá-las (1).

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

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

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

É fácil, no entanto, replicar que, na subscrição de um papel em branco, o que se dá não é a declaração de paternidade do "documento", mas a declaração de querer considerar como propria uma declaração que será feita por outrem, isto é, uma atribuição, a outrem, de um poder que, sob certo aspecto, pode aproximar-se da representação. Tanto isso é verdade que, contrariamente ao que afirma Carnelutti, quer no dominio dos títulos de crédito (salvo os limites que derivam da oponibilidade das exceções ao terceiro portador e que agora decorrem do art. 14 da lei cambiaria), quer no geral, do

17. A solução da questão proposta pela teoria de Carnelutti decorre, em substancia, de um problema de carater muito mais geral.

Com efeito, convém preliminarmente perguntar se é possível conceber uma ação de condenação, independentemente de um direito a que ela corresponda; se é possível uma sujeição processual à execução, independentemente de um débito ou de uma sujeição de carater substancial (1).

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

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

E é em relação a esse problema que, de minha parte, julgo dever sustentar a concepção tradicional, que não vê possibilidade de ação de condenação sem um direito substancial correspondente e somente vê possibilidade de sujei-

direito civil e comercial (Cass. do Reino, 23 de maio de 1928, *Monitore Trib.*, 1929, pag. 168; Ap. de Milão, 15 de maio de 1930, *Foro Italiano*, 1930, I, I, 1191; STEIN-JONAS, *Zivilprozessordnung*, vol. I, pag. 1115 da 14.ª ed. do comentario à ordenança germanica de processo civil; HELLWIG, *System*, vol. I, pag. 694, começo), admite-se a possibilidade de alegar o abuso no preenchimento do papel em branco e, pois, de provar que a declaração não provém de quem assumiu a "paternidade" do documento.

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

Inst. Bras. Dir. Com. e Trib. C. Bibl.  
CARNELUTTI

ção à ação executiva quando houver um débito ou uma sujeição de direito substancial (1).

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

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

18. Bem sei (2) que esses problemas podem, no domínio abstrato da lógica, apresentar-se partindo de uma simples ação cambiária; mas, afinal, qual a razão e qual a vantagem em adotar uma concepção meramente processual, que tão profundamente fere as premissas da lei e os nossos hábitos de ver o direito substancial como presuposto da ação e de não admitir que possa ser movida com êxito uma ação

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

(2) E' no fundo essa a resposta que, na sua *Teoria cambiaria*, Padova, 1937, Carnelutti dá às críticas movidas à tese, como ele a expuzera, na *Teoria jurídica della circolazione*. Quanto à crítica da teoria de CARNELUTTI, cf. também, agora, VALERI, *Diritto cambiario*, vol. I, pag. 248 e seg. (onde se encontra a bibliografia a respeito) e o meu estudo na *Rivista di diritto commerciale*, 1934, I, 546.

de condenação por quem não seja titular do direito a que ela corresponda?

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

Ha vantagem na troca?

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

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

“deus ex machina” de uma previa renuncia do subscriptor (1) ou a uma generica exigencia de proteçao à boa fé (2), o que, em ultima analise, é renunciar a uma verdadeira explicação.

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

Parece-me que estas conclusões são, agora, acolhidas pela doutrina (3).

(1) Como faz PELLEGRINI, *ob. l. cit.* No direito brasileiro cf. OCTAVIO MENDES, *ob. cit.*, pag. 179.

(2) Como FERRARA (Senior). Lembrem-se a esse proposito as observações anteriores sobre o valor da ciencia da existencia das exceções, observações que demonstram a dificuldade de conciliar estas explicações com o direito positivo, a menos que entendidas num sentido por tal modo generico que as torne praticamente inuteis.

Da mesma forma não me parece constituir uma explicação juridica o frequente apelo às “exigencias ou necessidades do comercio”. É evidente que foram as necessidades do comercio e mais precisamente as da circulação que determinaram o regime especial dos titulos de credito, mas só com isso ainda não sabemos em que “juridicamente” consista esse regime, nem temos um criterio preciso para resolver as varias questões que podem surgir a respeito.

(3) V. com efeito, depois da primeira edição destes estudos, VALERI, *Diritto Cambiario* vol. I, pag. 10; CASATI, *Rivista di diritto commerciale*, 1935, II, pag. 24; BRUNETTI, *Corso di diritto commerciale*, pag. 229; Cass. do Reino, 22 de março de 1934, n.º 940, *Foro Italiano*, 1934, I, pag. 929 (com particular referencia ao conhecimento maritimo); BRUNETTI, *Corso di diritto commerciale*, pag. 270; SOPRANO, *Società Commerciali*, vol. 1, pag. 474, (com particular referencia às ações de sociedades comerciais).

Quanto à doutrina germanica, v. a nota anterior p. 71. Naturalmente, para a doutrina italiana, as afirmações do texto equivalem a afirmar que a declaração cartular é declaração de vontade em todos os titulos de credito, porque todos os titulos de credito, no conceito italiano, são caracterizados pelo duplo requisito da literalidade e da autonomia; na doutrina germanica, ao contrario, as afirmações do texto relacionam-se tão somente com os *skriptur-rechtliche Wertpapiere*”.

21. Não julgo necessario esclarecer, depois do que disse, que, se a declaração cartular constitue uma declaração de vontade, distinta da do negocio fundamental, isso se verifica tanto considerando a posição de quem recebeu o titulo do subscriptor, como a do terceiro portador do titulo, porque a declaração cartular, se declaração de vontade, será tal, necessariamente, sem depender da posição do titular do titulo.

Não me parece, pois, que acerte no alvo, VIVANTE, na sua monografia juvenil sobre a “*Polizza di carico*” (1), quando sustenta que o conhecimento maritimo, sendo um documento probatorio *inter partes*, é no entanto, dispositivo, e, mais precisamente, titulo de credito, em relação a terceiros.

Esta tese (2) cinde, realmente, um ato conceitual e praticamente unico, como é a emissão do conhecimento maritimo, em dois atos rigorosamente distintos: declaração de ciencia (em relação ao sujeito da relação fundamental) e declaração de vontade (em relação a terceiros). Um unico documento seria ao mesmo tempo dispositivo, de um lado, e exclusivamente probatorio, de outro; ou melhor, segundo a formulação de Vivante, seria e não seria, ao mesmo tempo, titulo de credito (3).

(1) Para analogas construções propostas na Alemanha, com particular referencia ao conhecimento de transporte terrestre, cf. SIEGER, *ob. cit.*, pag. 115, onde se encontra tambem uma critica eficaz e, a meu ver, decisiva.

(2) Provavelmente é nela que se deve procurar a primeira formulação da conhecida construção de VIVANTE em materia de titulos de credito, segundo a qual a obrigação cartular repousaria num negocio unilateral e (no caso da cambial) abstrato relativamente a terceiros, e num negocio bilateral e causal relativamente ao tomador imediato.

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

Cf. ainda a excelente nota de NATINI na *Rivista di diritto commerciale*, 1926, II, pag. 70 sobre a distinção entre literalidade e independencia do titulo.

22. Tendo reconhecido na declaração cartular uma declaração distinta da relação fundamental e mais precisamente uma declaração de vontade, afirmamos, também, ser, o direito mencionado no título (direito cartular), sempre um direito distinto do baseado na relação fundamental (1).

E' preciso, portanto, fazer em materia de títulos de credito uma distinção preliminar: a que vai entre direito cartular e direito derivado da relação fundamental. Cada um deles se origina de um negocio diverso e está sujeito a disciplina diferente.

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

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

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

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

23. Por seu turno reconhecer, no direito cartular, um direito distinto do que decorre da relação fundamental, não

(1) Cf., agora, no mesmo sentido VALERI, *Diritto cambiario*, vol. I, pag. 7. No direito brasileiro, CARVALHO DE MENDONÇA, *ob. cit.*, pag. 47.

significa ainda reconhecer no mesmo um direito concorrente com o derivado dessa relação (1).

Para que se verifique o concurso de direitos é, de qualquer forma, necessario (2) haja a possibilidade de mais de um adimplemento, que as normas sobre o concurso visam excluir (3).

Essa hipotese se verifica, como veremos, nos direitos abstratos (4), nos quais o direito cartular tem um objeto correspondente ao do negocio fundamental (5) e nos quais a lei, realmente, se preocupa com a disciplina do concurso, visando excluir uma duplicidade de adimplementos (6).

No entanto, semelhante hipotese não se verifica nos direitos causais (por ex. ações de sociedades, conhecimento

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

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

(3) A identidade de conteúdo pratico dos direitos concorrentes não exclue uma diversidade de interesses na sua constituição. O devedor que deve cem, em virtude da venda, deve da mesma maneira cem por força da cambial consequentemente assinada, embora sendo evidente que a criação da cambial visa o objetivo de reforçar e tornar mais movel, além de (no nosso direito) executorio, o direito de credito. Esse objetivo se realiza com a constituição de um novo direito ou com a de uma nova ação? Eis a duvida levantada por Carnelutti, cuja teoria examinamos nas paginas anteriores.

(4) E' essa realmente a doutrina corrente em materia cambiaria.

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

(6) Com efeito, v. o art. 66 da lei cambiaria.

marítimo), em que, objeto imediato da declaração cartular, como veremos, é tão somente a autenticação da relação fundamental (1) e, daí, poder o titular do título gozar precisamente do direito derivado da relação fundamental, mas de acordo com o que está declarado no título.

(1) E' o que explica a tendencia, anteriormente criticada, em ver nos títulos, causais, documentos probatorios.

Inst. Br. Dr. Com. e Lin.  
T. ASCARELLI  
CAPITULO III

## A ABSTRAÇÃO NOS TITULOS DE CREDITO

*Sumario:* 1. O problema da abstração. — 2. Abstração processual. — 3. Causa do negocio juridico. — 4. Continuação. — 5. Negocios abstratos. — 6. Limites à função do negocio abstrato. — 7. Convenção executiva. — 8. Causa da atribuição patrimonial. — 9. Atribuição abstrata. — 10. Remedios equitativos. — 11. Causa do negocio e causa da atribuição. — 12. Atribuição abstrata com negocio aparentemente causal. — 13. Causalidade e abstração no direito italiano.

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

Processualmente, o problema da causa envolve varios problemas: o da necessidade ou não de aduzir uma especifica *causa petendi* para a justificação do pedido; o da referencia da causa, para a eficacia probatoria do documento relativo a um debito; o da presunção de verdade da causa eventualmente aduzida.

A historia dos dois ultimos problemas é a historia da *cautio indiscreta* e das clausulas de renuncia às exceções e, particularmente, à *querela non numeratae pecuniae*, clausulas, aliás, frequentes no direito intermedio (1).

(1) Cf. BÄHR, *Anerkennung*, pag. 41; ENDEMANN, *Beweislehre*, pag. 410 e *Handelsrecht*, pag. 473; MEYNIAL, *Des renonciations au moyen âge*, na *Nouvelle revue historique*, 1900 e 1901; SCHUPFER, *Le obbligazioni nell'età del risorgimento*, vol. I, pag. 56 e 112; GOLDSCHMIDT, *Storia del diritto commerciale*,

2. No direito moderno italo-francês exige-se, embora com maior ou menor rigor (1), a indicação da causa na petição inicial. A indicação da causa no documento tem uma simples relevancia probatoria: “o contrato é valido, embora não seja expressa a sua causa (art. 1120) e esta se presume (e se presume verdadeira) até prova em contrario” (art. 1121) (2).

Podemos, pois, afirmar que, ao contrario do direito comum e germanico, o direito italiano acolheu o principio da abstração processual e o fez com um alcance geral, sendo

pag. 239; LATTES, *Diritto commerciale*, pags. 285, 294; FREUNDT, *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 debito declarado). Por outro lado, o direito comum preparou o caminho para o principio da abstração processual, através das clausulas de renuncia.

Estas, a principio hostilizadas pela doutrina, foram, a seguir, reconhecidas, e interpretadas como envolvendo uma simples inversão do onus da prova: o credor deixou de estar obrigado à prova da veracidade da causa do seu credito, declarada 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. tambem antes, p. 46). Nessa praxe tiveram o seu ponto de partida as ordenanças francesas, das quais o principio da abstração processual, extranho, portanto, aos sistemas de tipo germanico, chegou até nós. Cf. especialmente o citado estudo de MEYNIAL.

(1) CHIOVENDA, *Principi*, pag. 639.

(2) Em um estudo muito cuidado e penetrante publicado na *Rivista di diritto civile*, 1938, pag. 1, DEIANA voltou a examinar esses problemas. Após haver feito novamente o historico do art. 1120 e ter otimamente refutado a tese autorizadamente sustentada por CAPITANT *De la cause des obligations*, n. 378, que entende consagrada, no correspondente artigo do codigo francês, a validade das promessas materialmente abstratas, Deiana conclue observando que o principio do art. 1120 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 negocio materialmente abstrato e por isso o art. 1120 será inaplicavel (*ob. cit.*, pag. 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 encerrar o problema da abstração processual, isto é, em substancia, 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. 1120, o nosso direito acolheu o principio da abstração processual em carater geral; acolheu-o em geral, porque o acolheu em

claramente acentuada a distinção entre a abstração processual e a abstração material e a independencia dos dois problemas (1).

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 antiteticas: admitiu, em principio, — refiro-me sempre aos sistemas de tipo francês — a abstração processual; negou, em principio, a abstração material (2).

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

todo o ambito 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).

DEIANA incide, a meu ver, em erro quando entende que a norma do art. 1120 se aplica somente à declaração de ciencia (pag. 33), esquecendo a possibilidade de uma declaração de vontade recognitiva, possibilidade que ele mesmo (pag. 26) admite.

A aplicação do art. 1120 à declaração de vontade não exclue, no entanto (e neste ponto a razão está com Deiana contra CARNELUTTI, *Rivista di diritto processuale civile*, 1926, I, pag. 188) a sua aplicação tambem à declaração de ciencia: a historia do art. 1120 do cod. civ., traçada por Deiana, demonstra que o principio se formou em relação aos “reconhecimentos”, sem ter em consideração o fato de estes constituirem declarações de vontade ou de ciencia.

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

As considerações ora desenvolvidas prendem-se ao art. 1120 do cod. civ. (isto é, à possibilidade de declarações recognitivas que não mencionem a causa); o art. 1121 acrescenta que a causa se presume verdadeira até prova contraria.

Este segundo principio tem, evidentemente, um mais vasto circulo de aplicação em todo o ambito dos negocios juridicos.

(1) A hostilidade do direito comum ao reconhecimento da validade da *cautio indiscreta* constitue, parece-me, a origem historica do art. 129 n. 3 do cod. com. brasileiro, em que o problema da causa em sentido material é conexo com o da causa em sentido processual.

(2) Isso explica, de um lado, porque em materia cambiaria a doutrina francesa e a inglesa insistem na abstração processual, mais que na material, ao contrario da doutrina alemã seguida pela italiana; de outro, os esforços da doutrina germanica para alcançar o principio da abstração processual, esforços



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

A doutrina e a jurisprudencia falam correntemente em causa do contrato ou, de um modo mais geral, em causa do negocio juridico, encarando, assim, o elemento pratico do negocio, a sua função economico-juridica especifica (1).

Os diversos negocios correspondem a uma função economica tipica, e é o desempenho dessa função que constitue a razão do reconhecimento juridico e da eficacia deles.

E' essa função que caracteriza os diversos negocios juridicos, oferece o criterio da sua distincão e está na base de sua regulamentação legislativa.

Do ponto de vista subjetivo das partes, essa função representa a intenção tipica e constante daqueles que concluem um negocio: 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

---

que, com frequencia, dado o sistema alemão, somente são coroados de exito através do reconhecimento da abstração material, como acontece na doutrina do negocio declaratorio, 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 cambiaria.

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

(1) Cf. LA LUMIA, *L'obbligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, pag. 65, onde se pode ver, tambem, ampla bibliografia.

Historicamente, esse requisito foi desenvolvido no direito comum, principalmente pelos canonistas, em relação ao reconhecimento (em contraste com a tradição do direito classico) da possibilidade de agir baseada no pacto nú. Cf. KARSTEN, *Die Lehre von obl. Verträgen bei den ital. Juristen des Mittelalters*, Rostock, 1888; RICCOBONO, nos vols. 35 (pag. 221) e 43 (pag. 362) da *Zeitschrift Savigny-Stiftung, Rom. Abt.*; CAPITANT, na introdução ao seu volume sobre a causa e autores nele citados.

Para a historia desse conceito na doutrina italiana, cf. o citado estudo de DEIANA, pag. 40 e segs.

consequencias juridicas, não só no ambito dos negocios especificadamente regulados pela lei (negocios nominados), como tambem toda vez que se determina para um fim licito; toda vez, portanto, que o negocio por ela creado preencha uma função que a lei e a consciencia social considerem licita.

E' por isso que, fora do ambito dos negocios nominados, encontramos os negocios mistos e os inominados, cuja função economico-juridica, cuja causa, não corresponde à dos negocios especificadamente disciplinados, mas decorre, ao contrario, de uma combinação de varias causas ou de uma causa não prevista pelo legislador (1).

A doutrina moderna dedicou a esses negocios cuidadas investigações, visando, na ausencia de normas legislativas especificas, fixar os criterios da disciplina juridica deles (2).

---

(1) O objeto das prestações das partes no negocio 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*, pag. 23); pouco circunstanciada na sociedade, onde as entradas dos diversos socios podem ser de conteudo profundamente diferente nos varios casos e profundamente diferente entre elas, mesmo num unico 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 negocio permite que ele seja sempre disciplinado pelas mesmas normas e permaneça sempre o mesmo, embora compreendendo prestações que, tomadas isoladamente, caracterizam negocios de tipo diferente. Nessas hipoteses, 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 negocio diferente. Assim, relativamente às entradas numa sociedade, deverá examinar-se a applicabilidade das normas sobre a redibitoria, 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 mutuas de seguro, há a applicação 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 vêr, de associação. Esta é a premissa da orientação da jurisprudencia em aplicar às ações dos associados numa mutua, a prescrição estabelecida, no código, para as ações sociais.

(2) Cf., para ultteriores referencias, a minha nota *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mistum cum donatione*, etc., na *Rivista di diritto commerciale*, 1930, II, pag. 462.

Outras vezes, o negocio juridico, embora correspon-  
da à sua função típica, também corresponde, imediatamente,  
a outras e diversas funções e isso tanto mais frequentemente  
quanto mais o sistema juridico for avesso ao reconhecimento  
de negocios inominados e quanto mais as partes quizerem e  
puderem aproveitar-se da segurança da disciplina oferecida  
pelos negocios nominados (1).

4. Naturalmente, para que, determinado negocio juri-  
dico seja valido, é necessario não só que, quanto ao seu tipo,  
se enquadre entre os negocios licitos, mas tenha, no caso con-  
creto, uma causa licita, pois, de outra forma, cairiamos na  
hipotese da falsidade da causa aduzida e da eventual ilicitude  
da verdadeira causa.

(1) E' esta segunda razão a que milita a favor desses negocios no di-  
reito 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, pag. 338; CANDIAN, *Temi Emiliani*, 1931, II, pag. 69; GRECO, *Rivista di diritto commerciale*, 1932, I, pag. 757; RUBINO, *Negoziio indiretto*, Milão, Giuffrè, 1938; FERRI, *Foro Ital.*, 1934, I, pag. 1113 e 1936, III, pag. 66; ROMANO SALV, *La Revoca*, Padua, 1935; VASSALLI, *Sommario delle lezioni sul negozio giuridico*, pag. 05, e, parece-me, CARNELUTTI, *Lezioni, Esecuzione*, vol. III, pag. 318.

A meu ver, esse conceito é um conceito sociologico e historico, não dogmatico, embora juridicamente relevante em duplo sentido: em sentido negativo, para distinguir essas hipoteses das da simulação com as quais costumam, às vezes, ser confundidas; em sentido positivo, nos limites em que os motivos podem adquirir relevancia juridica e, por isso, para avaliar a fraudolencia do negocio.

Na jurisprudencia, cf. pela utilização desse conceito; Cass. do Reino, 7 Março de 1932, n. 812, *Massinario Foro Ital.*, 1932, pag. 169; Cass. do Reino, 3 de Novembro de 1931, n.º 3714, *Foro Ital.*, 1932, pag. 663; Cass. do Reino, 16 de abril de 1931, *Foro Ital.*, 1931, I, pag. 927, 8 abril 1936, *Foro Ital.*, 1936, I, 778; 4 de Agosto de 1936, *Foro Ital.*, 1936, I, 1388; 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. Genova, 22 de Julho de 1935, *Foro Ital.*, 1936, I, 233.

O conceito de negocio indireto pode, no fundo, ser ligado à teoria de Bonfante sobre a eventual desharmonia entre estrutura e funções de um instituto.

A abstração processual, peculiar aos sistemas de tipo francês, exonera o autor de oferecer a prova da veracidade de causa; exonera-o da referencia da causa no documento (arts. 1120 e 1121), mas não veda, por certo, ao reu, 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 licito, o direito leva em conta não somente a causa do negocio, isto é, a função do proprio negocio em abstrato, mas a intenção que animou as partes, a função que o negocio desempenha, na realidade, no caso concreto.

E é desse ponto de vista que, de acordo com autorizada doutrina, o direito, embora precindindo dos motivos proprios só de uma das partes, avalia a licitude ou a ilicitude do negocio (1).

5. E' sabido que o sistema juridico pode regularmen-  
tar negocios cuja função não é especificada, mas que podem servir para qualquer fim a que os destinem as partes.

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

E' o que se dá com a *stipulatio* romana, com a cambial moderna, segundo a concepção alemã e italiana, e com o reconhecimento abstrato, do codigo civil germanico.

Com isso não se afirma — é obvio — que esses negocios não preencham uma função.

E' evidente que a cambial e os titulos de credito, em geral, têm uma função economicamente bem relevante: a de permitir a mobilização e a circulação da riqueza. E é eviden-

(1) Cf., por exemplo, CAPITANT, *Cause*, pag. 24 (3.ª ed.).

te que as partes, ao recorrerem à criação de um título de credito, são movidas constantemente pelo interesse de poder, assim, mobilizar seu direito. E' justamente porque reconhece a licitude e a utilidade desse interesse que o sistema juridico põe a disposição das partes o instituto dos títulos de credito.

Mas esta função, nos títulos cambiarios, preenche concretamente as mais diversas finalidades (1), de que o negocio abstrato precinde, apresentando-se, assim como um modelo em que pode ser moldada qualquer substancia (2).

Dentro dos limites que derivam dos seus caracteristicos formais (3), o negocio abstrato pode ser utilizado indiferentemente com qualquer finalidade. E' por isso que se apresenta como um negocio de segundo grau (4), que, concretamente, pressupõe um negocio causal anterior entre as mesmas partes.

6. Essa indiferença não é, geralmente, absoluta. Surgem com frequencia normas especiais, por exemplo de direito fiscal e penal, que fixam o ambito dentro do qual pode ser legitimamente utilizado o negocio (5).

(1) Por exemplo, pagamento de preço de mercadoria; reembolso de quantia mutuada; promessa de pagamento de quantia por mutuo e assim por diante.

(2) Troca de mercadoria por dinheiro; mutuo, etc.

(3) Para pagamento de dinheiro ou entrega de mercadoria.

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

(5) E' 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 credito.

Essas normas, no entanto, no ambito dos negocios abstratos, não importam na nulidade do negocio (1) ou na sua redução a um negocio de outro tipo, mas acarretam consequências e sanções de outra natureza.

Nos negocios causais, ao contrario, o vicio da causa dará lugar, necessariamente, ou à nulidade do negocio ou à sua redução ao negocio diferente que as partes efetivamente quiseram.

7. E' evidente que, embora possa preencher em tese um grande numero de finalidades, o negocio abstrato no entanto, em cada caso concreto, visa um unico fim (2).

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

E' este negocio o que se costuma chamar *convenção executiva* (3).

O fim do negocio abstrato não pode, por seu turno, ser determinado na convenção executiva, sinão com referencia a uma relação distinta intercorrente entre as partes (*relação fundamental*) (4), pois, independentemente dessa referencia, o negocio abstrato não poderia preencher nenhuma função.

(1) Lembre-se a distinção romana entre *leges perfectae*, *minus quam perfectae*, e *imperfectae*. Cf. mais adiante, pag. 157 e pag. 413.

(2) Pagamento do preço da mercadoria; reembolso de mutuo, etc.

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

(4) Venda de mercadoria; promessa de mutuo; reembolso do dinheiro mutuado; doação e outros.

Portanto a convenção executiva determina a função a ser preenchida concretamente pelo negocio abstrato, isto é, a sua conexão com a relação fundamental (1).

E', em substancia, essa a consequencia da propria abstração do negocio, isto é, da sua separação da causa. Daí, de um lado a sua distinção de uma relação fundamental logicamente anterior e, de outro, a necessidade de determinar a sua conexão com essa relação fundamental.

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

8. O problema da causa do negocio deve, a meu ver, ser mantido distinto daquele da causa das atribuições patrimoniais, apesar da conexão (2).

O sistema juridico exige que todo ato de atribuição patrimonial (tanto de natureza real, como obrigacional) seja justificado por uma causa, por uma razão objetiva licita, *credendi, solvendi, donandi* (3).

(1) *Pro solvendo; pro soluto, etc.*

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

Permito-me a esse proposito observar, para evitar possiveis 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, pag. 132 e segs. sobre o conceito de causa da atribuição patrimonial; pag. 45, sobre a referencia à causa da obrigação (e não à causa do negocio), das normas dos codigos italiano e francês em materia de causa; pag. 110, sobre a definição da causa da obrigação e pag. 132 cit. sobre a correspondencia substancial do conceito de causa da obrigação com o de causa da atribuição patrimonial.

(3) Sobre a exatidão ou não dessa tripartição, cf. VON TUHR, vol. III, pag. 67 e segs.

A abstração processual dos sistemas de tipo francês, admite a validade da atribuição, independentemente da menção da causa (1), e a presunção de verdade da causa aduzida, mas é principio inconcusso o da necessidade da existencia de uma causa valida (art. 1119) para a validade da atribuição patrimonial.

A causa (2) está, nessa hipotese, não na função economica do negocio (3), mas na razão economico-juridica da atribuição patrimonial. Esta razão é distinta para cada uma das atribuições patrimoniais decorrentes de um contrato bilateral e constitue, subjetivamente, não a intenção tipica das partes na conclusão do negocio, mas a intenção tipica 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 titulo oneroso, conseguir a contra-prestação; nos a titulo gratuito, fazer um favor, e nos de restituição, extinguir o debito anterior.

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

(1) E, portanto, a eficacia probatoria do documento, independentemente da menção da causa, isto é, a eficacia da *cautio indiscreta*.

(2) Sigo a doutrina chamada objetiva da causa, predominante na Italia. Para a critica da tendencia subjetiva, dominante, ao contrario, na doutrina francesa, cf. DEIANA, *ob. cit.*, pags. 36 e segs.

(3) O problema, anteriormente encarado, da causa do negocio juridico relaciona-se com o da autonomia do elemento da causa do contrato, que vasta corrente doutrinaria, explicitamente acolhida no codigo 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.*, pag. 112 e segs. Esse autor chega à conclusão de que o conceito de causa é um "conceito" autonomo, mas não constitue, na verdade, um "elemento" autonomo de cada negocio; justamente por isso a "causa" se prende ao objeto (nos contratos bilaterais) ou ao consentimento (nos contratos a titulo gratuito), diferenca 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 tendencias dos causalistas e dos anti-causalistas e que merece ser atentamente meditada.

Sobre a relação do conceito de "causa" com o de "consideration" no direito inglês, cf. LORENZEN, 28 *Yale Law Journal*, pag. 621.

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

O problema da causa apresenta-se, pois, segundo esse criterio, toda vez que nos encontramos diante de um ato de atribuição patrimonial, quer esse ato consista na assunção de um vinculo obrigacional, quer consista na constituição ou na transferencia de um direito real.

A doutrina da causa (no sentido aqui examinado) encontra, realmente, o seu fundamento na necessidade de proteger, relativamente à parte contraria, aquele que é gravado por uma atribuição patrimonial (1).

9. A atribuição patrimonial pode ser abstrata e a historia juridica nos oferece numerosos exemplos dessa hipotese, exemplos por demais conhecidos para que mereça a pena relembrá-los.

O sistema juridico pode reconhecer a validade da atribuição patrimonial, independentemente da sua causa. Esta subsiste psicologicamente, mas, ao apreciar-se a validade da atribuição patrimonial, precinde-se da sua existencia (2). Ha,

(1) E, portanto, indiretamente, mesmo os seus credores.

(2) Talvez os exemplos mais frequentes desta hipotese se encontrem no ambito dos atos que transferem direitos reais nos sistemas que (como o direito romano e, atualmente, o germanico, em contraste com o francês e o italiano) distinguem rigorosamente os atos tendentes à constituição dos direitos de obrigação e os tendentes à transferencia dos direitos reais, não admitindo, nesta segunda categoria, que seja bastante o simples consentimento. Cf. para uma referencia geral VON TUHR, *Partie Générale du code fédéral*, vol. I, pags. 125 e segs. E' 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 carater abstrato, ao contrario, é vivamente contestado no direito romano) o

nesta hipotese, como acertadamente se ensina (1), uma das muitas aplicações de uma lei geral do sistema juridico: a da simplificação analitica do presuposto de fato.

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

Essa aplicação, aliás, não é unica. A limitação do julgado ao dispositivo, independentemente dos motivos da sentença; os limites da relevancia dos motivos que ocasionaram a lei, na interpretação desta, são, por exemplo, ultteriores aplicações desse principio geral, segundo o qual, por evidentes exigencias de economia juridica, somente se levam em conta alguns dos elementos da especie juridica considerada, ao apreciarem-se os seus efeitos.

10. Naturalmente, o sistema juridico pode alvitar remedios para reparar as possiveis consequencias, iniquas, 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.

E' evidente, que, imprimindo-se-lhe esse abrandamento, a eficacia da obrigação materialmente abstrata se apouca até quasi coincidir com a da obrigação abstrata só processualmente (2); a aproximação é ainda maior, quasi identidade,

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 carater equitativo), mas tambem aquela dos seus credores e do sub-adquirente.

(1) Por LA LUMIA nas pegadas de MESSINA. Cf. tambem MESSINEO, *ob. cit.*, pag. 37.

(2) E' por isso que, às vezes, se invoca a existencia desses remedios, para negar por completo a abstração, como se esta não pudesse existir sinão na sua forma mais absoluta e mecanica.

E' assim que alguns, invocando a oponibilidade das exceções ex causa em algumas hipoteses, negam a abstração da obrigação cambiaria, sendo então, naturalmente, constringidos a recorrer ao deus ex machina de uma previa

quando se admite (1) 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 terceiros (2); 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 negocio 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 negocios juridicos 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 negocio até fora do ambito dos negocios juridicos.

A especie tipica dos varios delitos corresponde, talvez, na sua função individualizadora dos diversos crimes (3), à causa tipica dos diversos negocios juridicos.

renuncia do devedor ou à generica invocação das exigencias do comercio ou da proteção da boa fé, para explicar, depois, a inoponibilidade das exceções em geral.

(1) Como geralmente se verifica na doutrina cambiaria italiana, depois do estudo classico de ARCANGELI, *Rivista di diritto commerciale*, 1910. V. por exemplo, MESSINEO, *ob. cit.*, pag. 46.

(2) Com efeito, a ação de nulidade de uma atribuição causal, por falta de causa, é, em principio, *in rem scripta*; os remedios equitativos nas atribuições abstratas, são, ao contrario, em geral, *in personam* e podem, historicamente, ser relacionados com a doutrina romana das *condictiones*. E' por isso que as atribuições abstratas são, como observamos, frequentes na transferencia dos direitos reais ou seja na circulação das cousas.

(3) Sobre esse ponto, pode-se consultar o estudo de BELING na *Festschrift für Frank*. Cf. agora os conhecidissimos estudos de CARNELUTTI (*Teoria gene-*

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

Um negocio aparentemente causal pode dar logar a atribuições patrimoniais abstratas; pode, assim, constituir um negocio substancialmente abstrato, embora pertencendo aparentemente a determinado tipo causal e ficando disciplinado pelas normas que derivam da causa a que ele aparenta prender-se, mas de cuja efetiva existencia o sistema juridico precinde.

Ao examinar-se a validade da atribuição patrimonial, precinde-se da existencia da sua causa, mas, como tal atribuição aparenta encontrar a sua fonte em um negocio tipico, a sua disciplina juridica será a decorrente da causa desse negocio, e não uma disciplina autonoma.

E' assim que, ao lado dos negocios abstratos providos de disciplina autonoma, encontramos negocios abstratos que adotam a disciplina propria de um negocio causal, através da referencia à causa deste; ao lado das atribuições patrimoniais abstratas, autonomamente disciplinadas, encontramos atribuições patrimoniais abstratas, isto é, independentes da existencia e da validade da causa, mas reguladas de conformidade com a causa aduzida (1).

*vale del reato; Danno e reato*), visando construir uma teoria geral do ato juridico, que compreenda tambem o ato ilicito e o crime.

(1) O merito de haver chamado a atenção para esta hipotese cabe a BRÜTT, *Abstrake Forderung*, 1908.

A historia do direito oferece numerosissimos exemplos dessa possibilidade, que constitue, com frequencia, um dos momentos da transformação de um negocio concreto em abstrato. Cf. especialmente RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte* na revista da *Savigny-Stiftung*, Rom. Abt., vol. 27 e 28; KÜBLER, *ibidem*, vol. 29 e antes JHERING no *Espirito do direito romano*, § 52.

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

São evidentes as razões que concorrem para que as partes adotem, para as proprias promessas, o esquema do mutuo. Cf. mesmo antes p. 49 e mais adiante p. 215.

13. E' principio inconcusso, consagrado no art. 1119 do cod. civ., o que declara não haver obrigação valida sem causa valida.

E' a sanção legislativa do principio da causalidade de todos os contratos e de todas as atribuições patrimoniais, principio que se desenvolveu no direito comum, pari passu com a proteção do pacto nú (1).

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

Mas o principio geral da causalidade dos negocios juridicos e das atribuições patrimoniais não exclue a possibilidade de se reconhecerem, na unidade do sistema, negocios abstratos e atribuições patrimoniais abstratas.

Esse principio consagrado nos arts. 1119-1122 exclue, com efeito, sim, poderem as partes, livremente concluir negocios abstratos, independentemente do reconhecimento legislativo do negocio adotado, — ao contrario do que se dá nos negocios causais; — não exclue, no entanto, que, em determinados casos, o sistema juridico possa reconhecer a existencia de negocios abstratos e consagrar a validade de uma atribuição patrimonial, até independentemente da sua causa (2).

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

(2) E' essa a doutrina dominante. Cf. LA LUMIA, *L'obbligazione cambiaria*, cit. pag. 52, com amplas referencias bibliograficas. A categoria dos negocios abstratos compreende, portanto, somente aqueles como tais disciplinados pelo direito. Cf. mais adiante pag. 415.

## CAPITULO IV

### TITULOS ABSTRATOS — ALCANCE DA ABSTRAÇÃO

*Sumario:* 1. Abstração da obrigação cambiaria. — 2. No direito italiano. — 3. Continuação. — 4. Critica da teoria da delegação. — 5. Continuação. — 6. Conclusão. — 7. Critica da teoria dualista. — 8. Proteção da boa fé. — 9. Causa da obrigação cambiaria. — 10. Convenção executiva. — 11. Sua função. — 12. Concurso de ações. — 13. Diversas hipoteses. — 14. Pluralidade das obrigações cambiarias. — 15. Exceções causais e literalidade. — 16. Pluralidade de devedores cambiarios.

1. A abstração da obrigação cambiaria (1) 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 valida, mas tambem as que podem, através de sua menção nela, adquirir eficacia cambiaria.

O rigor formal encontra a sua maxima expressão na necessidade da denominação “cambial”, que o sistema alemão e italiano (2), bem como o da convenção de Genebra, incluem entre os requisitos essenciais do titulo.

(1) Ao falar de “cambial” e de “obrigação cambiaria” nas paginas seguintes, refiro-me tanto à letra de cambio como à nota promissoria.

(2) Esse principio é extranho ao sistema francês anterior à Convenção de Genebra. O requisito da denominação é, ao contrario, exigido pela lei brasileira; não o é no código argentino (art. 599).

E', aliás, principio constante e constantemente confirmado na historia do direito, o do maior rigor formal, quando se acentua a abstração, e o da sua atenuação quando a abstração é atenuada ou abandonada. Tipica nesse sentido é a *stipulatio* romana no seu desenvolvimento, do direito classico ao direito justinianeu (cf. os conhecidos estudos de RICOBONO nos vols. 35 e 43 da *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Rom. Abt.); o menor rigor formal acom-

A introdução do endosso, a difusão da cambial como instrumento de credito independentemente de um contrato de cambio e a multiplicação das clausulas que se referiam a um "valor recebido" em mercadorias, conduziram EINECCIUS a afirmar a literalidade e a abstração da cambial; o principio da abstração foi retomado e reelaborado no seculo findo por EINERT, LIEBE e THOEL e foi recebendo adesões cada vez mais numerosas (1).

panha pari passu o abandono do carater abstrato. Essa evolução continua no direito intermedio (cf. o citado volume de KARSTEN, *Die Lehre vom obl. Verträge* etc. cit., Rostock, 1888); por outro lado, o principio da acionabilidade do pacto nú, isto é, a eficacia obrigatoria do contrato independentemente de requisitos de forma, é afirmada no direito intermedio paralelamente com a exigencia de uma causa valida. Típica é a esse respeito a posição de AZONE, que, ao discriminar os pactos produtores de efeitos juridicos, menciona justamente, como requisito necessario para a eficacia do pacto, quer a forma, quer a causa.

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

Por sua vez, no direito inglês (cf. o estudo de LORENZEN citado) a doutrina da "consideration" não é applicavel ao contrato formal (*deed*).

(1) Cf. GRÜNHUT, *Wechselrecht*, pag. 243.

O carater de titulo de credito na cambial prendeu-se justamente à sua transformação, de documento do contrato de cambio, em meio de mobilização do credito.

Foi reconhecido que a cambial é independente do contrato de cambio e da *distancia loci*, e que, ao contrario, pode estar ligada a relações fundamentais diversas.

Este principio caracteriza quer o sistema germanico 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 hipotecaria, nem na cambial para a exportação, regulada pela lei n. 361, de 9 de abril de 1931 ou na cambial com cessão da provisão regulada pela lei de 15 de janeiro de 1934, n. 48.

A primeira é caracterizada pela existencia de uma convenção especial para a constituição da garantia hipotecaria, mas esta, podendo ser livremente convenconada pelas partes, pode ser tambem constituída por um credito abstrato e não podem, portanto, aduzir-se contra a abstração da cambial hipotecaria as considerações expendidas para a cambial agricola (v. pag. 193).

A segunda é caracterizada pela existencia de uma especial declaração para a cessão da provisão, mas tambem esta, podendo de qualquer forma ser livremente convenconada pelas partes, não obsta à abstração do credito cambiario. Nem esta desaparece pela menção da relação de provisão no titulo, porque essa menção se refere justamente à cessão da provisão e não se destina

Não teve, porém, acolhida na interpretação juridica francesa, embora tambem nesse sistema juridico 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 contrario, caracterizava a letra de cambio no código de comercio napoleônico. A lei de 1922, eliminando a necessidade da menção do valor recebido, venceu um obstaculo, embora formal, para o reconhecimento da abstração da obrigação cambiaria (1); a recente introdução, no sistema francês, da convenção de Genebra, proporcionou-lhe novos principios fundamentais, o que não poderá deixar de influir sobre a doutrina (2).

2. E' esta a teoria que julgo mais razoavel tambem em nosso direito (3).

Pelos autores que escreviam sob o imperio do codigo de comercio, essa teoria costumava ser baseada no art. 324 do cod. com., pois este determinava que o devedor somente podia opôr "as exceções relativas à forma do titulo ou à falta das condições necessarias ao exercicio da ação e as exceções pessoais a quem

a subordinar a obrigação cambiaria à existencia de uma causa, que seria, quando muito, constituída pela relação de valor recebido.

(1) A menção do "valor recebido" não constitue 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 sovietica de 1922). Cf. a respeito do progressivo desaparecimento deste requisito LESCOT, vol. I, p. 353.

(2) Como lembrámos, essa doutrina, nas suas manifestações mais modernas, adotou com CAPITANT, LACOUR, BOUTERON, ESMEIN, LESCOT, uma posição correspondente à seguida na Italia por Vivante e que mais adiante criticaremos.

Não se deve esquecer, no entanto, a influencia que inevitavelmente exerce sobre a doutrina francesa a teoria da cessão da provisão, que indiscutivelmente atenua a visão da autonomia e da abstração do direito cambiario. Isso tambem explica a disciplina diferente, no direito francês, da obrigação de regresso do sacador, o que, por seu turno, determina a ausencia da ação especial de enriquecimento cambiario. V. o art. 156 do codigo comercial francês na redação decorrente do decreto de 30 de outubro de 1935, e, antes, pag. 68.

(3) No direito brasileiro cf. SARAIVA, *ob. cit.*, pag. 102; M. TORRES, pag. 511; WHITAKER, pag. 30.

345  
Inst. Brac. Dir. Com. Comparado



a exerce". Da propria redação do artigo decorria, portanto, que as exceções causais eram estranhas à cambial, somente podendo ser opostas, quando pessoais àquele que no caso concreto exercitava a ação (1).

O art. 21 (17 da convenção de Genebra) tem uma redação, na verdade, mais generica (2), 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 prejudgado o problema do carater "pessoal" ou não das exceções causais (3).

A redação do art. 324, enumerando taxativamente as exceções oponiveis (sem mencionar as causais) era, sob esse aspecto, pelo menos aparentemente, mais restritiva que a do art. 21, que, ao contrario, se limita a indicar as exceções inoponiveis.

E, todavia, facil supor que a convenção de Genebra (4) 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 cambiario que é, por certo, distinto da abstração, mas que a esta se prende politica e praticamente (5).

(1) Redação correspondente à do art. 324 cod. it. com. é a do art. 51 da lei cambiaria brasileira, orientada pelos conceitos recentemente acolhidos pela convenção internacional. No mesmo sentido é a nova lei mexicana dos titulos de credito.

(2) Essa redação encontra um precedente no art. 87 da ordenança de cambio germanica.

(3) O art. 21 (17 da convenção de Genebra) determina: "A pessoa contra a qual seja movida ação cambiaria não pode opor as 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 prejuizo do devedor".

(4) Tanto mais que tem a sua fonte no art. 87 da ordenança de cambio germanica, em que a doutrina via consagrada a abstração cambiaria.

(5) A convenção de Genebra consagrou, de fato, o carater essencial da denominação de cambial entre os requisitos do titulo, de conformidade com os

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 demonstrada (1).

A observação anterior, acerca do carater generico da formulação do art. 21, explica, no entanto, porque a mais recente doutrina francesa não reconheça uma profunda divergencia de diretriz entre a orientação da convenção de

precedentes alemães e italianos e em contraste com o principio francês e anglo-saxão. No mesmo sentido da convenção, cf. art. 2 da lei cambiaria sovietica de 1922.

O conceito "tecnico" da abstração é extranho ao direito anglo-saxão, mas a regulamentação pratica do sistema anglo-saxonico 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 existencia 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 traduzivel em termos continentais; a meu ver, deve ser relacionado com o de "causa das atribuições patrimoniais" e não com o de "causa do negocio ou do contrato" da doutrina da Europa continental. A respeito de um exame comparativo cf. LORENZEN, *Causa and consideration* 28 Yale Law Journal, pag. 621.

A teoria tradicional do contrato de cambio parece prender-se o código argentino (art. 589 e segs.). Nele a disciplina da cambial é conexas com a do contrato de cambio; a denominação de cambial não é mencionada entre os requisitos do titulo (art. 589); a circulação do titulo com as normas cambiarias depende da presença da clausula à ordem (art. 600); o endosso exige a menção do valor recebido ou convencionado em conta (art. 626). No entanto, no seu alcance pratico, a disciplina cambiaria argentina não é substancialmente diversa daquela da convenção de Genebra. Cf. MAURICIO L. YORDAROLA, OSCAR ZOEFFERE SILVA y PEDRO E. TORRES, *El derecho cambiario argentino e la legislacion uniforme*, Instituto argentino de estudos legislativos, Buenos Aires, 1940.

(1) E' o que se dá nos tratados de VALERI, MOSSA, ANGELONI, BRACCO e outros.

No sistema italiano a cambial é titulo executorio e tambem essa circunstancia explica porque na Italia, mais que alhures, a doutrina e a jurisprudencia se mostram inclinadas a reconhecer a abstração cambiaria. Veja-se na jurisprudencia da Corte Suprema, 22 de março de 1934, *Foro It.*, 1934, I, pag. 743; 23 de novembro de 1934, *Foro It.*, 1935, I, 17.

A executoriedade da cambial constitue uma peculiaridade do direito italiano; cf. p. 404.

Genebra e a anteriormente seguida pela legislação francesa (1).

3. Na verdade, mesmo prescindindo-se dos indícios acima indicados e de outros que poderão encontrar-se na lei cambiaria (2), é fácil acentuar desde logo que o negocio cambiario não só não menciona a causa, como também pode, na realidade, no caso concreto, por um lado, resultar, de relações fundamentais diversas (venda, mutuo, etc.), por outro, preencher a variedade de funções peculiar aos negocios abstratos (de garantia, pagamento, etc.).

Ao definir como “pessoais” as exceções baseadas nas relações do devedor com o sacador e com os portadores anteriores (3) àquele que exerce a ação, o art. 21 (17 da

---

Com efeito, na Italia, 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 condenatoria. No caso dos titulos cambiarios, bem como nos demais casos disciplinados no art. 298, cod. proc. civil bras., o direito brasileiro admite a penhora imediata (diversamente do que acontece quando não exista titulo 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 ordinario (art. 301).

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

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

(1) A formula do art. 21 se aproxima, aliás, mais que a do anterior artigo 324, à do art. 1278 em materia de delegação (e voltaremos mais adiante sobre este ponto) e é sabido que a doutrina francesa recorre, seguindo a teoria de Thaller, à teoria da delegação na explicação dos titulos de credito e, particularmente, da cambial.

(2) Por exemplo, os arts. 66 e 67 (extranhos à convenção de Genebra), nos quais, em opposição à ação cambiaria, se fala em uma ação “causal”.

(3) Lembro, para clareza, que a relação entre sacador e tomado costuma chamar-se “provisão”; aquela entre o devedor cambiario 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 endossatario, etc.). A terminologia é adotada, em geral, em toda a teoria dos titulos de credito e encontra correspondencia em analogia terminologica em materia de delegação; cf. mesmo antes p. 64.

convenção cambiaria) não faz, evidentemente, referencia tão somente a relações ocasionais ou eventuais que possam intercorrer entre o devedor cambiario e o sacador ou os portadores anteriores, mas mesmo às relações que, constante e tipicamente, intercorrem entre eles.

Essas relações são precisamente, de um lado, (isto é, se devedor é o aceitante), a relação de provisão (1); de outro (isto é, se devedor é um emissor de nota promissoria ou o endossador ou o proprio sacador obrigado em via de regresso), a relação de valor recebido (2). São as exceções tiradas dessas relações as que o art. 21 declara pessoais e inoponíveis ao portador “que delas não tenha participado” (3), isto é, pertinentes a um elemento extra-cartular.

Isso equivale a sancionar a abstração da atribuição cambiaria, porque, se não fosse abstrata, encontraria, mediata ou imediatamente (4), a sua causa na relação de provisão ou na de valor recebido.

O carater abstrato da obrigação cambiaria manifesta-se, por seu turno, no principio, explicitamente consagrado na convenção de Genebra, da impossibilidade de submeter as obrigações cambiarias a condição (5).

---

(1) E' a intercorrente entre sacado e sacador e em virtude da qual o sacado chega à aceitação da cambial.

(2) E' a relação por força da qual o sacador entregou a cambial; o emissor emitiu a nota promissoria; o endossador endossou a cambial.

(3) Prescindimos, no momento da hipotese da *exceptio doli generalis*, porque esta, na sua conceituação, visa evidentemente atenuar as consequências, demasiado rigorosas, decorrentes do principio consagrado no art. 21. A *exceptio doli*, lembrámos, é consagrada na ultima parte do art. 21, afirmando “a menos que este (isto é, o portador), adquirindo a cambial, não tenha agido cientemente, em prejuizo do devedor”, o que confirma a atenuação trazida ao principio do art. 21.

(4) Remeto o leitor para o que escreverei a proposito dos titulos causais.

(5) Cf. na lei italiana os arts. 12, 16 e 31. Este ultimo artigo (correspondente ao art. 11 do D. 2044 no direito brasileiro) especifica que o aceite pode ser limitado; que podem ser-lhe apostas modificações (havendo-se nesse caso por recusado o aceite, mas continuando, o sacado, obrigado aos limites

4. Mas é a esse respeito que surge um problema, cuja diferente solução constitue, em substancia, o “punctum divisionis” da doutrina dominante na Italia e da tradicional na França.

A abstração da obrigação cambiaria poderia ser considerada apenas um reflexo da circulação e encontrar uma conveniente explicação no instituto da delegação. O devedor que aceitou a delegação, diz o art. 1278, não pode opôr ao credor delegatario as exceções que poderia opôr ao credor delegante. Em materia cambiaria, poderia dizer-se, a obrigação é assumida relativamente ao delegatario (assim a accitação relativamente ao portador do titulo, delegatario do sacador) ou feita valer, antes que pelo credor originario, por um terceiro delegatario do primeiro (através dos endossos, nos quais se consubstanciariam sucessivas delegações). A respeito deste o devedor não poderia, portanto, invocar as exceções, porque, pelo mesmo fato de assinar um titulo de credito, teria previamente concordado e aceito a sucessiva delegação através da serie de endossos.

Essa teoria, embora hoje descuidada na Italia, é inequivelmente sugestiva e muito difundida na Franca (1).

Cai, no entanto, diante de um dupla consideração, que teremos oportunidade de desenvolver, tratando, mais adian-

do seu aceite), mas não pode ser condicionado (cf. VALERI, vol. II, pag. 170). No caso do endosso (ar. 16) a condição, ao contrario, *vitiatur sed non vitiat*, pois de outra forma, interromper-se-ia a serie dos endossos. O principio da incondicionabilidade encontra-se já no direito inglês: art. 3 B. E. A. No entanto no direito inglês admite-se na cambial a possibilidade de ser o vencimento incerto, embora, determinavel (cf. SMITH-GUTTERIDGE, *Mercantile law*, ed. 1924, pag. 230; DANIEL, *ob. cit.*, § 42; sec. 1, N. I. L.).

A incondicionabilidade das obrigações, não se refere somente à impossibilidade de submete-las a condições, no sentido tecnico do termo, mas principalmente à impossibilidade de subordina-las ao adimplemento de uma prestação. Cf. mais adiante, pag. 331 e 396.

E' particularmente essa consequencia que se coordena com o carater abstrato da obrigação cambiaria.

(1) Cf. especialmente THALLER in *Annales de droit commerciale*, 1906.

te, da constituição e da titularidade do direito cartular: 1.º) a declaração cartular, como veremos, é dirigida a pessoa indeterminada (1), (isto é, a qualquer pessoa que fôr o legitimo portador do titulo), o que exclue a possibilidade de recorrer-se a uma delegação (porque esta pressuporia, ao contrario, dirigir-se à declaração a uma pessoa determinada, pressuposto da sucessiva delegação); 2.º) o titular do direito cartular é tal, embora não o seja o seu antecessor. O art. 20 da lei cambiaria especifica, de fato, que é titular do direito cambiario o portador que tenha adquirido o titulo sem má fé ou culpa grave. Isso tambem contraria a doutrina da delegação, que não pode explicar porque o direito do pretenso delegatario existe independentemente do direito do pretenso delegante (2).

5. Na realidade (3), como frequentemente se observa, a teoria da delegação cai num erro de perspectiva, porque

(1) E' justamente BIGIAMI, *Rivista di diritto commerciale*, 1937, I, pag. 113 quem insiste nesses pontos, embora erradamente (cf. LA LUMIA, *ob. l. cit.*), entendendo que esse principio somente tenha sido introduzido com a nova lei cambiaria, em contraste com o codigo de comercio.

(2) Esta norma é propria tambem do sistema cambiario brasileiro (arts. 36 e 39 do Dec. 2044, de 31 de dezembro de 1908), embora este não tenha, em geral, acolhido quanto às cousas moveis o principio “possession de bonne foi vaut titre”. Esta norma todavia, como veremos, não era peculiar ao sistema francês tradicional, o que explica o apego daquela doutrina à teoria da delegação. Quanto aos titulos ao portador, v. adiante, pag. 259.

(3) A teoria da delegação foi adotada por THALLER com referencia aos titulos cambiarios e principalmente para a cambial saque; os seus proprios partidarios, como pode verificar-se facilmente na doutrina francesa sobre o assunto, a ela não recorrem relativamente aos titulos ao portador. Isso só por si constitue elemento de critica, dado que, como tem sido observado, não é possivel recorrer-se a uma natureza diferente da declaração cartular pelo simples fato da diferente lei de circulação do titulo.

A teoria da delegação parece mesmo difficilmente concebivel quanto aos titulos de participação (ações de sociedades comerciais), nem fornece uma explicação do diferente regimen positivo dos titulos abstratos e dos causais.

Além do mais, importa numa identidade de regime para todas as exceções (quer as causais, quer as que, como o dolo ou o erro, se atêm à manifestações de vontade do subscriptor), o que é praticamente incongruente. Acrescente-se que se é exata a explicação dada acerca da literalidade e do

considera a circulação do título somente como um acidente de que decorrem certas consequências, esquecendo, porém, que o título é, hoje, tipicamente destinado à circulação, em que encontra a sua justificação econômica, de forma que a natureza da declaração cartular deve ser tal qual se revela aos terceiros.

Na verdade, essa teoria representa a reação natural da consciência jurídica, diante da posição do sacador de uma cambial e do instituto do endosso. Daí a tendência a conceber o regime das exceções, em função, por assim dizer, do endosso. Ao passo que a posição do devedor cambiário, perante o contraente imediato, é encarada como a posição normal, a do devedor perante o terceiro é encarada como acidental (1). E', por isso, natural, por um lado, o fascínio dessa teoria em matéria cambiária e, por outro lado, a particular resistência que encontra nos títulos ao portador, nos quais são mais evidentes a característica destinação do título à circulação e o princípio da autonomia da posição de cada titular relativamente à do titular anterior, de forma que o possuidor de boa fé do título é titular do direito, embora não o fosse o seu antecessor (2).

fundamento da inoponibilidade das exceções extra-cartulares, parece mais lógico continuar-se na mesma ordem de idéas também para as exceções causais, encontrando, portanto, a explicação de sua inoponibilidade na natureza da declaração cartular e não nos reflexos da circulação.

(1) Essa posição psicológica é, por exemplo, típica no citado estado de PELLEGRINI, pag. 512-513. Isso confirma que, reconhecido ser a cambial tipicamente destinada à circulação, são exatas as críticas à teoria da delegação feitas no texto.

Na evolução histórica da cambial, foi, com efeito progressivamente desaparecendo a necessidade da explícita menção da cláusula à ordem: esta, ao contrário, era, anteriormente, exigida para que a cambial pudesse circular. Cf. LESCOT, vol. I, pag. 283.

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

(2) E isso, no sistema italiano, mesmo quando o título se tenha extraviado ou tenha sido furtado. O princípio é, como veremos, substancialmente idêntico em todos os títulos de crédito.

Mas, a despeito de seu valor no terreno histórico, a teoria da delegação encontra hoje a sua condenação diante da sistemática dos títulos de crédito, considerada na sua integridade, e diante da já afirmada consciência de que o título de crédito é tipicamente destinado à circulação (1) e baseado, conseqüentemente, numa declaração dirigida a pessoa indeterminada, de maneira que o direito do portador do título existe até independentemente da existência do direito do portador anterior.

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

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

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

A consequência da abstração do título consiste no fato de que também a relação causal se torna uma relação extra-

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

(1) Este princípio consagrado na ordenança de câmbio germanica de 1848, prevalece nos direitos modernos. Cf. VICENTE Y GELLA, *Derecho mercantil comparado*, Labor, 1934, pag. 224.

Também a mais recente doutrina francesa já abandonou a teoria da delegação. Cf. BRETHER, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926; ESMEIN, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1931; LESCOT, *Effets de commerce*, cap. 1; LACOUR ET BOUTERON, *Précis de droit commercial*, n. 1068.

cartular; as exceções respectivas são, por isso, exceções extra-cartulares (1).

Por isso valerão, quanto às exceções causais nos títulos abstratos, as mesmas regras que anteriormente mencionámos quanto a todos os títulos de credito, com referência às exceções extra-cartulares.

A abstração, em substancia, representa como que um passo ulterior no caminho em que a literalidade constitue já um primeiro passo, isto é, no caminho da sempre maior delimitação e objetivação do direito cartular; da sua sempre maior distinção do conjunto do “negocio” economico havido entre as partes, e, isso, justamente à vista da sua circulação e da segurança desta.

Por isso devem ser consideradas como extra-cartulares, quer as exceções que decorrem da relação fundamental (falta, nulidade, ilicitude da relação fundamental; *exceptio inadimpleti contractus*; *exceptio non numeratae pecuniae*; *exceptio causa data causa non secuta*, etc.), quer as que decorrem da função particular que o título devia preencher quanto à relação fundamental (novação; reforço; garantia de uma divida propria (1) ou de um terceiro, com a consequente conven-

(1) No mesmo sentido, na doutrina brasileira, com acerto, WHITAKER, pag. 35.

(2) Neste caso, só impropriamente, fala-se no entanto, em “garantia”. Com efeito esta, afinal, consiste nas vantagens decorrentes da disciplina dos creditos cartulares.

Na pratica, esta hipotese se verifica quanto às notas promissoras. Com frequência, na hipotese de garantia, a nota promissoria é em branco quanto à soma; quanto ao vencimento ou é em branco (cf. antes, p. 37) ou é a vista. Isso se verifica quando seja incerto o vencimento do credito garantido ou a sua importancia, visando-se, no entanto, dar, ao credor, a possibilidade de agir imediatamente, com o processo cambiario, desde que o devedor não satisfaça o debito garantido. Pense-se, por exemplo, em uma nota promissoria entregue a um banco por parte de quem goze de uma abertura de credito; pode-se ignorar então, qual será a soma da qual o cliente será devedor; pode-se ignorar a data do vencimento, quando o banco tem o direito de encerrar em qualquer momento, mediante previo aviso, a conta, exigindo o saldo a seu favor.

ção, então, de não exigir o pagamento, a não ser na hipotese da falta de pagamento da divida principal; e assim por diante), quer as exceções que decorrem das varias convenções acerca do exercicio do direito cartular (por exemplo, *pactum de non petendo*, convenção de renovação) ou das ultteriores relações de debito e credito intercorrentes entre um devedor cartular e um portador do título (por exemplo, compensação) (1).

Na realidade, tendo-se presente a função pratica que a cambial, na sua dupla forma de letra de cambio e de nota promissoria, vem preenchendo no mundo moderno, não custa apreender-se a justificação economica e a necessidade logica da abstração.

Da sua originaria função de instrumento para o transporte de dinheiro (2), a cambial, como é sabido, evoluiu para instrumento de credito (3) e especialmente de credito a curto prazo, o que corresponde às diversas e multiplas operações da vida comercial. A cambial visa tornar possivel a circulação desse credito. E' essa a sua função economica e é esse o interesse que tipicamente preside à sua criação. Ela, portanto, deve ser disciplinada de modo a poder ligar-se a operações diversas e a poder, preenchendo sempre aquela função, satisfazer os varios fins exigidos pela diversidade das situações concretas; isso equivale justamente a afirmar a sua abstração.

7. São essas as conclusões a que chegou — já no dominio das normas do codigo de comercio — a doutrina italiana dominante, após ter, paulatinamente, eliminado, mesmo,

(1) No direito brasileiro, cf., entre outros, LACERDA, *ob. cit.*, pag. 409.

(2) A essa função corresponde hoje, no sistema italiano, o cheque circular, modelado no exemplo da nota promissoria.

(3) A função de instrumento de pagamento corresponde o cheque, modelado no exemplo da cambial-saque.

todas as teorias que queriam distinguir as relações para com terceiros daquela entre os sujeitos imediatos, admitindo, no primeiro caso, a abstração material, negando-a, (ou limitando-a a uma simples abstração processual) no segundo (1).

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

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

Não se pode, pois, distinguir a obrigação cambiaria, quanto ao tomador imediato e quanto ao terceiro possuidor (2), mas é necessário distinguir o possuidor, que é, ao mesmo tempo, sujeito de determinada relação extra-cambiaría, e o

(1) Quanto à resenha dessas teorias consulte-se, por ser a mais completa, a obra de LA LUMIA, *L'Obbligazione cambiaria*, cit., pag. 28 e segs. e relativamente à convenção de Genebra, o citado *Diritto cambiario*, de VALERI, pags. 244, 284 e segs. do vol. I (No direito brasileiro, cf. para a crítica da orientação dualista M. TORRES, pag. 593, e segs.; SARAIVA, no seu notável *Direito cambial brasileiro*, pag. 143 e seg. Mais perto da orientação dualista, O. MENDES, cit. pags. 11 e seg.). Já encontramos essa orientação dualista, tratando da literalidade; tornaremos a encontra-la, tratando da constituição do direito cartular. E' representada por juristas de valor excepcional, porque, toma como ponto de partida algumas afirmações de GOLDSCHMIDT; encontrou seu autor em VIVANTE, de quem, na doutrina italiana mais recente, se aproxima BRACCO e, no fundo, SALANDRA e, na menos recente, SEGRÉ; é representada por CAPITANT, ESMEIN, LESCOT, na França; é ainda acolhida no *Derecho mercantil comparado*, pag. 208 de VICENTE Y GELLA.

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

(2) Ao tratarmos da constituição do direito cambial, teremos, aliás, oportunidade de observar que a declaração cartular não tem um destinatário

possuidor, que não é contemporaneamente sujeito de tal relação. Isso demonstra que a diversidade dos efeitos não depende de uma dupla natureza da obrigação cambiaria, mas da concorrência eventual de ações extra-cambiarías e de ações cambiarías.

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

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

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

8. Nem seria exato explicar o regime das exceções cambiarías, invocando-se simplesmente a proteção da boa fé do possuidor.

determinado, mas é dirigida a um destinatário indeterminado. E' evidente que se a declaração de vontade cartular é impessoalmente dirigida ao futuro portador do título (e não ao tomador), não se pode enfeixar a construção jurídica numa pretensa influencia fundamental da diferente posição cambiaria do tomador e dos terceiros portadores.

Esta, na verdade, constitue a exigencia dominante da disciplina dos titulos de credito, mas o papel do jurista consiste justamente em averiguar quais são os conceitos tecnicos por meio dos quais esta exigencia foi juridicamente realizada.

Convém não esquecer, a esse proposito, que o art. 21, unica base exegetica para a disciplina das exceções cambiarias, não distingue entre possuidor de boa e de má fé, mas simplesmente entre exceções pessoais e não pessoais.

Entendendo-se a norma do art. 21 como equivalente apenas à proteção do possuidor de boa fé, contraria-se esse mesmo dispositivo, que constitue a unica base exegetica da investigação. A boa e a má fé do possuidor podem assumir relevancia somente quando tornem “pessoais” relações e exceções que de outra forma não o seriam.

Se referindo-nos à proteção do possuidor de boa fé, quizermos aludir à orientação geral da disciplina dos titulos de credito, faremos uma afirmação exatissima, mas ainda insuficiente, porquanto se torna, depois, necessario analisar (e é esta a tarefa especifica do jurista) como esta proteção foi tecnicamente realizada.

Essa analise é evidentemente necessaria, quer para nos darmos conta de toda a complexa disciplina dos titulos de credito, quer para construirmos instrumentos juridicos precisos para a solução das varias e continuamente novas questões da pratica (1).

(1) A invocação às exigencias de boa fé e do comercio é hoje frequente na doutrina francesa para explicar a inoponibilidade das exceções decorrentes de fatos contemporaneos ou anteriores à emissão do titulo.

Com efeito, as teorias cambiarias tradicionais chegam a explicar a inoponibilidade das exceções fundadas em fatos posteriores à emissão do titulo (p. ex. falta de entrega da mercadoria); bem mais dificil é porém a explicação da inoponibilidade das exceções decorrentes de fatos contemporaneos ou anteriores à emissão (p. ex. vícios de relação fundamental; vícios na criação ou emissão do titulo, etc.). E' a respeito destes ultimos que a doutrina francesa

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

Os que se referem à proteção da boa fé, querem, com frequencia, afirmar que a disciplina das exceções cambiarias relativamente ao terceiro possuidor constitue a consequencia das modificações que a proteção da boa fé acarreta às que, “de outra forma”, seriam as consequencias dos principios juridicos; que, portanto, se deve construir a natureza juridica dos titulos de credito “precindindo-se” da disciplina das exceções relativamente ao terceiro possuidor. Essa disciplina seria somente a consequencia da “derrogação” trazida pela proteção da boa fé ao rigor dos principios.

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

Os titulos de credito, em geral, e a cambial, em particular, devem, de fato, o seu desenvolvimento às exigencias da circulação; devem, por isso, ser juridicamente construidos em relação à disciplina que lhes é peculiar na circulação, não se podendo considerar essa disciplina somente como uma “limitação” das consequencias que, de outro modo, decorreriam da natureza juridica do titulo.

Construir a natureza juridica dos titulos de credito precindindo da sua circulação, para depois explicar como um remedio equitativo o regimen das exceções relativamente a terceiros, significa negar a realidade economica hodierna (1), e esquecer a razão a que os titulos de credito devem a sua função economica e a sua disciplina juridica.

recorre às exigencias do comercio e da boa fé, reconhecendo não ter a possibilidade de apresentar uma precisa construção juridica. (Cf. LESCOT, vol. I, p. 480).

(1) Diversa podia e devia ser, naturalmente, a posição do interprete no inicio da evolução historica dos titulos de credito.

Poder-se-á, querendo, considerar “toda” a disciplina dos títulos de credito como uma derrogação (se se quizer, devida às exigencias da boa fé) (1) dos principios juridicos gerais; ao construir o sistema dos títulos de credito, será, porém, necessario partir da sua função e da disciplina relativa ao terceiro possuidor.

Ao efetuar-se essa reconstrução, como acentuavamos, não é suficiente invocar-se simplesmente o principio geral e basico da disciplina (2), mas é preciso determinar os conceitos tecnicos através dos quais as varias exigencias proprias do instituto foram realizadas e harmonizadas (3).

E isso para oferecer ao juiz instrumentos precisos para a solução das varias questões que a pratica vem suscitando. Em nenhum instituto de direito privado, como no dos títulos de credito, são realmente acentuadas — em relação à sua função economica na circulação da riqueza — as exigencias de certeza juridica. São estas que impõem ao juiz, na solução dos casos praticos não previstos pela legislação, recorrer a conceitos juridicos precisos (4).

(1) A meu ver, deve, mais precisamente, falar-se de exigencias da circulação.

(2) Isto é, as exigencias da boa fé, ou, ainda mais genericamente, as exigencias ou necessidades do comercio. Como observei, tambem a esse respeito, é, a meu ver, mais exato falar-se de exigencias da circulação do que de exigencias da proteção da boa fé ou genericamente de necessidades de comercio.

Na primeira parte destes estudos e depois, para passu, no seu desenvolvimento, esforcei-me por demonstrar que a exigencia economica a que correspondem os títulos de credito é a da circulação. Nem se trata de uma afirmação que tenha o merito da originalidade.

E’ essa exigencia economica que se traduz, depois, juridicamente, na disciplina dos títulos de credito.

(3) E’ obvio, realmente, que tambem nos títulos de credito não se pode esquecer a exigencia da proteção do devedor; a disciplina dos títulos de credito visa conciliar essa exigencia com a da proteção do terceiro de boa fé.

(4) A concepção não é menos generica quando, para explicar o regimen das exceções relativamente ao terceiro, se fala simplesmente de previa renuncia do devedor. E’ evidente que, postulando, por comodidade de construção, essa renuncia, introduz-se, na realidade, um *deus ex machina*, desistin-

A abstração da obrigação deve, pois, ser mantida distinta, tambem em materia cambiaria, do principio geral da proteção do possuidor de boa fé.

Consagrada no art. 21, independentemente de qualquer distinção entre os varios possuidores da cambial, a abstração deve ser acolhida como caracteristico da obrigação cambiaria, salvo o exame da influencia que pode ser exercida pela contemporanea existencia de outras e diferentes relações intercorrentes entre as mesmas partes.

9. Demonstrada a abstração da obrigação cambiaria, os autores costumam perguntar qual é, nela, a causa de que é feita abstração. Essa causa é colocada ora na relação fundamental, ora na de transmissão, ora na convenção executiva (1).

Ao que me parece, a discussão somente pode encontrar o seu esclarecimento e solução, levando-se em conta, em geral, a conexão entre a causa e o negocio juridico (2).

No negocio juridico causal a causa faz parte do negocio; é necessariamente querida pelas partes, ao quererem o negocio juridico (3).

Nos negocios abstratos essa conexão é cindida; a causa do negocio é, por isso, juridicamente fixada através de um ato de consentimento das partes (4), autonomo e distinto — a convenção executiva na terminologia cambiaria —, e somente pode consistir na função do negocio abstrato quanto à relação fundamental.

do-se de uma efetiva explicação ou construção do instituto, como já observou vigorosamente BONELLI.

(1) Cf. para as diferentes teses MESSINEO, pag. 44.

(2) Cf. mesmo antes pag. 91.

(3) E’ implicitamente dessa observação que partem os autores que reduzem a causa ao consentimento.

(4) VON TUHR, vol. III, pag. 103.



A convenção executiva constitui, portanto, um elemento constante (1), que serve justamente para a especificação e a determinação da causa, de outra forma incerta, do negocio e somente pode existir em conexão com um negocio abstrato (2).

Assim, no negocio cambiario, a causa do negocio é fixada através da convenção executiva, negocio bilateral, sendo, ao contrario, a criação da obrigação cambiaria, como veremos, um negocio juridico unilateral.

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

(1) Parece-me procedente (e com isso modifico o que escrevi na primeira edição destes estudos) a observação de que a convenção executiva pode decorrer e normalmente decorre do *negocio de entrega ou transmissão da cambial*. Cf. BONELLI, n. 38, e agora VALERI, vol. I, pag. 289, onde também se encontra o exame critico da doutrina recente sobre o assunto. Como foi acertadamente observado (VALERI, vol. I, pag. 291; FERRARA JUNIOR, pag. 305) a determinação da causa e a transmissão da cambial se verificam em função da outra e, por isso, é natural que elas se prendam num mesmo negocio.

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

Ao falarmos, ha pouco, de negocio de entrega ou transmissão, fizemos referencia, quer ao negocio em virtude do qual a cambial é posta em circulação pela primeira vez, quer aos que caracterizam a passagem sucessiva do titulo aos varios portadores (v. também VALERI, pag. 291); a plena demonstração dessa afirmação decorrerá das paginas seguintes sobre a constituição do direito cartular.

(2) Por ser o titulo abstrato é que não se lhe pode indicar a causa tipica; a causa será necessariamente diferente nos varios casos, e determinada pela convenção executiva.

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

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

Psicologicamente, negocio abstrato e convenção executiva são conexos, na vontade das partes, e é este o elemento verdadeiro da teoria de VIVANTE sobre os titulos de credito, anteriormente combatida.

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

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

E' ela a causa da cambial, causa que, naturalmente, não se identifica com a relação fundamental, mas que consiste na função que a cambial é chamada a preencher, com referencia à relação fundamental (1).

11. Afastando-me de um uso largamente seguido, referi-me à convenção executiva e não à relação fundamental, porque esta (2) adquire relevancia justamente através daquela.

E' a convenção executiva, realmente, que determina a função da cambial quanto à relação fundamental e que regula as reciprocas interferencias (3). Independentemente da mesma, não se poderia estabelecer uma conexão entre a relação fundamental e o negocio cambiario.

E' a convenção executiva (4) que determina se a cambial foi data *pro soluto* ou *pro solvendo*, com eficacia nova-

(1) BETTI, *Rivista di diritto commerciale*, 1927, I, pag. 596, fala, a proposito da relação fundamental, em causa remota, para indicar a sua distinção da verdadeira e propria causa.

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

(2) Naturalmente, faço a distinção entre a relação fundamental e a convenção executiva. Querendo, porém, denominar relação fundamental a convenção executiva, as considerações feitas no texto perdem a sua razão de ser.

(3) A distinção entre relação fundamental, convenção executiva e obrigação cambiaria encontra-se, em outros termos, também no direito inglês. Cf. SALMOND, *Law of contracts*, ed. de 1927, pag. 15.

(4) Isso, naturalmente, pressupõe que o devedor em virtude da relação fundamental (p. ex. comprador da mercadoria), não seja obrigado *por lei* a assumir a obrigação cambiaria (p. ex. a aceitar a letra de cambio). Com

dora ou não (1), como pagamento, como garantia, reforço e assim por diante (2).

No caso de, por exemplo, ter a obrigação cambiaria eficacia novadora, o credor fruirá somente da ação cambiaria. Perdido o direito a esta, por decadencia ou prescri-

efeito, quando assim fora, a função da cambial quanto à relação fundamental, seria, explicita ou implicitamente, a determinada na lei.

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

(1) Está hoje explicitamente consagrado o principio de que a novação, embora admissivel, não se presume (art. 66).

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

Uma tendencia diferente parece, no entanto, frequente no Brasil, especialmente relativamente à cambial-saque; cf. especialmente (com referencia tambem à nota promissoria) M. TORRES, *ob. cit.*, pag. 140. V., porém, LACERDA, *ob. cit.*, pag. 13 (nota) e pag. 411 e WHITAKER, pag. 32, no sentido do texto. Para um exame da jurisprudencia brasileira, MEIRA, *Prescrição e locupletamento*, *Revista Forense*, vol. XCI, p. 543. Cf. mesmo mais adiante pag. 200.

(2) A causa mais frequente é a que no texto chamei "reforço" e que geralmente se denomina "garantia". Cf. no mesmo sentido, na doutrina brasileira, WHITAKER, pag. 32; na francesa, LESCOT, vol. I, p. 197. E' a hipotese normal, regulamentada na lei cambiaria italiana pelo art. 66; isto é, a ação da relação fundamental concorre, com a cambiaria, de forma que, por exemplo, prescrita esta ultima, pode ser movida a primeira, mas "o portador somente pode exercer a ação causal depois de verificada com o protesto a falta de aceite e de pagamento e oferecendo ao devedor a restituição da cambial e depositando-a no cartorio do juiz competente, contanto que tenha preenchido as formalidades necessarias para conservar ao proprio devedor as ações de regresso que possam caber-lhe".

Naturalmente, o portador do titulo somente pode exercer a ação causal de que (independentemente do direito cartular) é o sujeito ativo. E' essa a consequencia da distincão do direito cartular do da relação fundamental. E' em relação a esse problema que, como vimos, o sistema francês é diferente, pois o credito da provisão circula conjuntamente com a cambial, sendo, portanto, qualquer titular da cambial tambem titular do credito de provisão.

A função particular, diversa nos varios casos concretos, que a cambial preenche, com referencia à relação fundamental, e que preside à disciplina do concurso das duas ações, não deve naturalmente fazer esquecer a que poderia denominar-se função típica da cambial, como, em geral, de todos os titulos de credito, justamente enquanto e porque tais, isto é, a mobilização do credito. E' esse o interesse tipico, a que sempre corresponde a criação de um titulo de credito.

ção (1), não poderá lançar mão da ação causal, que estará extinta por novação (2).

No caso, ao contrario, de não ter a obrigação cambiaria eficacia novadora, a causal subsiste. Portanto, perdido o direito à ação cambiaria, o credor pode lançar mão da causal, isso, bem entendido, apenas contra aquele que foi o sujeito da relação fundamental. Este por seu turno, pode agir, causalmente, contra aquele que é o seu devedor em virtude da relação fundamental tida com ele, e assim por diante (3).

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

Normalmente, o credor cambiario não pode exercitar a ação causal a não ser no caso de não ter sido aceita, ou espontaneamente paga, a cambial. Até então a ação causal fica paralizada; depois deste momento, ao contrario, as duas ações concorrem (4).

Não é, porém, impossivel que a convenção entre devedor e credor determine não se poder exercitar a ação cambiaria a não ser depois de verificada a falta de cumprimento da obrigação assumida com a relação fundamental (5).

12. O concurso de ações, portanto, verifica-se entre as ações cambiarias e as derivadas da relação fundamental,

(1) Si porém a obrigação cambiaria for invalida é obvio que a ação causal subsiste, por quanto a invalidade da obrigação cambiaria atinge mesmo a sua eficacia novadora ou a eficacia *pro soluto* da sua entrega.

(2) E' nestas hipoteses que surge o problema da ação de locupletamento. Cf. antes, pag. 67.

(3) Cf. antes, pag. 66.

(4) Cf. antes, pag. 120.

(5) Cf. antes, pag. 110 e LESCOT, vol. I, p. 194. Mesmo nesta hipotese o credor deve oferecer ao devedor a restituição da cambial em condições que permitam ao devedor o exercicio da ação de regresso que lhe possa caber.

mas de acordo com a disciplina fixada pelas partes na convenção executiva.

Para que se possa verificar o concurso das ações cambiarias com as derivadas da relação fundamental, é necessário que a convenção executiva o determine. E' este, aliás, o caso normal e daí a afirmação geral de um concurso de ações entre a relação cambiaria e a relação fundamental, independentemente da referencia à convenção executiva.

Mas, para nos convenceremos da verdade do principio ora examinado, basta formular a hipótese de que a obrigação cambiaria tenha eficacia novadora (isto é, que a convenção executiva determine a sua eficacia novadora) (1).

13. Podem, no entantó, tambem verificar-se hipóteses diversas.

Enquanto, em geral, o assumir a obrigação cambiaria pressupõe entre as partes uma relação obrigacional anterior, cujo objeto não é constituído pelo proprio titulo de credito (por exemplo, a venda de mercadorias para cujo pagamento é assumida a obrigação), casos ha, no entanto, em que a obrigação cambiaria não pressupõe tal relação e é assumida apenas tendo em vista a sucessiva entrega do titulo. A relação (se se quizer, fundamental) intercorrente entre as partes, neste ultimo caso, por objeto a entrega do titulo (2).

(1) Acentue-se que essa hipótese constitue nova condenação das teorias que vêm no direito cambiario o proprio direito da relação fundamental. De fato, Carnelutti parte justamente dessa hipótese, para insistir na afirmativa de que, segundo a sua tese, a cambial, embora não dando logar a um direito autonomo, dá logar a uma ação autonoma.

(2) A distinção é indiscutivelmente subtil e isso explica porque, em materia de desconto cambiario, são defendidas, com identica insistencia, teses diversas (venda e mutuo cambiariamente reforçado), sem que os partidarios de cada uma das duas teses mostrem tomar pleno conhecimento do ponto de vista dos partidarios da outra.

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

E' nessa hipótese que se fala em "venda" do titulo e pode-se nesse sentido pensar no desconto cambiario, de acordo com a feição que lhe empresta a nossa jurisprudencia, e na emissão de obrigações e de titulos da divida publica, em que essa hipótese é normal (cfr. mais adiante p. 214). Nesses casos, a obrigação é assumida para crear (ou transferir) um titulo de credito, objeto de negociações (1).

E' nessa hipótese que não existe nenhuma ação da relação fundamental que possa concorrer com a cambiaria, porque, na realidade, a relação fundamental se atém neste caso, só e diretamente, á entrega do titulo (p. ex. venda da cambial (2)).

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

b) a cambial pode, no entanto, ser vendida por um determinado preço e, a obrigação decorrente da cambial, pode, portanto, ter sido assumida tendo em vista essa operação.

No primeiro caso, quem efetuou o desconto, prescrita a ação cambiaria, pode agir *ex mutuo*; no segundo caso, não.

A jurisprudencia, em substancia, entende que no desconto cambiario se verifica normalmente, a segunda hipótese; uma parte da doutrina opta pela primeira. Cf. Cass. do Reino, 1 de julho de 1933, *Rivista di diritto commerciale*, 1934, II, pag. 152, com nota contraria de GRECO; 7 de julho de 1934, *Repertorio Foro It. verbis Effetto cambiario* n.º 116 e 167; 11 de março, 1935, *Banca, Boy. e titoli di credito*, 1935, II, 157. V. por ultimo ARENA, *Lo sconto della carta commerciale*, Milão, 1937. No direito brasileiro cf. PONTES DE MIRANDA, pag. 226.

Na pratica bancaria brasileira o nome de "desconto" se aplica somente à hipótese b), ao passo que a operação chamada "caução de titulos de credito pessoal" aproxima-se à hipótese a).

(1) A mesma hipótese se verifica na aquisição ao banco, por parte do cliente, de um cheque circular ou de um cheque do banco, pagavel em outra praça ou de um cheque em moeda estrangeira. Em todas essas hipóteses, o titulo é considerado exclusivamente sob o aspeto de uma "cousa", objeto de transações, nem ha nenhuma ação causal concorrente com a cambiaria.

(2) Ao contrario pode haver uma relação fundamental entre partes *diferentes* das que participam da transmissão do titulo.

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

E' este o fundamento do carater financeiro do desconto em sentido proprio, que pressupõe um saque (e, geralmente, um saque aceito), sacado com relação a um credito do sacador para com o sacado. O credito, neste caso, é concedido ao comerciante em relação a uma determinada operação comercial efetiva e o desconto, em substancia, serve para permitir ao comerciante a mo-

ou da debenture) e não à assunção da obrigação cartular (como p. ex. na hipótese de uma venda de mercadoria, para cujo pagamento se tenha assumido uma obrigação cambiária).

Quem se detenha a meditar sobre essa hipótese não deixará de observar que ela não encontra paralelo nos direitos causais e na mesma verã, portanto, uma nova demonstração da abstração cambiária, porque é substancialmente essa abstração que torna possível a relação fundamental ater-se só à

bilização dos créditos que ele possui contra os próprios clientes. E' por isso que — com uma função economica analoga, embora obedecendo a uma regulamentação juridica diversa — a pratica foi desenvolvendo, ao lado do desconto do saque, o das faturas comerciais (cf. mais adiante, pag. 200 os institutos especiais do direito brasileiro e português que se prendem à transformação da fatura em titulo de credito) e até o dos créditos decorrentes dos livros comerciais.

E' por isso que — posta de lado a regulamentação juridica da hipótese — a conciencia social reage vivamente contra o desconto de saques que não representam uma operação comercial real. E' por isso que a lei interveiu, às vezes, tornando obrigatorio o aceite do saque ou admitindo, no caso de saque não passível de aceite, a cessão da provisão, até em países que repelem esse instituto em carater geral, como veremos no capitulo final deste volume.

Por sua vez no “redescoto” um banco maior desconta a um banco menor o papel comercial por este descontado aos seus clientes; geralmente os institutos de emissão, limitam, em principio, a sua atividade àquela de ser “os bancos dos bancos”. A pratica do redescoto concorre para aumentar a circulação da cambial.

Distinto do acima examinado é o carater financeiro da operação de credito bancario, que tem por objeto uma nota promissoria, embora tambem nessa hipótese se fale impropriamente de desconto. Nessa hipótese, o credito é concedido ao comerciante ou ao industrial, independentemente da sua conexão com uma operação comercial determinada.

No primeiro caso, a operação bancaria visa a mobilização de um credito comercial a curto prazo; no segundo, objetiva, ao contrario, pôr à disposição do cliente disponibilidades financeiras para a gestão ou o desenvolvimento da sua empresa. E' por isso que nesse segundo caso é, comparativamente, mais frequente a exigencia de ultteriores garantias, a estipulação de um prazo longo, a entrega de notas promissórias com vencimento em branco.

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

entrega do titulo e confirma a distinção entre direitos abstratos e causais nos titulos de credito (1).

14. Nas paginas anteriores falei genericamente em obrigações cambiárias, sem distinção alguma. Não me parece, no entanto, necessario lembrar a, eventual, pluralidade das obrigações cambiárias no mesmo titulo (2) e não tenho, pois necessidade de relembrar a pluralidade das convenções executivas, das relações fundamentais e das respectivas ações causais.

Cada obrigação cambiária encontra, de fato, a sua justificação na causa determinada pela propria convenção executiva, causa que, por seu turno, implica na referencia a uma relação (fundamental) havida entre as partes.

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

Esta afirmação constitue, aliás, a logica consequencia do principio que nos serviu de ponto de partida, isto é, o do carater extra-cartular da relação causal, não podendo, por isso, as respectivas exceções ser opostas senão entre os sujeitos dessa relação (3) e não entre os que dela não participam.

(1) Cf. pag. 209, em relação à possibilidade de direitos abstratos mesmo nos titulos causais.

(2) No exame da disciplina da cambial, cabe o da solidariedade dessas obrigações. Acentue-se que através da mesma, a circulação do titulo se traduz num esforço da posição do credor, que pode contar com a solvencia de um numero cada vez maior de obrigados. E' esta a circunstancia que induz os bancos a descontar somente cambiais com duas ou mais firmas.

(3) Salvo os limites da *exceptio doli generalis* que examinaremos mais adiante.

Por isso, elas somente podem ser opostas *ao* credor (1) e *pelo* devedor que tenham participado da relação causal.

Este principio, repetimos, constitue apenas a confirmação do que anteriormente sustentamos quanto às exceções extra-cartulares, em relação à literalidade do titulo. Nem poderia ser de outra forma, dado que, a nosso ver, a abstração do titulo equivale justamente ao carater extra-cartular, que acaba, então, por ser peculiar da causa.

15. Por isso, a disciplina que já, por efeito da literalidade, vale, em todos os direitos cartulares (2), quanto às convenções extra-cartulares e as respectivas exceções (por exemplo, *pactum de non petendo*; convenção de prorrogação; convenção de juros nos sistemas e nos titulos em que esta não pode adquirir eficacia cartular, e assim por diante) vale, nos direitos cartulares abstratos, tambem quanto à convenção causal e às respectivas exceções e, portanto, (à vista do que dissemos anteriormente), quer quanto às execuções decorrentes da relação fundamental, quer quanto às que decorrem da função que a cambial devia preencher no caso concreto.

Podemos afirmar, em geral, que as exceções extra-cartulares (compreendidas, nos titulos abstratos, as causais) somente podem ser opostas *aos* (3) que e *pelos* que participaram da respectiva convenção (4).

16. E' claro que os sujeitos das varias convenções extra-cartulares, podem ser e de fato são, com frequencia, diferentes.

(1) Excetuados os limites referidos na nota anterior.

(2) Limitando o conceito de titulo de credito somente aos titulos literais. V. antes pag. 27.

(3) Salvo os limites da *exceptio doli generalis*.

(4) Convenção executiva, no caso das exceções causais; convenção de prorrogação no caso de pacto de prorrogação; convenção extra-cartular de juros, no caso de promessa de juros (quando estes não podem ser convencio-

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

Esta consequencia deriva justamente do carater extra-cartular das respectivas exceções e coordena-se com as premissas que estamos desenvolvendo (1).

nados com eficacia cartular, ao contrario do que é agora permitido, em alguns casos, pela convenção de Genebra); convenção de preenchimento, na emissão de um titulo em branco, e assim por diante.

(1) A autonomia, a abstração e a destinação a um titular indeterminado, proprias da declaração cambiaria se encontram, naturalmente, mesmo no aval. Este, portanto, não constitue a "forma" de uma "fiança" da obrigação do avalizado. Ele representa, ao contrario, uma obrigação cambiaria autonoma, que visa garantir objetivamente o pagamento da cambial ao titular desta, assumindo, o avalista, obrigação do mesmo grau (e, portanto, sujeita às mesmas normas) que a do avalizado (cf., no direito brasileiro, Sup. Trib. Fed. rec. ex. n. 5425 Revista Forense, vol. 93, p. 74). Com efeito, a validade do aval é independente daquela, intrinseca, da obrigação do avalizado (art. 37 lei cambiaria).

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

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

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

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

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