

JANEIRO-DEZEMBRO-1988
TOMO XXXV-N.º 199-204

SCIENTIA IVRIDICA



REVISTA DE DIREITO COMPARADO PORTUGUÊS E BRASILEIRO

A declaração cambiária como negócio jurídico uniteral, e a teoria da emissão

I

O presente trabalho tem por objecto a demonstração de que a qualificação do acto cambiário como negócio jurídico unilateral implica necessariamente a aceitação da teoria da emissão com o consequente repúdio da teoria da criação.

Não se demonstra a qualificação do acto cambiário como negócio jurídico unilateral: tal tarefa é de uma amplitude que merece outro e diferente trabalho.

A maioria da doutrina estrangeira, designadamente a alemã e a italiana, qualifica o acto cambiário como negócio jurídico unilateral e adopta a teoria da criação.

Em Portugal, a melhor doutrina qualifica também o acto cambiário como negócio jurídico unilateral, seguindo, contudo, a teoria da emissão.

Neste estudo, o problema é tratado, partindo da dinâmica da vontade no negócio cambiário, para se chegar à conclusão de que a teoria da criação colide com a lógica jurídica e, ao contrário do afirmado pelos seus seguidores, não protege melhor o terceiro portador de boa fé nem tutela mais eficientemente a circulação.

II

A declaração cambiária pode, em princípio, ser concebida em termos mais amplos ou mais restritos, incluindo ou não, num só acto global e complexo de vontade, além da subscrição, também a emissão.

A importância desta distinção reside em que, na concepção restrita, o acto de vontade de emitir o título, sendo exterior ao negócio cartular, se vai colocar na zona extracartular, enquanto que na concepção ampla a emissão se engloba no negócio cartular propriamente dito. A opção pela concepção restrita ou pela concepção ampla tem como consequência que, na primeira, as excepções de falta e vícios de vontade de emissão

são excepções extracartulares, enquanto que, na segunda, são excepções cartulares.

Na concepção restrita, as excepções de falta de vontade de emissão não são, pois, oponíveis aos terceiros portadores de boa fé, ao contrário do que sucede se se adoptar a concepção ampla em que, tratando-se de excepções cartulares, são elas oponíveis mesmo aos terceiros portadores.

O acto de emissão do título é acto voluntário, tanto na formulação da teoria da criação como na da emissão.

Sendo o acto de subscrição do título, tal como o acto de emissão, reconhecidos por ambas as teorias como voluntários e imputáveis aos mesmos sujeitos, importa investigar sobre se é admissível cindir e separar do negócio cartular a emissão do título, ou se se deve englobar a subscrição e a emissão, como acto complexo de vontade, num único negócio cartular.

A distinção entre a teoria da criação e a teoria da emissão reside, no fundo, nesta cisão.

A teoria da criação, na verdade, ao considerar a emissão tão só como condição de eficácia do negócio jurídico cartular, e ao remeter, em consequência, as questões, que com ela se prendam, para o domínio das relações extra-cartulares, opera uma cisão dentro da actuação voluntária do subscriptor. A teoria da emissão, ao contrário, globaliza numa só manifestação de vontade — num só negócio jurídico — a subscrição e a emissão.

A teoria da criação vem contudo a enfrentar dificuldades quanto ao enquadramento dogmático da emissão como acto de vontade.

Ascarelli, ao tratar desta matéria, e também a propósito de oponibilidade dos vícios da vontade, integra a emissão num negócio extracartular, bilateral e causal de emissão ou de transmissão — conforme se refere ao saque ou ao endosso (1).

Nesta construção, as excepções decorrentes da emissão ou da transmissão só são oponíveis entre os subscriptores do título que sejam partes nos negócios de emissão ou de transmissão, não sendo portanto oponíveis ao terceiro portador de boa fé, de acordo com o regime correspondente ao do art. 17.º da Lei Uniforme.

Considera-se, assim, salvaguardar a segurança da circulação, própria do regime dos títulos de crédito.

Ascarelli vem, contudo, a sentir dificuldade na separação completa entre o negócio cambiário — cartular e abstracto — e a emissão — extra-

(1) TULLIO ASCARELLI, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, 1943, págs. 346, 354, e 357.

actuarial e causal —, quando se trata da relevância dos vícios da vontade no negócio cambiário, e acaba por colocar nas relações de emissão e de transmissão o acento tónico do regime da oponibilidade dos vícios da vontade que inquinem o negócio cambiário.

Messineo, também seguidor da teoria da criação, vem contudo a discordar da existência dos negócios de emissão e de transmissão, afirmando que a emissão do título nada mais é que um acto material de cumprimento da convenção executiva⁽²⁾. Para Messineo, portanto, entre sacador e tomador, bem como entre endossante e endossado, não existe contrato de emissão ou de transmissão, mas sim a convenção executiva em cumprimento da qual o sacador entrega o título ao tomador e o endossante o entrega ao endossado. O acto de entrega é um acto jurídico abstracto de cumprimento.

Terá razão Messineo, ao negar a existência das convenções de emissão e de transmissão como negócios jurídicos causais extracartulares com autonomia lógico-jurídica. Não merece contudo ser aceite a integração que delas faz na convenção executiva.

As construções de Ascarelli e de Messineo são especialmente adequadas, para pôr a claro o problema lógico-jurídico, que resulta da teoria da criação, para quem veja a génese da obrigação cambiária num negócio jurídico unilateral.

É que, admitindo-se que a obrigação cambiária tem a sua origem num negócio unilateral, para se seguir a teoria da criação é necessário operar uma cisão entre a subscrição e a emissão, e atribuir natureza cartular à primeira e extracartular à segunda. Mas, posto isto, como enquadrar o acto voluntário de emissão no domínio extracartular? Ascarelli integra-o numa convenção extracartular diferente da convenção executiva; Messineo fá-la pertencer à própria convenção executiva como acto material, mas voluntário, de cumprimento⁽³⁾.

O que se vai tentar demonstrar é que a emissão do título, como acto voluntário, se não integra, como prestação devida, nem na convenção executiva, nem noutra convenção extracartular causal, mas sim no negócio jurídico cambiário unilateral e abstracto.

III

Na construção de Ascarelli, a integração do acto de emissão em convenções autónomas de emissão e de transmissão assume especial

(2) FRANCESCO MESSINEO, *Titoli di Credito*, 1934, I, págs. 165, 220 e 266.

(3) MESSINEO, *ob. cit.*, pág. 166.

importância no tratamento da matéria da oponibilidade dos vícios da vontade que inquinem o negócio cambiário e na da oponibilidade da execução de desapossamento involuntário.

Partindo do carácter extracartular atribuído às convenções de emissão e de transmissão, considera extracartular (pessoal) a excepção de desapossamento involuntário e aplica-lhe um regime correspondente ao do art. 17.º da Lei Uniforme, que a torna inoponível ao portador de boa fé que não seja parte, com o obrigado, dessas convenções (4).

O mesmo regime acaba por atribuir às excepções atinentes aos vícios da vontade que inquinem o negócio cambiário, afirmando que só são invocáveis entre os sujeitos das relações de emissão ou transmissão cuja investigação se torne necessária para apuramento da existência e natureza do vício. As excepções decorrentes da invocação de erro no negócio cartular são assim relegadas para o domínio das relações extracartulares, o de serem apenas invocáveis entre as partes da convenção extracartular a que se referem (5).

Assim se torna patente o vício lógico que está na sua base. Se existem, com autonomia lógico-conceptual e jurídica, dois negócios de natureza profundamente diferente, que são, de um lado, o negócio cartular, negócio este unilateral, abstracto e cartular, e, de outro, o contrato de emissão ou de transmissão do título tomado como negócio bilateral, causal e extracartular, se estes negócios são distintos e correspondem a declarações negociais de vontade diversas e separadas, forçoso é concluir que o erro como vício da vontade, ou a ausência da vontade, se verificam, ou num dos negócios, ou no outro, mas não simultaneamente em ambos.

Na verdade, se existem dois negócios distintos, terão também que existir duas vontades distintas, dois conteúdos distintos de vontade, e, portanto, sendo distintas as vontades, distintos não podem deixar de ser os vícios.

Para descoberta do erro como vício da vontade, incida ele sobre a formação ou sobre a declaração, o que tem que ser investigado é o processo de formação da vontade e o modo da sua declaração, o conteúdo da vontade formada e o conteúdo da declaração da vontade. Mas sempre e só no que respeita à vontade que integra e dá conteúdo ao negócio viciado.

Para a descoberta e apuramento do vício da vontade no negócio cartular, o que é preciso investigar é o conteúdo, a formação e a decla-

(4) ASCARELLI, *ob. cit.*, pág. 340.

(5) *Ob. cit.*, pág. 357.

ração da vontade que integra o negócio cartular; para a descoberta e apuramento do vício da vontade no negócio de emissão ou de transmissão, a sede da investigação tem que residir no conteúdo, na formação e na declaração da vontade que integra o negócio de emissão ou de transmissão.

A construção em análise traz implícita a negação do seu ponto de partida. Com efeito, ao fazer incidir a investigação do erro sobre o negócio de emissão ou de transmissão, ou o vício em investigação reside, não no negócio cartular, mas na convenção extracartular, ou se identificam na mesma manifestação e no mesmo conteúdo de vontade a subscrição e a emissão.

Na construção de Ascarelli, a cisão entre a vontade de subscrever e a de emitir acaba por ficar em crise, ao ser colocada sobre a vontade específica de um dos negócios a investigação dos vícios da vontade que inquinam o outro.

Só é possível evitar o vício lógico desta construção por uma de duas maneiras: ou integrando no negócio de emissão-transmissão a vontade negocial própria do negócio cartular — e estar-se-á de pleno no contractualismo repudiado por Ascarelli —, ou integrando a vontade de emissão no negócio cartular unilateral e abstracto — e estar-se-á, então, no domínio da teoria da emissão.

IV

Messineo vem discordar de Ascarelli. Para aquele autor, a *traditio* do título corresponde a um acto jurídico abstracto⁽⁶⁾ de cumprimento da convenção executiva⁽⁷⁾, da qual, como acto de cumprimento, constitui parte integrante. A *traditio* é um acto abstracto, separado da causa, que vai entroncar na convenção executiva⁽⁸⁾.

Assim, as excepções relativas ao desapossamento (*traditio*) são invocáveis apenas entre os sujeitos do negócio causal que contém a causa do desapossamento abstracto, entre os sujeitos da convenção executiva.

Consegue deste modo atingir o objectivo comum dos seguidores da teoria da criação, que é, no fundo, o de transportar para o domínio das relações extracartulares, entre outras coisas, a excepção de desapossamento involuntário.

(6) *Ob. cit.*, pág. 266.

(7) *Ob. cit.*, págs. 165-166.

(8) *Ob. cit.*, págs. 265-266.

Todavia, também neste plano as dificuldades dogmáticas se apresentam intransponíveis.

A convenção executiva é um negócio causal bilateral extracartular cujos conteúdo e função só se compreenderá bem, tendo em consideração a dinâmica da abstracção na letra.

Os negócios abstractos não são negócios sem causa, como não são também negócios com pluralidade de causas. Sem causa nenhum negócio jurídico merece protecção da lei. Os negócios abstractos não são também negócios de causa presumida, são antes negócios com causa, como todos os outros, mas em que a lei opera uma cisão entre o negócio e a causa, transportando esta, em termos de regime jurídico, para fora do negócio.

Não se pode dizer que a letra seja um negócio abstracto, porque a letra é um título e não um negócio.

A abstracção não se coloca ao nível do título, mas sim dos negócios cambiários. Abstractos são o saque, o aceite, o endosso e o aval — não a letra.

O funcionamento da letra não se põe em termos de circulação-transmissão do crédito ou do débito incorporados, da ordem ou da promessa, ou mesmo do título, mas sim em termos de mobilização de activos financeiros, indispensável ao funcionamento do comércio. Desempenha a função económico-jurídica típica de permitir que os credores utilizem os seus créditos, não já como situações jurídicas creditícias activas, integradas em relações jurídicas obrigacionais, mas como valores económicos objectivados e mobilizáveis, como bens jurídicos úteis, quase como coisas. Permitindo a mobilização dos créditos como activos financeiros e bens económicos, a letra vem facilitar o crédito e, com ele, o comércio.

Em concreto, a letra funciona como título apto a tornar mobilizáveis um número, em princípio ilimitado, de créditos de pessoas diferentes, tendo cada um desses créditos e débitos a sua origem própria e a sua causa privativa.

Subjacentes a cada negócio cambiário existem um crédito e um débito integrados numa relação jurídica própria (relação subjacente).

Subjacentes ao saque existem, pelo menos em princípio, um crédito do tomador sobre o sacador e outro deste sobre o sacado.

Subjacente a cada endosso existe um crédito do endossado sobre o endossante.

Mais exactamente, subjacente ao saque existe uma relação jurídica entre sacador e tomador; subjacente ao aceite uma relação jurídica entre sacador e aceitante; subjacente ao endosso existe uma relação jurídica entre endossante e endossado, e subjacente ao aval uma relação entre

avalista e avalizado. Subjacente a cada um dos endossos subsequentes existe mais uma relação jurídica.

Destas relações jurídicas é autonomizado, por um processo de simplificação analítica, o crédito-débito que a letra torna apto a ser mobilizado como activo financeiro, como bem económico, como coisa.

Cada uma das relações jurídicas, dos negócios ou dos créditos subjacentes aos negócios cambiários tem a sua causa e individualidade própria. Contudo, na sua mobilização permitida pela letra, o valor mobilizado, o crédito cambiário é só um. E não pode aglomerar em si tantas causas quantas as dos negócios subjacentes.

Torna-se necessário, para a mobilização dos créditos, separá-los da sua causa, criando um novo crédito abstracto que corresponda ao activo financeiro mobilizado, que vai, este sim, circular, e não os créditos subjacentes. O crédito cartular prende-se aos créditos subjacentes pela convenção executiva.

Em relação a cada um dos negócios cartulares existe uma convenção executiva que o prende à relação subjacente. A convenção executiva pode, em concreto, apresentar-se como contrato autónomo ou como uma cláusula do contrato subjacente, o que em nada lhe altera nem a natureza nem a função, que é a de fixar em que termos é acordado, entre os sujeitos da relação subjacente, que seja utilizada a letra para a mobilização de um crédito resultante dessa mesma relação subjacente ou de uma parte desse crédito. Assim, os sujeitos de qualquer relação jurídica com conteúdo patrimonial combinam que o crédito dela resultante, na sua totalidade ou em parte, actual ou futuro, já vencido ou não, seja mobilizado pelo credor, isto é, que seja utilizado o seu valor económico como activo financeiro, de certo modo e com certa finalidade, e ainda quais os efeitos que essa mobilização irá produzir sobre a relação jurídica entre si existente.

Nada obsta a que os sujeitos da relação subjacente façam entre si os acordos que entenderem quanto aos termos em que se utilizam da letra. No domínio das relações extracartulares vigora o princípio da autonomia da vontade: as partes podem fixar livremente o conteúdo da convenção, desde que não entrem na área do ilícito, e essa convenção só as vincula entre si.

As partes podem combinar que, com a subscrição da letra, o devedor fique exonerado da dívida na totalidade ou na parte equivalente ao montante da letra; podem sujeitar, ou não, o efeito de exoneração ao efectivo pagamento da letra; podem também acordar em que a letra seja subscrita pelo devedor; para que o credor mobilize o seu crédito por desconto no seu banco, e que as despesas do desconto sejam a cargo de um ou de

outro; nada os impede de convencionar que a letra seja subscrita, para que o credor a guarde em carteira, e se limite a cobrá-la, se não for pago o débito subjacente; ou que, ao contrário, só exija o pagamento da dívida subjacente em caso de não pagamento da letra; podem acordar em pagamentos parciais acompanhados da assunção de novas obrigações cambiárias de montante equivalente ao remanescente, acrescido, ou não, de juros e despesas; podem combinar que, sendo o endosso puro e simples, seja a letra utilizada como se de endosso «para cobrança» se tratasse; podem acordar em que o subscritor se obrigue pela letra, não obstante nada dever, para facilitar o desconto, mas que a outra parte actuará de modo que o subscritor não seja chamado a pagar; podem, enfim, acordar no que lhes aprouver, desde que a convenção seja lícita. Esta convenção extracartular obriga apenas aqueles que dela são partes. É frequente, por exemplo, na prática bancária, que o cliente subscreva livranças, sem indicação de data e de montante, ficando acordado (geralmente por escrito, mas nem sempre) que o banco poderá preencher a livrança de acordo com a dívida do cliente, para facilitar ou a cobrança ou o refinanciamento do banco, e ainda para poupar ao cliente as despesas de subscrição de vários títulos.

As consequências do inadimplemento destas convenções são as mesmas do incumprimento de quaisquer outras obrigações contratuais, acrescentando ao regime geral o dos artigos 10.º e 17.º da Lei Uniforme. Além dos regimes contidos nos referidos arts. 10.º e 17.º, a parte lesada, em caso de não cumprimento de uma convenção extracartular, pode optar por, em vez de recorrer aos regimes dos arts. 10.º e 17.º da Lei Uniforme, accionar o remisso e exigir-lhe a indemnização dos danos sofridos. O prejuízo resultante do incumprimento de uma convenção extracartular pode exceder o montante da letra, pois pode bem acontecer que o lesado, além de ter que pagar a letra, venha a sofrer outros prejuízos indemnizáveis, que podem ser de valor muito avultado.

Não é já violável a convenção que fixa os efeitos do negócio cambiário sobre a relação subjacente, que lhe determina o efeito *pro solvendo* ou *pro soluto*. Esta convenção produz os seus efeitos independentemente de actos concretos de cumprimento; é de efeito potestativo. Em caso de dação *pro solvendo*, só se extingue a dívida subjacente com o pagamento da dívida cambiária; em caso de dação *pro soluto*, a dívida subjacente extingue-se com a assunção da dívida cambiária.

Não é muito importante investigar se a convenção executiva abrange apenas as convenções *pro solvendo* e *pro soluto*, ou se num conceito mais amplo de convenção executiva se poderão incluir também a convenção de favor, de renovação, ou outras. Nas convenções extracartulares as

partes são obrigacionalmente responsáveis entre si pelo seu cumprimento, e do alargamento ou não do âmbito do conceito de convenção executiva nenhuma alteração de regime pode resultar. O que não se pode considerar incluído no âmbito da convenção executiva são os contratos-promessa de negócio cambiário. Estes, perfeitamente lícitos e frequentemente efectuados na prática, podem conter no seu clausulado também um contrato-promessa de convenção executiva, mas não são, em si, essa convenção.

A convenção executiva, no entanto, abrange tão só a fixação da função desempenhada pelo negócio cambiário perante a relação subjacente, o que vem a coincidir com a causa de que o negócio abstracto foi separado. A causa-função de cada um dos negócios cambiários é deles separada e fixa-se na convenção executiva; a convenção executiva, por sua vez, distingue-se das demais convenções extracartulares por ser aquela que recolhe a causa do negócio cambiário.

Torna-se assim claro que o desapossamento voluntário não pode ser qualificado como acto de cumprimento da convenção executiva. Se assim fosse, forçoso seria admitir que, no conteúdo obrigacional da convenção executiva, se encontraria a obrigação de entregar a letra já subscrita (diz-se «já subscrita», porque, se a convenção integrasse no seu conteúdo, além da obrigação de entregar, também a de subscrever, não poderia deixar de ser qualificada como contrato-promessa de negócio cambiário).

A obrigação de entregar a letra poder-se-ia, contudo, conceber de dois modos: como resultante de anterior transmissão da propriedade da letra, ou como acto de transmissão (*traditio*) produtor do efeito de transmissão da propriedade. Na primeira alternativa regressar-se-ia à construção do negócio de emissão ou de transmissão já refutada; na segunda, estar-se-ia num sistema germânico de contrato de compra e venda meramente obrigacional, em que a entrega seria a *traditio* produtora de efeitos reais.

A posição de Messineo corresponde à segunda alternativa. A propósito da tradição do título⁽⁹⁾, Messineo caracteriza a entrega como acto jurídico (não negocial), unilateral e abstracto, que encontra a sua causa na convenção executiva, e que não produz efeitos reais de per si, mas tão somente enquanto ligado a um negócio translativo bilateral (*inter vivos*) ou unilateral (*mortis causa*). Critica Ascarelli o absurdo de que a entrega possa ser considerada acto causal, e, utilizando o exemplo concreto do endosso (negócio abstracto), liga quase inseparavelmente o acto

(9) *Ob. cit.*, págs. 265 e segs.

cambiário e a entrega. Melhor se compreende a posição de Messineo, se se atentar em que ⁽¹⁰⁾ este considera a convenção executiva como causa também do negócio cambiário. Se negócio cambiário e desapossamento voluntário são ambos actos voluntários unilaterais e abstractos, que encontram (ambos) a sua causa na convenção executiva, não obstante um ter natureza negocial e outro não, seria mais razoável integrá-los no mesmo acto complexo negocial, como fazem os seguidores da teoria da emissão?

A questão é, no entanto, mais complexa, porque Messineo utiliza um conceito de convenção executiva muito mais amplo que o de Ascarelli, onde engloba também os negócios de emissão e de transmissão, aos quais, criticando Ascarelli, nega autonomia.

É assim que a convenção executiva, para Messineo, é causa do negócio cartular, como, para Ascarelli, origem do dever de entregar, incluindo no conceito de convenção executiva aquilo a que Ascarelli chama negócios de emissão e de transmissão, e causa do acto abstracto de entrega, associando a entrega ao negócio cartular, como fazem os seguidores da teoria da emissão.

De qualquer modo, o desapossamento, como acto, coloca-se em momento logicamente posterior à subscrição. Sendo a convenção executiva o negócio que dá causa ao negócio cambiário, e sendo o negócio cambiário um *prius* em relação ao desapossamento, não pode este obviamente ser acto de cumprimento da convenção executiva.

Se a convenção executiva, nesta construção, tem no seu conteúdo as obrigações de subscrever e entregar, deve ser qualificada, não como convenção executiva, mas como contrato-promessa de negócio cambiário. Se tem no seu conteúdo apenas a obrigação de entregar, tomando a letra como já subscreta, não pode então a convenção executiva dar causa ao negócio cambiário. Se tem no seu conteúdo a obrigação de entregar a letra, tomando a subscrição como acontecimento futuro, certo ou incerto, a transmissão da propriedade ou resulta do acto cambiário, ou de uma convenção extracartular. Se resulta de uma convenção extracartular, deverá ser essa convenção a conter a obrigação de entregar e a entrega será causal; se resulta do acto cambiário, a obrigação de entregar será então consequência da transmissão da propriedade e, portanto, do acto cambiário, e não já da convenção executiva.

Todo este *exercício* de lógica jurídica tem o efeito de pôr a claro o seguinte: a transmissão da propriedade do título ou constitui efeito do negócio cambiário, ou é consequência de uma convenção extracartular.

(10) *Ob. cit.*, pág. 165.

Na primeira alternativa, a obrigação de entregar resulta da transmissão de propriedade operada pelo negócio cambiário, e não da convenção executiva; na segunda, atribui-se à convenção executiva a natureza de negócio de emissão ou de transmissão, e faz-se resultar destes negócios a obrigação de entregar, tal como faz Ascarelli na formulação criticada pelo próprio Messineo.

V

A tomada de posição dos seguidores da teoria da criação não resulta de considerações de lógica jurídica, mas sim da preocupação de proteger a situação do terceiro de boa fé portador do título e, assim, a aptidão objectiva do título para a circulação.

Não vêem, contudo, que, ao contrário do insistentemente afirmado, não atingem os objectivos anunciados.

A generalidade dos autores que adoptam a teoria da criação, depois de analisarem os argumentos lógico-jurídicos apresentados pelos seguidores da teoria da emissão, nomeadamente o da revogabilidade do aceite, da possibilidade de radiação do endosso e do art. 1993.º do Código Civil italiano, acabam por optar pela criação, com a argumentação invariável de que seria excessiva violência privar o terceiro, portador de boa fé, do seu direito contra o desapossado involuntário, por facto a que é estranho e do qual não está em condições de ter conhecimento e control, e que desse modo ficaria irremediavelmente prejudicada a confiança indispensável à circulação⁽¹¹⁾.

Não têm razão. Em primeiro lugar, porque, como se viu, a sua posição não resiste a análise jurídica cuidadosa; em segundo lugar porque, como se verá, não dá melhor protecção ao terceiro portador de boa fé nem cria condições para maior confiança na circulação.

A teoria da criação não protege melhor, ao contrário do que afirmam os seus seguidores, o terceiro portador de boa fé e a circulação.

Não há dúvida de que o terceiro portador de boa fé, no sistema da teoria da criação, fica protegido contra o desapossamento involuntário de que tenha sido vítima algum dos anteriores titulares, e contra a correspondente excepção.

Não há dúvida, também, de que o terceiro portador de boa fé, nesta construção, fica completamente desprotegido, em caso de ser ele próprio desapossado do título, sem ou contra a sua vontade, e fica também impe-

(11) ASCARELLI, *ob. cit.*, pág. 337; MESSINEO, *ob. cit.*, págs. 220-221; MARIO DE FIGUEIREDO, *Caracteres Gerais dos Títulos de Crédito*, pág. 181.

dido de deduzir a correspondente excepção. Além disto fica também o terceiro portador, em caso de ser desapossado involuntariamente, na situação de ter de pagar a quem se lhe apresentar como portador legitimado, o que não acontece se for seguida a teoria da emissão.

No sistema resultante da teoria da criação, o portador tem segurança, ao receber o título por endosso, mas sofre de insegurança, enquanto o não endossar e entregar novamente, ou enquanto o não cobrar. Os seguidores da teoria da criação não têm em consideração que o terceiro portador de boa fé é ele também, em potência, um virtual desapossado involuntário, e de que, dentro da dinâmica da circulação, ele irá possivelmente reendossar a letra. A segurança da circulação não fica melhorada com a teoria da criação, ao admitir que seja possível que alguém fique obrigado contra a sua vontade.

VI

Os seguidores da teoria da criação apoiam-se também no dispositivo do art. 16.º da Lei Uniforme, retirando dele o que nele se não contém.

Partindo da irreivindicabilidade do título pelo desapossado contra o portador legitimado, concluem que este adquire a propriedade do título e, em consequência, o direito cartular que pode ser exercido contra todas as pessoas cujas assinaturas constam do título e tal como dele constam.

É certo que da irreivindicabilidade resulta logicamente que o terceiro portador legitimado é proprietário e, mais do que isso, que a propriedade do título, na circulação, não é adquirida por transmissão⁽¹²⁾. Se fosse adquirida por transmissão, não se poderia explicar o regime do art. 16.º da Lei Uniforme (*nemo plus juris...*). Se o sacador transmitisse a propriedade do título ao tomador, e o endossante ao endossado, o desapossado involuntário poderia sempre opor a todos os portadores seguintes a sua propriedade, pois que estes poderiam ter recebido a posse, mas não a propriedade de título. Se cada proprietário adquire uma propriedade autónoma da propriedade do anterior titular, não se pode deixar de aceitar que a propriedade não foi adquirida por transmissão, mas sim originariamente (no sentido que lhe dá Carnelluti). Não há pois contrato de transmissão (*Begebungsvertrag*), mas sim um acto *unilateral* de investidura na propriedade, com consequente extinção da propriedade do anterior titular.

Do regime do art. 16.º da Lei Uniforme resulta que, não obstante o desapossamento involuntário, o terceiro portador de boa fé adquire a

(12) *Ob. cit.*, pág. 268.

propriedade do título e, em consequência, o crédito cartular, mas não resulta que o desapossado tenha assumido qualquer obrigação cambiária. Do teor do art. 16.º nada consta que possa levar a essa conclusão. E não é por acaso que do art. 16.º consta que o desapossado não pode reivindicar, e não consta, como do art. 17.º, que não pode opôr-se ao pagamento.

Os seguidores da teoria da criação acabam por aplicar indevidamente ao desapossamento involuntário o regime do art. 17.º, e é por isso que se esforçam por encontrar modos de separar do negócio cambiário o acto de desapossamento, e assim afastar a excepção de desapossamento involuntário para o domínio do extracartular.

Do regime da reforma dos títulos extraviados e perdidos pode-se também tirar algumas ilações com interesse para o assunto.

Requerida a reforma e feita a publicidade necessária, ou surge o portador da letra, ou não. Se não, o título é anulado e o desapossado ou recebe um novo título ou pode usar da sentença como título. Se surge um portador, enxerta-se no processo de reforma um processo de reivindicação do título, e cabe ao requerente o ónus da prova de que o portador não está legitimado por uma série ininterrupta de endossos, ou não está de boa fé. Se o conseguir, é-lhe entregue o título, *mas também deste regime não consta que o tenha de pagar*. A reivindicação do título é sempre bem sucedida contra o desapossador, que não poderá ser considerado de boa fé.

A ilação que se retira do regime da reforma, é a seguinte: no art. 16.º da Lei Uniforme e no regime da reforma, do que se trata é da propriedade do título, de saber se o desapossado pode, ou não, recuperá-lo, mas não da questão de saber se o desapossado ficou obrigado a pagá-lo.

De nenhuma disposição da Lei Uniforme consta que o desapossado involuntário, que não possa reivindicar o título por força do art. 16.º, está obrigado a pagar a letra.

Por outro lado, ficou já demonstrado como a cisão entre os conteúdos de vontade da subscrição e da emissão (ou transmissão) e a remissão desta última para o domínio das relações extracartulares, pressuposto básico da teoria da criação, deixa a vontade de emissão sem espaço lógico-jurídico onde se integrar. A vontade de emitir o título não se consegue integrar como conteúdo da convenção executiva, nem de outra convenção extracartular, sem violentar inaceitavelmente a lógica jurídica.

Acresce que, como ficou também já demonstrado, a adopção da teoria da emissão, integrando a vontade de subscrição e a vontade de emissão (ou de transmissão) num único negócio jurídico unilateral, abstracto e cambiário, evita os mencionados problemas lógico-jurídicos,

e não prejudica nem a posição do terceiro portador de boa fé — que é até reforçada — nem a segurança, necessária à circulação.

A adopção da teoria da emissão não tem a consequência de dar ao desapossado o poder de reivindicar o título do terceiro portador de boa fé, legitimado por uma série ininterrupta de endossos, o que o art. 16.º da Lei Uniforme nega; mas dá-lhe o poder de se opôr ao pagamento, com base no art. 7.º da Lei Uniforme.

Do regime da radiação do aceite não pode deixar de resultar que o sacado se não encontra obrigado, enquanto não abre mão da letra aceite. Não se pode afirmar que, se o aceitante não estivesse já obrigado antes de se desfazer do título, a revogação não seria revogação. O argumento é falacioso, pois que só se encontra obrigado por aceite quem se não pode já livrar da obrigação, a não ser pagando a letra. Não é obrigação aquela situação em que o obrigado se pode exonerar por acto próprio diferente do cumprimento, ou, ainda mais, que o obrigado pode revogar unilateral e licitamente.

Integrada a vontade de emitir, com a vontade de subscrever, numa única e singular manifestação de vontade negocial, que é o negócio cartular, a consequência é a de que, em caso de desapossamento involuntário, não há vontade negocial completa, e não há portanto negócio cambiário. Havendo ausência absoluta de vontade, o regime de aplicar é o mesmo da coacção física e da falsificação: o do art. 7.º da Lei Uniforme.

Mesmo que assim não fosse, o negócio cambiário, em caso de desapossamento involuntário, não teria correspondência em nenhuma convenção executiva e, portanto, em nenhuma relação subjacente. O negócio cambiário abstracto, neste caso, seria negócio sem causa, insusceptível de merecer tutela jurídica.

Mais coerente seria responsabilizar o desapossado, como faz Mossa, em termos de culpa ou de risco, pela criação ou pela circulação de uma aparência de negócio cambiário. Mas a construção de Mossa não parte da concepção do acto cambiário como negócio jurídico unilateral.

Os argumentos, em que, na realidade, mais se apoia a teoria da criação, são sem dúvida o da segurança da circulação e o da tutela do terceiro possuidor de boa fé.

Cabe agora demonstrar como na teoria da emissão não são afectados nem um nem outro dos interesses referidos.

VII

A questão do desapossamento involuntário coloca-se em relação a qualquer dos intervenientes na cadeia cambiária.

O desapossado involuntário, não podendo reivindicar ou obter a reforma do título, pode, nos termos do art. 7.º da Lei Uniforme, opôr-se ao pagamento ao portador legítimo. Tal não impede, contudo, o portador credor da letra de obter de outro dos obrigados cambiários o pagamento. O portador poderá sempre obter o pagamento, pelo menos, do obrigado cambiário de quem recebeu o título. Se este for o desapossado, tal significará que o portador não é portador de boa fé, e a sua posição não é protegida. Se o desapossado for o aceitante, serão responsáveis pelo pagamento os demais subscritores até ao sacador, como se tivesse havido recusa de aceitar. Se for o sacador, a insubsistência do saque em nada afecta a subsistência do aceite, pois que cada um dos endossos tem a natureza de um novo saque. Se o for o tomador ou um endossante, pode o portador obter o pagamento de qualquer dos demais obrigados, incluindo os obrigados principais, que são o aceitante ou, em caso de falta de aceite, o sacador.

Isto nada tem de estranho, uma vez que o saque, como negócio jurídico unilateral, não integra apenas uma ordem, dirigida ao sacado, de pagar ao tomador ou à sua ordem, mas também uma promessa, dirigida ao tomador, de que o sacado irá aceitar (caso a letra seja aceitável) e pagar. O endosso, por sua vez, contém uma ordem, dirigida ao sacado, de pagar ao endossado ou à sua ordem, e uma promessa, dirigida ao endossado, de que o sacado irá aceitar e pagar, e de que, caso tal não aconteça, a letra será paga pelo sacado — ou pelo tomador ou pelos portadores subsequentes. Cada endossante se responsabiliza pela promessa unilateral, pelo pagamento da letra, comprometendo-se a pagar ele próprio, se for necessário.

Cada endossante não promete apenas que o sacado vai aceitar (se a letra for aceitável) e pagar. Assegura também que a letra é boa e sem defeitos, isto é, que as assinaturas são verdadeiras e vinculativas, que os actos cambiários nela expressos são válidos e eficazes, que os obrigados irão pagar e terão meios para o fazer; enfim, garante que a aparência corresponde à realidade. Cada um dos intervenientes da letra, ao subscrever e entregar, promete e compromete-se, assegura *que* e responde *por*.

É assim que cada um dos intervenientes na cadeia cambiária, posteriores ao desapossado involuntário, garantiu, prometeu e assegurou aos subsequentes que o desapossamento foi voluntário. Cada um recebe

essa garantia do anterior, teve-a por boa, e garantiu, por sua vez, os seguintes. E foi com essa garantia que o portador recebeu o título do anterior portador. Se o recebeu, foi porque confiou nas garantias, que lhe foram dadas por aquele de quem recebeu o título, de que este era completamente sã e sem defeitos. Cada interveniente garante e responsabiliza-se, não apenas perante o subsequente, mas perante todos os seguintes. Por isso o acto cambiário é unilateral e não contratual.

A situação não é substancialmente diferente da que resulta da falsidade de uma das assinaturas.

Daí não colher o argumento geralmente utilizado de que o desapossamento involuntário é facto de pessoas terceiras em relação ao portador, e de que este não está em condições de se defender.

O prejuízo para o portador não é maior que no caso, sempre admissível, de um dos subscritores não dispor de fundos para pagar.

Em contrapartida, a posição do terceiro portador de boa fé torna-se mais segura, uma vez que fica deste modo assegurado que, se for ele próprio desapossado, poderá opor-se ao pagamento.

O desapossado fica ainda assim prejudicado, por ter perdido o crédito cambiário, sem ter beneficiado da contrapartida.

Mas o que se deve repudiar por violentamente injusto é que o desapossado, além de perder o seu crédito sem contrapartida, o que o faz incorrer num prejuízo em princípio igual ao do montante da letra, venha ainda a ter de a pagar, com o dobro do prejuízo, eventualmente sem direito de regresso, caso seja aceitante ou sacador de letra não aceite.

O regime resultante da teoria da criação é assim objectivamente mais perigoso do que o que resulta da teoria da emissão, e portanto menos seguro para os terceiros portadores de boa fé, que, pelo facto de o serem, não deixam também de ser potenciais desapossados involuntários e, nessa condição, vítimas virtuais da própria protecção.

Tudo isto não pode deixar de trazer grande risco na circulação, produzindo o efeito contrário do que se pretende obter.

A teoria da emissão tem ainda, além das vantagens de melhor protecção dos subscritores da letra, com um prejuízo negligencial, e de mais eficiente tutela da circulação, a superioridade inegável de não colidir com a lógica jurídica.

Em termos de metodologia jurídica, torna-se patente que, enquanto os seguidores da teoria da emissão assentam o fundamental da sua argumentação em considerações de lógica jurídica e na dinâmica da vontade negocial, os sequazes da teoria da criação utilizam, para refutar a da emissão, considerações de ponderação dos interesses em confronto. Sem as conotações depreciativas com que, hoje em dia, é costume na doutrina

fazer acompanhar estas expressões, poder-se-á dizer que uns se movimentam no método da «Jurisprudência dos Conceitos» e outros no da «Jurisprudência dos Interesses». É preciso, contudo, acrescentar, por um lado, que, para que o método da Jurisprudência dos Interesses conduza a conclusões acertadas, é necessário que os interesses sejam adequadamente ponderados, e, por outro lado, que a formação dos «conceitos» da Jurisprudência dos Conceitos foi feita através de longa sedimentação de ponderação de interesses.

Neste trabalho fez-se a ponderação dos interesses e a operação das cadeias lógico-jurídicas. Chegou-se à conclusão de que, tanto dum modo como doutro, a qualificação do acto cambiário como negócio jurídico unilateral conduz necessariamente à adopção da teoria da emissão.

PEDRO PAES DE VASCONCELOS

Advogado

Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa