



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

NOS 20 ANOS DO  
CÓDIGO  
DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

HOMENAGEM AOS PROFS. DOUTORES  
A. FERRER CORREIA, ORLANDO DE CARVALHO  
E VASCO LOBO XAVIER

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS



Coimbra Editora

2007

# PLURALIDADE DE AVALES POR UM MESMO AVALIZADO E «REGRESSO» DO AVALISTA QUE PAGOU SOBRE AQUELES QUE NÃO PAGARAM

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS (\*)

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O aval e a fiança: diferença de regime e natureza. 3. A acção cambiária de aval e a acção extracambiária de fiança. 4. A relação subjacente ao aval. 5. A invocabilidade da relação subjacente. 6. A relação subjacente ao aval e a sua invocabilidade. 7. Alegação e prova das relações extracambiárias. 8. O regime da pluralidade de avals pelo mesmo avalizado. 9. Poderes do avalista que pagou em caso de pluralidade de avals pelo mesmo avalizado. 10. O recurso ao regime da fiança para regular a relação de regresso entre a pluralidade de avalistas. 11. Fundamento possível para o recurso ao regime da fiança; 11.1. Tese da aplicação directa do artigo 650.º do Código Civil e sua refutação; 11.2. Tese do preenchimento de uma lacuna no regime do artigo 32.º da LULL por analogia com o regime da fiança e sua refutação; 11.3. Tese da presunção de vigência extracambiária de uma fiança ou de uma outra relação extracambiária de solidariedade como relação subjacente à pluralidade de avals pelo mesmo avalizado. 12. Concretização.

## 1. INTRODUÇÃO

O aval, como acto cambiário, é prestado, por vezes, isoladamente, mas também o é, com frequência prestado pluralmente, isto é, por mais de um avalista.

Não se trata do caso em que, no mesmo título — letra ou livrança —, são prestados vários avals, por honra de vários intervenientes cambiários, por exemplo, pelo sacador, pelo aceitante, por um endossante, etc.

Neste estudo, tratamos do caso em que, por honra de um mesmo

---

(\*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa.

interveniente cambiário, são prestados vários avales — uma pluralidade de avales — e da posição jurídica desses plurais avalistas, uns perante os outros, no caso em que apenas um ou alguns deles, mas não todos, tenham efectuado o pagamento do aval.

Há uma tendência na jurisprudência para, neste caso de pluralidade de avales, designar como «co-avalistas» aqueles que os prestaram e, no fundo, tratar a pluralidade de avales como de um (único) aval colectivo, admitindo um direito de regresso do avalista que pagou, contra os «co-avalistas» que não pagaram. Uma vez que este regresso não encontra fundamento no artigo 32.º da Lei Uniforme sobre as Letras e Livranças (LULL), o regresso do avalista que pagou contra os outros avalistas que não pagaram é geralmente sustentado no regime da fiança, como uma responsabilidade extra-cambária.

Esta orientação parece-nos infundada. Pode ser útil dedicar-lhe alguma atenção.

Dedicamos este estudo ao Senhor Professor Doutor Ferrer Correia de cuja erudição em matéria de títulos de crédito (e tantas outras ...) sempre muito beneficiámos. Temos a certeza que o assunto o interessaria.

## 2. O AVAL E A FIANÇA: DIFERENÇA DE REGIME E NATUREZA

O aval e a fiança são duas garantias obrigacionais. Ambas têm origem negocial e função de caucionar o pagamento de obrigações <sup>(1)</sup>. Mas entre o aval e a fiança existem diferenças de regime jurídico que são inerentes a uma profunda diversidade de natureza jurídica. Não há que optar se é da diversidade de natureza que decorre a diferença de regime ou se, vice-versa, é a diferença de regime que induz a diversidade de natureza jurídica: regime e natureza são inerentes e co-determinam-se mútua e reciprocamente. Importa apreciar as diferenças de regime e de natureza jurídica.

Os regimes jurídicos do aval e da fiança constam da lei.

O regime jurídico do aval começou por constar dos artigos 304.º e segs. do Código Comercial, hoje revogados pela Lei Uniforme sobre as Letras

---

(1) JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Lições de Direito Comercial*, 2.º vol., *As Letras*, fascículo V, Lisboa, 1946, págs. 2 e segs.

e Livranças (LULL), aprovada pela Convenção de Genebra de 7 de Junho de 1930, cuja vigência no direito interno português foi determinada pelo Decreto-Lei n.º 23.721, de 29 de Março de 1934, e pelo Decreto-Lei n.º 26.556, de 30 de Abril de 1936.

Eram os seguintes os preceitos do Código Comercial sobre o aval:

Artigo 304.º

Independentemente de aceite e endosso o pagamento da letra pode ser no todo ou em parte garantido por aval.

Artigo 305.º

O aval pode ser escrito na própria letra, ou prestado em documento separado, e até por simples carta.

Artigo 306.º

O dador de aval é solidariamente adstrito às mesmas obrigações e pode usar das mesmas acções que a pessoa afiançada.

Artigo 307.º

Se não se achar declarada a pessoa por quem se dá o aval, entender-se-á, estando a letra aceita, ser pelo aceitante, e, não o estando, ser pelo sacador.

Artigo 308.º

O dador de aval que paga a letra vencida fica sub-rogado nos direitos que competiam ao portador contra a pessoa a favor de quem foi dado o aval e contra os obrigados anteriores.

Estes preceitos do Código Comercial foram revogados pela LULL que sobre o aval contém os seguintes artigos:

Artigo 30.º

O pagamento de uma letra pode ser no todo ou em parte garantido por aval.



Esta garantia é dada por um terceiro ou mesmo por um signatário da letra.

#### Artigo 31.º

O aval é escrito na própria letra ou numa folha anexa.

Exprime-se pelas palavras “bom para aval” ou por qualquer fórmula equivalente; e assinado pelo dador de aval.

O aval considera-se como o resultado da simples assinatura do dador aposta na face anterior da letra, salvo se se trata das assinaturas do sacado ou do sacador.

O aval deve indicar a pessoa por quem se dá. Na falta de indicação, entender-se-á ser pelo sacador.

#### Artigo 32.º

O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada.

A sua obrigação mantém-se, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma.

Se o dador de aval paga a letra, fica sub-rogado nos direitos emergentes da letra contra a pessoa a favor de quem foi dado o aval e contra os obrigados para com esta em virtude da letra.

A lei não define o aval e limita-se a estatuir o seu regime. Fez bem o legislador. Não cabe à lei definir institutos jurídicos (*omne definitio in jure civile periculosa est*) mas antes estabelecer o seu regime. A definição cabe à Doutrina. Doutrinariamente, o aval pode ser definido como “o negócio cambiário unilateral e abstracto que tem por conteúdo uma promessa de pagar a letra e por função a garantia desse pagamento” (2).

O aval tem uma natureza jurídica muito diferente da fiança e não pode confundir-se com ela (3). A principal diversidade de natureza consiste

---

(2) PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial — Títulos de Crédito*, AAFDL, Lisboa, 1988/89, pág. 74.

(3) Sobre a evolução doutrinária da construção jurídica do aval como fiança, pela doutrina mais antiga, anterior à Lei Uniforme, e a viragem, induzida por esta lei, para a concepção hodierna do aval como garantia cambiária autónoma, PAULO SENDIM / EVARISTO

em o aval ser um negócio jurídico *cambiário* enquanto a fiança é um negócio jurídico *extracambiário*.

Como negócio jurídico cambiário, próprio dos títulos de crédito cambiários — letra, livrança e cheque — o aval tem como características a literalidade, a autonomia, a incorporação e a abstracção.

O aval goza de literalidade. Como consta do artigo 31.º da LULL, o aval é *escrito* na própria letra (ou livrança), ou numa folha anexa. Exprime-se pelas palavras “bom para aval” ou equivalentes e tem de ser assinado pelo avalista, mas considera-se como tal a simples assinatura aposta na face da letra, desde que não seja do sacado ou do sacador. Se o aval não indicar por quem foi prestado entende-se que o foi pelo sacador. Tudo isto significa um violento predomínio do escrito sobre a vontade negocial, o que é próprio da literalidade cambiária. Diferentemente, a fiança é um negócio jurídico sujeito às regras gerais da interpretação negocial dos artigos 236.º e segs. do Código Civil, o que significa que o texto do escrito, só por si, não prevalece sobre a vontade negocial do seu autor.

O aval goza de autonomia (4). Isto significa que, ao contrário do que sucede com a fiança (cfr. artigo 627.º, n.º 2) o aval não é acessório em relação à obrigação garantida. Por isto, o aval mantém vinculado o avalista, ainda que seja nula a obrigação garantida (cfr. artigo 32.º II da LULL) ao contrário do que sucede na fiança, em que a nulidade da obrigação afiançada acarreta, em princípio, a nulidade da fiança (cfr. artigo 632.º, n.º 1, do Código Civil) (5). Em caso de pluralidade de avales pelo mesmo avalizado, cada aval é autónomo em relação aos demais. Segundo o artigo 32.º III da LULL, o avalista que paga não tem acção cambiária contra os demais avalistas pelo mesmo avalizado, ao contrário do regime da co-fiança, em que o fiador que paga tem acção de regresso contra os seus co-fiadores nos termos do artigo 649.º, n.º 1, do Código Civil.

---

MENDES, *A Natureza do Aval e a Questão da Necessidade ou não de Protesto para Accionar o Avalista do Aceitante*, Almedina, Coimbra, 1991, págs. 17-45. Na jurisprudência ver STJ 25-VII-78, *BMJ* 279, 214: “O avalista não se confunde com o fiador”; *BMJ* 30-X-79, *BMJ* 290, 434: “I — O aval e a fiança, embora com algumas finalidades, são figuras distintas, com natureza, essência e regime diversos, pelo que se a obrigação cambiária prescrever, o aval não pode subsistir e actuar como fiança, a não ser que se apurasse que o avalista se queria obrigar como fiador pelo pagamento da obrigação fundamental”.

(4) PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial — Títulos de Crédito*, cit., pág. 74.

(5) JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Lições de Direito Comercial*, 2.º vol., *As Letras*, fascículo V, cit., pág. 5.



O aval goza de incorporação. Quer isto dizer que o aval tem de ser prestado no próprio título — ou numa folha anexa (*alongue*) e não vale em documento separado. Se a folha anexa desaparecer, se perder, for destruída ou subtraída, o aval só pode ser exercido após ser reconstituído através do processo de reforma do título (cfr. artigos 1069.º e segs. do Código de Processo Civil). Sem o título onde esteja expresso, o aval não pode ser actuado. Diferentemente, a fiança pode ser, e é, na maior parte das vezes, prestada num instrumento separado daquele que titula a obrigação afiançada.

O aval goza de abstracção. A abstracção do aval, como a dos demais actos cambiários, significa que não é necessária uma causa que fundamente a vinculação dela emergente. Pode ter uma causa, assim como pode não a ter e, sobretudo a falta de causa e os vícios da causa não são, em princípio, oponíveis pelo avalista contra aquele que se apresenta a exigir o cumprimento; do mesmo modo, prescrita por exemplo a obrigação do avalista, este não responde, sem mais, como fiador<sup>(6)</sup>. Diferentemente, o fiador pode opor, além dos meios de defesa que lhe são próprios, ainda aqueles que competem ao devedor (cfr. artigo 637.º, n.º 1, do Código Civil).

Estas diferenças são pacíficas e constituem, no seu conjunto, o que é característico dos títulos de crédito cambiários, dos negócios jurídicos cambiários e das obrigações cambiárias.

### 3. A ACÇÃO CAMBIÁRIA DE AVAL E A ACÇÃO EXTRACAMBIÁRIA DE FIANÇA

I. O aval e a fiança têm semelhanças e diferenças. De semelhante têm principalmente a função económica que é a de caucionar, de garantir, o pagamento de uma dívida, de reforçar a posição do credor quanto à recuperação do seu crédito. De diferente têm o regime jurídico.

A cobrança judicial do aval e da fiança são profundamente diferentes.

O aval está expresso num título de crédito cambiário, numa letra ou numa livrança. Como tal, beneficia de um título executivo que permite que o respectivo credor entre directamente em execução, sem ter de previamente instaurar uma acção de condenação para a obtenção de uma sentença executória. Isto permite-lhe poupar vários anos de litígio judicial, com o respectivo custo e incerteza.

---

(6) STJ 6-XI-79, *BMJ* 291, 504: “Extinta a obrigação cambiária, o aval não pode transformar-se, automaticamente, em fiança da relação subjacente”.

Instaurada a execução, o exequente pode, desde logo, penhorar bens do avalista, o que o garante contra o eventual desaparecimento dos bens do devedor e constitui uma forma efficientíssima de pressão sobre o executado para que pague a dívida.

O executado pode, em oposição à execução, opor as excepções de que disponha. Independentemente de obter, ou não, a suspensão da execução durante o processamento da oposição, só pode obter o levantamento da penhora mediante a prestação de uma caução que assegure ao credor a satisfação do seu crédito.

A acção cambiária de aval é extremamente rápida e eficiente, o que satisfaz as principais exigências da natureza jurídica dos títulos de crédito: simplicidade, certeza e segurança na cobrança do direito incorporado no título.

II. Diferentemente, o beneficiário da fiança tem de propor uma acção de condenação para obter uma sentença que constitua título executivo, antes de poder mover a execução. Nesta acção, o fiador pode opor ao credor os meios de defesa que lhe poderia opor o devedor principal (cfr. artigo 637.º do Código Civil) e pode ainda excepcionar o benefício de excussão (cfr. artigo 638.º do Código Civil), salvo nas fianças mercantis (artigo 101.º do Código Comercial) e principalmente nas chamadas fianças “autónomas” (*on first demand*).

A acção comum de condenação tem uma duração muito longa e pode ser complicada por incidentes e expedientes processuais a que o fiador, frequentemente, não deixa de lançar mão para atrasar a sua condenação.

Se, no aspecto estritamente processual, a acção cambiária de aval é mais rápida e eficiente do que a acção com base na fiança, também no que respeita aos meios substantivos de defesa, a posição do avalista é muito mais fraca do que a do fiador.

#### 4. A RELAÇÃO SUBJACENTE AO AVAL

É típica do regime jurídico dos títulos de crédito cambiários, a separação entre a *relação jurídica cambiária* e a *relação jurídica subjacente*, também designada, por alguns autores, como *relação fundamental* <sup>(7)</sup>.

---

(7) JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Lições de Direito Comercial*, 2.º vol., *As Letras*, fascículo II, cit., págs. 44 e segs., MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Caracteres Gerais dos Títulos de Crédito e seu fundamento jurídico*, França Amado, Coimbra, 1919, págs. 30 e segs., FER-



Esta separação é em princípio total, embora possa, em casos muito contados e sem dúvida excepcionais, ser feita a ligação entre a relação cambiária e a relação subjacente. Constitui um desses casos o previsto no artigo 17.º da LULL (previsto a propósito do endosso) que permite, “*a contrario sensu*” que aquele contra quem é exigido o pagamento possa invocar exceções emergentes da relação subjacente (*exceptiones ex causa*) desde que a relação subjacente esteja estabelecida entre ambos. Da letra do preceito consta expresso que as pessoas accionadas em virtude de uma letra não podem opor as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor. Essas “relações pessoais”, são as relações extracambiárias (entre elas a relação subjacente) que tenham com o sacador ou com os portadores, anteriores. Mas, *a contrario sensu*, as pessoas accionadas em virtude da letra (ou de uma livrança) podem opor a quem lhe surgir a cobrar a letra as “relações pessoais” que tenha com essa mesma pessoa.

A razão de ser deste regime nem sempre é muito bem compreendida, mas não deixa de ser simples: se a pessoa accionada tiver com a pessoa que a acciona uma relação extracambiária que possa bloquear o pagamento, essa relação poderá ser invocada como excepção. Mas, compreensivelmente, a pessoa accionada não pode opor à pessoa que a acciona as relações extracambiárias que tenha com outras diferentes pessoas, porque se tratará então de “*res inter alios acta*” (8).

Daqui não resulta que a pessoa accionada possa opor quaisquer relações jurídicas que tenha com a pessoa que a acciona, mas sem dúvida não lhe pode opor nenhuma relação que tenha com terceiros.

## 5. A INVOCABILIDADE DA RELAÇÃO SUBJACENTE

Como e quando pode o obrigado cambiário opor exceções emergentes da relação subjacente (excepções extracambiárias) ao portador do título (9)?

---

RER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Reprint, Lex, Lisboa, 1994, págs. 436 e segs., OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, III, *Títulos de Crédito*, págs. 30 e segs.

(8) JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Lições de Direito Comercial*, 2.º vol., *As Letras*, fascículo II, cit., pág. 70.

(9) Sobre esta matéria, fundamentalmente, PAIS DE VASCONCELOS, *Títulos de Crédito*, cit., págs. 29 e segs.

Para mais fácil compreensão, pode exemplificar-se com a chamada *convenção* ou *pacto de favor*. É relativamente frequente que um interveniente numa letra, por exemplo, o aceitante, tenha aceite a letra sem dever qualquer quantia ao sacador, por simples razões de favor pessoal com vista a que o sacador possa melhor mobilizar a letra, normalmente por desconto bancário. Este pacto de favor tem o sentido e o efeito de bloquear a pretensão do pagamento formulada contra o aceitante (favorecente), apenas quando o pagamento seja exigido pelo próprio sacador (favorecido), mas já não tem qualquer eficácia bloqueante se invocada contra um outro portador da letra, um endossatário, normalmente o Banco que procedeu ao desconto.

É natural que assim seja. Se entre o sacador e o sacado-aceitante foi convencionado extracambiariamente (em paralelo) que o aceite é prestado apenas por favor ao sacador, sem que alguma dívida aquele tenha perante este, e que o sacador não deve cobrar a letra sobre o aceitante, então, ao exigir o pagamento, o sacador estaria a violar o pacto de favor. Se ainda assim se mantivesse a cobrabilidade do crédito cambiário — respeitando rigidamente o princípio da abstracção — o aceitante de favor (favorecente) teria de pagar a letra ao sacador mas, em contrapartida, passaria a ter contra ele uma pretensão de indemnização, por violação do pacto de favor. A indemnização, de acordo com as regras gerais, corresponderia ao valor da quantia paga ou a pagar pelo aceite e o seu valor coincidiria com o da dívida cambiária. Os dois créditos, de idêntico valor e de sinal contrário, seriam compensáveis. Perante o cruzamento de duas dívidas do mesmo valor, a pragmaticidade do direito comercial, conduziu à admissão da excepção.

É por isto que as convenções ou pactos extracambiários (a lei chama-lhes relações pessoais para distinguir das relações cambiárias) só podem ser invocados entre as respectivas partes, mais concretamente, entre intervenientes cambiários que sejam *também* partes na relação extracambiária subjacente ou fundamental cuja oposição se pretende.

Na doutrina cambiária, por simplicidade de expressão, costumam ser identificadas as relações extracambiárias e a relação subjacente ou fundamental. A identidade não é perfeita, porque o conceito de relação extracambiária é mais amplo do que o de relação subjacente ou fundamental. A relação subjacente ou fundamental é uma das possíveis relações extracambiárias, mas não as esgota. Pode haver outras relações extracambiárias para além da relação subjacente, por exemplo, a “convenção executiva”.



A relação subjacente ou fundamental, em sentido próprio, é aquela que está na origem do acto ou negócio cambiário, que o explica, que constitui o seu fundamento, a sua causa jurídica. Assim, quando o comprador aceita uma letra para pagamento do preço ao vendedor, que saca a letra, a relação subjacente é a que emerge do contrato de compra e venda. Entre o sacado-aceitante-comprador e o sacador-vendedor coexistem em simultâneo duas relações jurídicas: uma relação jurídica cambiária emergente do saque e do aceite da letra e uma relação jurídica causal (a relação subjacente) emergente do contrato de compra e venda. Estas duas relações têm regimes jurídicos diferentes, designadamente, quanto ao regime de circulação, aos prazos de prescrição, taxas de juros, vencimento, execução, etc.

A coexistência entre ambas as relações cambiária e subjacente é regulada pela *convenção executiva* <sup>(10)</sup>. É na convenção executiva que é estipulada a função da relação cambiária perante a relação subjacente. A convenção executiva é vinculativa entre as partes que a celebram e tem eficácia relativa, meramente obrigacional. Nela pode ser estipulado qual dos créditos deve ser cobrado, ou qual deles deve ser cobrado (e pago) em primeiro lugar. Se a letra for aceite com convenção extracambiária de funcionar como garantia do pagamento — convenção executiva —, o vendedor deve tentar, em primeiro lugar, cobrar o crédito do preço directamente emergente do contrato de compra e venda, e só se este não for espontaneamente pago, deve lançar mão do seu crédito cambiário, cuja cobrança é francamente mais enérgica e mais expedita. Mas pode também ser estipulado entre ambos que seja cobrado e pago, em primeira linha, o crédito cambiário e, se assim for, o vendedor deve começar por apresentar a pagamento a letra e só exigir o crédito subjacente se, por alguma razão (por exemplo, a prescrição) o não conseguir obter. Pode também, na convenção executiva ser estipulado que a assunção do débito cambiário opere a novação do débito subjacente (*in soluto*) ou, ao contrário, que não opere novação (*pro solvendo*) <sup>(11)</sup>. Em ambos os casos, a convenção executiva impede que sejam cobrados cumulativamente ambos os créditos. A convenção executiva é uma

---

<sup>(10)</sup> JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Lições de Direito Comercial*, 2.º vol., *As Letras*, fascículo II, cit., pág. 84, PAIS DE VASCONCELOS, *Títulos de Crédito*, cit., págs. 33 e segs.

<sup>(11)</sup> Segundo o artigo 840.º do Código Civil, presume-se o regime da dação em função do cumprimento (*pro solvendo*), segundo a qual o pagamento através de título de crédito, por exemplo, cheque, só extingue a dívida subjacente se e na medida em que o cheque for pago. Não obstante a presunção, este regime é muitas vezes expressamente estipulado através da cláusula “*salvo boa cobrança*”.



relação extracambiária (uma relação pessoal). A sua violação dá lugar a responsabilidade civil obrigacional e pode ser oposta, como excepção extracartular, entre os obrigados cambiários que sejam os mesmos obrigados pela convenção executiva.

Se, por exemplo, o sacador (vendedor) aparecer a cobrar a letra contra o aceitante (comprador) este pode opor-lhe, por exemplo a nulidade do contrato de compra e venda. Mas só pode opor excepções extracambiárias que existam e vigorem entre ambos. O obrigado cambiário nunca pode defender-se opondo excepções extracambiárias emergentes de relações que tenha com terceiros que não o portador que se apresenta a cobrar o título.

Para exemplificar, é muito usual o aceite de letras ou a subscrição de livranças em branco, tendo, por exemplo, como relação subjacente contratos de fornecimento ou de empreitada, ou de abertura de crédito, com um *pacto de preenchimento* <sup>(12)</sup> pelo qual é estipulado que, se for necessário cobrar a letra ou a livrança, esta deverá ser preenchida pelo valor em dívida, mas não por um valor superior. Se o portador vier a preencher o título com um valor superior ao devido, o devedor cambiário (aceitante da letra ou subscritor da livrança) poderá defender-se mediante a excepção de preenchimento abusivo, isto é da violação do pacto de preenchimento. Mas esta excepção só pode ser oposta entre aqueles que convencionaram o dito pacto de preenchimento. Se o portador que se apresenta a cobrar a letra não for o originário tomador, se for um endossatário subsequente, que não tenha sido parte na celebração do pacto de preenchimento, já não lhe poderá ser oposta a excepção de preenchimento abusivo, porque ele é terceiro em relação ao pacto de preenchimento e não está por ele vinculado.

É importante, pois, compreender bem a dualidade entre a relação cambiária e a relação subjacente, e bem assim a mediação que entre ambas é feita pela convenção executiva.

Esta dualidade, assim como a mediação da convenção executiva, são normalmente abordados pela Doutrina a propósito do saque e do aceite

---

<sup>(12)</sup> O pacto de preenchimento não é necessariamente escrito, o que constitui muitas vezes fonte de incerteza e de controvérsia. Os Bancos e Instituições Financeiras, quando beneficiam de letras ou de livranças em branco para segurança do pagamento de débitos costumam obter dos seus clientes a subscrição de “autorizações de preenchimento” onde fica estipulado as circunstâncias em que devem ser preenchidas e cobrados e os valores por que devem sê-lo, o que os defende de futuras invocações de preenchimento abusivo.

de letras, da subscrição de livranças, e do endosso de ambas. Mas não costumam suscitar interesse a propósito do aval.

## 6. A RELAÇÃO SUBJACENTE AO AVAL E A SUA INVOCABILIDADE

O aval é também um acto ou negócio cambiário como os outros. Também ele é literal, autónomo, incorporado e abstracto. Tem as mesmas características cambiárias do saque, do aceite, da subscrição e do endosso.

O aval pode ter uma relação subjacente que o fundamenta e que está na sua origem e uma convenção executiva que medeia e regula a coexistência e influência recíproca da relação cambiária e da relação subjacente.

Por vezes, diz-se que o aval não tem relação subjacente quando é prestado por favor. Mas esta afirmação não é correcta: nesse caso, a relação subjacente é a convenção de favor.

O aval pode ser prestado gratuita ou onerosamente, ou mesmo em cumprimento de uma obrigação convencional de avalizar <sup>(13)</sup>.

Subjacente ao aval pode estar uma fiança, e muitas vezes assim sucede. Mas não tem de ser assim: pode haver simplesmente um favor e este é talvez o caso mais frequente na prática. Pode ainda ocorrer algo de diverso. Subjacente ao aval pode estar uma qualquer outra relação ou convenção, e pode até nada haver, ou nada se provar. O aval é um negócio jurídico unilateral abstracto que sobrevive independentemente da existência de uma relação subjacente que lhe constitua uma causa.

A invocabilidade da relação subjacente ao aval e a respectiva convenção executiva têm o mesmo regime dos demais actos cambiários. Não há razão para que não seja assim. O regime da oponibilidade de excepções extracambiárias, de *exceptiones ex causa*, decorre da abstracção, que

---

<sup>(13)</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Títulos de Crédito*, cit., pág. 29. Não é raro que, a título de prestação acessória, os sócios de sociedades comerciais se obriguem a avalizar letras ou livranças pelas quais a sociedade se obriga perante Bancos ou fornecedores. Nestes casos, a relação subjacente que funda a prestação do aval é o complexo formado pelo contrato de sociedade, mais especificamente a respectiva cláusula que prevê a obrigação dessa prestação acessória cumulativamente com a deliberação que tenha sido tomada sobre a mesma. É frequente, também, que seja estipulado o carácter gratuito ou oneroso da prestação do aval, usualmente através de uma comissão, e ainda as condições em que a sociedade se obriga a obter a desvinculação do sócio em relação ao seu aval em caso de este sair da sociedade.



é comum a todos os actos cambiários: saque, aceite, subscrição (da livrança), endosso e aval.

As razões pelas quais alguém avaliza uma letra ou uma livrança podem ser as mais variadas. Desde o simples favor (como se aludiu já) até à obrigação de o fazer (emergente de um contrato de fornecimento, de uma abertura de crédito, de obrigações acessórias, etc.), qualquer fundamento é possível.

Também a convenção executiva pode ser de conteúdo variado. Pode ser estipulado — e assim sucede com muita frequência — que os sócios, sócios gerentes, sócios administradores — acordem com a sociedade ou com os demais sócios que serão liberados do aval se e quando deixarem de ser sócios ou gerentes ou administradores da sociedade avalizada. A sociedade avalizada obriga-se assim perante o avalista a negociar e obter, mediante outras garantias, a liberação dos avales prestados pelos que se afastarem da sociedade. Esta obrigação usualmente é uma obrigação de meios ou de diligência e não uma obrigação de resultado. A sociedade avalizada pode apenas diligenciar o que estiver ao seu alcance, e deve, sem dúvida, fazê-lo. A convenção executiva pode, porém, ser convencionada também com outras pessoas, entre elas o beneficiário do aval, por exemplo, o Banco financiador, ou outros intervenientes cambiários na letra ou livrança.

As relações extracambiárias — as chamadas relações pessoais — podem ser opostas entre os intervenientes cambiários que sejam também partes nessas mesmas relações extracambiárias. Esta é a regra geral do regime jurídico dos títulos de crédito cambiários e aplica-se, como se disse já, também ao aval.

O avalista, ao ser accionado cambiariamente para o pagamento da responsabilidade emergente do aval, pode opor ao portador que o accionar excepções fundadas em relações extracambiárias que estejam em vigor entre ambos, independentemente de se tratar da relação subjacente propriamente dita ou da convenção executiva.

## **7. ALEGAÇÃO E PROVA DAS RELAÇÕES EXTRACAMBIÁRIAS**

A relação subjacente e a convenção executiva não se presumem. Têm de ser alegadas e provadas para poderem ser tomadas em consideração.

Esta não presunção da relação subjacente e da convenção executiva é própria e mesmo inerente à abstracção do aval. A relação subjacente e a



convenção executiva constituem a causa, respectivamente a causa remota e a causa próxima do acto cambiário. A abstracção é um regime e uma natureza jurídica que prescindem da causa. A causa só é necessária, nos actos, nas obrigações e nos negócios causais. É isso o que distingue os negócios cambiários, como negócios abstractos, da relação subjacente, que é causal. Nos negócios abstractos, a causa não é necessária e não pode, em princípio, ser invocada como defesa ou como excepção, a falta de causa ou qualquer vício que a inquie.

Não há sequer uma inversão do ónus da prova, como previsto no artigo 458.º, n.º 1, do Código Civil. Este regime de inversão do ónus da prova da relação subjacente, de presunção da relação subjacente é característico do regime jurídico dos títulos de crédito causais, mas não dos títulos de crédito abstractos <sup>(14)</sup>.

O avalista que pretender invocar uma excepção fundada numa relação extracambiária contra o portador que cobra o aval, tem de alegar a existência e vigência dessa relação extracambiária, que a mesma é vigente entre ambos e ainda que algo estipulado ou emergente dessa relação extracambiária é susceptível de juridicamente bloquear a pretensão cambiária do credor.

## 8. O REGIME DA PLURALIDADE DE AVALES PELO MESMO AVALIZADO

O aval pode ser prestado isoladamente, apenas por um avalista. Mas pode sê-lo também por vários.

Os vários avalistas podem prestar aval por diversos intervenientes cambiários. Se não especificarem por qual deles o fazem presume-se que o fizeram pelo sacador (na letra) ou pelo subscritor (na livrança).

Podem ser também prestados vários avales por honra de um mesmo interveniente cambiário. Neste caso, a posição creditícia do portador fica reforçada. Este pode livremente optar entre accionar todos os avalistas conjuntamente ou apenas um ou mais do que um, conforme lhe for mais conveniente. É uma faculdade que lhe cabe e que pode exercer, em princípio, discricionariamente.

O regime da pluralidade de avales pelo mesmo avalizado, impropriamente designado por “co-aval” é diferente do regime da co-fiança.

---

<sup>(14)</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Almedina, Lisboa, 2005, págs. 339 e segs.

O artigo 32.º da LULL não permite relações cambiárias entre os chamados “co-avalistas” ao contrário do artigo 650.º do Código Civil que estabelece relações internas de regresso, em solidariedade, entre os co-fiadores.

O avalista que paga tem duas ordens de faculdades que lhe são conferidas pelo artigo 32.º da LULL: pode accionar em regresso o interveniente cambial por quem prestou o aval (o avalizado), e pode colocar-se na posição jurídica do avalizado, subrogando-se-lhe, e accionar todos aqueles que sejam perante ele responsáveis (15). Diferentemente, o fiador que pagou tem direito de regresso contra o afiançado ou, alternativamente, contra os co-fiadores.

O impropriamente chamado “co-avalista” que pagou pode cobrar a totalidade do que pagou, seja do avalizado seja dos intervenientes cambiários que são perante o avalista responsáveis; o co-fiador que pagou pode cobrar do afiançado a totalidade da quantia que tiver pago ou, alternativamente, dos co-fiadores, não já a totalidade do que pagou, mas apenas, do valor que tiver pago, o montante em que o seu pagamento exceda o quinhão que lhe cabia no regime da solidariedade.

É pacífico que o impropriamente chamado “co-avalista” que pagou não tem o poder de accionar cambiariamente os demais avalistas, não tem contra eles qualquer acção cambiária (16). O avalista que pagou está privado de acção cambiária contra os outros avalistas do mesmo modo que o avalizado que pagou não pode accionar um ou mais dos seus próprios avalistas. Seria completamente privado de sentido que o avalizado que pagou pudesse accionar em regresso algum dos seus avalistas; do mesmo modo, um avalista que tenha pago, uma vez subrogado na posição do avalizado por quem pagou, não tem acção cambiária contra qualquer dos demais avalistas do mesmo avalizado. Se assim fosse admitido, a posição jurídico-cambiária do avalista passaria a ser muito menos gravosa do que a do respectivo avalizado, que não pode accionar de regresso qualquer dos seus próprios avalistas.

## 9. PODERES DO AVALISTA QUE PAGOU EM CASO DE PLURALIDADE DE AVALES PELO MESMO AVALIZADO

Tem sido sustentado, já desde tempos anteriores à LULL, a possibilidade de o impropriamente chamado “co-avalista” que pagou accionar os

---

(15) MARNOCO E SOUZA, *Das Letras, Livranças e Cheques*, I, França Amado, Coimbra, 1905, págs. 432 e segs.

(16) JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Lições de Direito Comercial*, 2.º vol., *As Letras*, fascículo V, cit., págs. 85-86,

demais avalistas do mesmo avalizado no regime da solidariedade entre os co-fiadores, constante do Código Civil (ao tempo, do artigo 308.º do Código de Seabra).

Estas pretensões recursórias entre avalistas do mesmo avalizado não podem ter natureza cambiária. Já antes da entrada em vigor da LULL, MARNOCO E SOUZA (17), embora admitisse essa possibilidade, recusava a esta pretensão a natureza cambiária: “o direito de reembolso que pertence ao com-dador de aval que pagou a letra não é um direito de regresso, e por isso não pode de modo algum ter carácter cambiário”.

Não podemos deixar de reconhecer razão ao velho Mestre: esta pretensão de regresso solidário só poderia ter natureza cambiária se tivesse fundamento na própria lei das letras e livranças (então no Código Comercial, hoje na LULL), e não tem. O artigo 32.º da LULL é de uma clareza cristalina ao não conceder tal pretensão ao “co-avalista” que paga. Também, como bem argumenta MARNOCO E SOUZA, esta pretensão não é exigida pela dinâmica cambial: “a relação, porém, que se verifica reciprocamente entre os com-dadores de aval não tem já a mesma natureza, pois não se deduz a sua vida da letra (...). Estas relações pessoais entre os com-dadores de aval não têm influência sobre o fim que a lei cambiária se propôs conseguir, como é a segurança e rapidez do pagamento da letra”.

O recurso ao regime jurídico da fiança para regular as relações entre os avalistas do mesmo avalizado, designadamente entre o avalista que pagou e os demais avalistas do mesmo avalizado, só pode encontrar fundamento em relações extracambiárias que possam existir em vigor entre os vários avalistas do mesmo avalizado.

Mas é necessário que exista uma tal relação extracambiária que possa fundar a acção extracambiária de regresso. Uma tal relação extracambiária de regresso não existe de per si, tem de ser convencionada. A acção extracambiária de regresso entre avalistas do mesmo avalizado só pode encontrar fundamento em alguma convenção que entre eles tenha sido celebrada.

Nada obsta a que os avalistas do mesmo avalizado, ao prestarem os seus avales (ou mesmo antes ou depois de o fazerem), tenham convencionado entre si que, em caso de um deles ser chamado a honrar o seu aval, todos contribuiriam em igual valor para custear essa responsabilidade.

---

(17) MARNOCO E SOUZA, *Das Letras, Livranças e Cheques*, cit., pág. 435.



Nada impede, também que convençionem entre si uma diferente percentagem para cada um no correspondente sacrifício financeiro.

Não é inusual, quando o Banco credor (trata-se muito frequentemente de responsabilidades bancárias) exige à sociedade que aceite uma letra ou subscreva uma livrança avalizada (usual, mas não necessariamente em branco) pelos respectivos sócios, que estes convençionem entre si que a percentagem do sacrifício a suportar por cada um seja a mesma da percentagem das respectivas participações no capital da sociedade. Esta ocorrência é tão frequente, que constitui já, mesmo, uma banalidade.

Quando o nível de endividamento da sociedade perante o Banco excede o limite que o Banco considera ser o da sua capacidade de crédito (todos os clientes do Banco têm a sua capacidade e o seu limite de crédito), constitui uma prática bancária de boa prudência co-envolver os sócios da sociedade na sua responsabilidade bancária através da prestação de avals pessoais em letras ou livranças que a sociedade aceite ou subscreva em branco. Nestes casos — que, repete-se, são correntes e banais no tráfego mercantil — os sócios avalistas costumam precaver-se para o caso de o Banco portador do título executar apenas um, alguns ou todos os avalistas, acordando entre si, numa convenção pessoal extracambiária, qual o valor ou a proporção do inerente sacrifício financeiro que, nas relações entre si, cada um deles suportará. Nada obriga a que essa proporção seja em partes iguais, e é frequente a convenção da proporção da participação no capital de acordo com o velho princípio das sociedades comerciais da correspondência proporcional do investimento, com o ganho e o risco do negócio.

Porque razão — poderá perguntar-se — irá o Banco portador (ou outro portador qualquer) accionar apenas um dos avalistas e não todos eles? A razão é simples: o Banco acciona aquele de quem mais facilmente julga poder cobrar o seu crédito. Se um dos avalistas, por exemplo, tiver um património abundante e fácil de penhorar (por exemplo, depósitos no próprio Banco) ou por qualquer circunstância não lhe convier ser accionado, por exemplo, em virtude do seu estatuto social ou profissional, será mais conveniente para o Banco concentrar nesse avalista a cobrança do aval. Tudo depende das circunstâncias do caso e da conveniência do Banco.

É vulgar que o portador escolha cobrar o seu crédito sobre um apenas dos avalistas, deixando os outros incólumes.

## 10. O RECURSO AO REGIME DA FIANÇA PARA REGULAR A RELAÇÃO DE REGRESSO ENTRE A PLURALIDADE DE AVALISTAS

Há, na Jurisprudência, uma tendência antiga para recorrer ao regime da fiança para permitir ao avalista que pagou, o exercício de uma acção de regresso contra os demais avalistas do mesmo avalizado, de modo a não ter de suportar sozinho o sacrifício financeiro do aval.

Nos Tribunais existem decisões que admitem a acção extracambiária de regresso solidário entre avalistas do mesmo avalizado, com fundamento legal no regime da fiança civil, mais concretamente no artigo 650.º do Código Civil <sup>(18)</sup>.

No sumário do acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 28 de Abril de 1994 <sup>(19)</sup> pode ler-se:

I — A vontade de novar não se presume, carecendo de ser demonstrada. II — A assunção da obrigação cartular não determina a novação da obrigação subjacente — que de outra forma extinguiria a relação proveniente do negócio fundamental — a não ser que seja expressamente manifestada. III — Em regra, a emissão de uma letra ou livrança não importa novação mas apenas “datio pro solvendo” ficando a existir, além da relação subjacente cambiária destinada a tornar mais segura a satisfação do interesse do credor. IV — Os contratos de mútuo, seja qual for o seu valor, quando

---

<sup>(18)</sup> Artigo 650.º *Relação entre fiadores e subfiadores*

1 — Havendo vários fiadores, e respondendo cada um deles pela totalidade da prestação, o que tiver cumprido fica sub-rogado nos direitos do credor contra o devedor e, de harmonia com as regras das obrigações solidárias, contra os outros fiadores.

2 — Se o fiador, judicialmente demandado, cumprir integralmente a obrigação ou uma parte superior à sua quota, apesar de lhe ser lícito invocar o benefício da divisão tem o direito de reclamar dos outros as quotas deles, no que haja pago a mais, ainda que o devedor não esteja insolvente.

3 — Se o fiador podendo embora invocar o benefício da divisão, cumprir voluntariamente a obrigação nas condições previstas no número anterior, o seu regresso contra os outros fiadores só é admitido depois de executados todos os bens do devedor.

4 — Se algum dos fiadores tiver um subfiador, este não responde perante os outros fiadores, pela quota do seu afiançado que se mostre insolvente, salvo se o contrário resultar do acto da subfiança.

<sup>(19)</sup> *CJ* 1994, 2, 267.



feitos por estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular. V — A solidariedade passiva reforça a consistência do crédito, mas pode também agravar de tal modo a situação do devedor, que o seu estabelecimento só se justifica quando a lei a considere necessária ou oportuna, ou quando as partes a estipulem. VI — O aval apresenta-se essencialmente como uma fiança, aplicando-se-lhe os princípios fundamentais reguladores desta, desde que as disposições próprias da lei cambiária os não afastem de modo explícito.

Consta do sumário do acórdão do STJ de 7 de Julho de 1999 <sup>(20)</sup>:

I — O vínculo estritamente cambiário que pela livrança é titulado não pode ser estabelecido entre co-avalistas, designadamente para efeito de regresso entre eles. II — Porém, uma vez que, face à actual lei processual, a livrança é título executivo (artigo 46.º, c), do CPC, na redacção vigente), o portador podia usá-la antes do pagamento contra qualquer dos co-responsáveis, designadamente os avalistas. III — Entre estes vigoram as regras de direito comum, designadamente, as do regime jurídico da fiança.

No sumário do acórdão do STJ de 24 de Outubro de 2002 <sup>(21)</sup> pode ler-se:

I — Sendo colectivo o aval, dado por vários avalistas ao mesmo aceitante ou suscriptor de livrança, nenhum direito de regresso cabe a um avalista que pagou em relação a um seu co-avalista. II — O avalista que paga apenas fica subrogado contra o avalizado e contra os obrigados para com este nos termos cambiários. III — Para regular os direitos entre os co-avalistas há que recorrer ao direito comum e, neste, à fiança, onde se presume a comparticipação em partes iguais na dívida. IV — Provando-se que o co-avalista demandado não se vinculou a pagar a dívida para com o avalista que pagou, nada lhe pode ser exigido.

---

<sup>(20)</sup> *CJ-STJ* 1999, 3, 14.

<sup>(21)</sup> *CJ-STJ* 2002, 3, 121.

Na literatura jurídica sobre a matéria é referido por GONÇALVES DIAS (22):

“De certeza, podemos pois deduzir que entre os co-avalistas não existe um nexó cambiário, isto é, o avalista que paga não tem uma acção cambiária contra os avalistas do mesmo grau, para realizar a parte da soma que possa caber-lhe na divisão da responsabilidade. A acção cambiária só a tem contra o avalizado, a favor de quem deu o co-aval, e contra os obrigados precedentes, como vem da alínea III do artigo 32.º

O modo de regular as relações internas depende da convenção entre os co-avalistas. Se nada convencionaram, opera a regra da divisão proporcional, como vem estabelecido no artigo 845.º do Código Civil para a fiança comum”.

Também MARNOCO E SOUZA (23) adopta uma posição semelhante, concluindo, também, que “o direito de reembolso que pertence ao co-dador de aval que pagou a letra não é um direito de regresso, e por isso não pode de modo algum ter carácter cambiário”.

Além dos autores citados, que são muito antigos, a principal doutrina jurídica portuguesa — JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, MÁRIO DE FIGUEIREDO, FERRER CORREIA, FERNANDO OLAVO, OLIVEIRA ASCENSÃO, PEREIRA DE ALMEIDA, PINTO FURTADO, PAULO SENDIM e nós próprios — não alude sequer à questão.

São porém pouco satisfatórios e pouco convincentes os fundamentos jurídicos invocados como suporte, tanto das posições doutrinárias, como das decisões jurisprudenciais citadas.

## II. FUNDAMENTO POSSÍVEL PARA O RECURSO AO REGIME DA FIANÇA

Importa ensaiar e apreciar os fundamentos jurídicos possíveis para uma pretensão extracambiária de regresso do avalista que pagou contra os demais co-avalistas.

- Aplicação directa do artigo 650.º do Código Civil;
- Preenchimento de uma lacuna no regime do artigo 32.º da LULL por analogia com o regime da fiança;

(22) GONÇALVES DIAS, *Da Letra e da Livrança*, VII — 2.ª parte, Livraria Gonçalves, Coimbra, pág. 589.

(23) MARNOCO E SOUZA, *Das Letras Livranças e Cheques*, cit., pág. 434.



- Presunção de vigência extracambiária de uma fiança como relação subjacente ao aval.
- Presunção de uma regulação interna extracambiária de solidariedade entre os “co-avalistas”.

### **11.1. Tese da aplicação directa do artigo 650.º do Código Civil e sua refutação**

Existem arestos que aplicam directamente o regime do artigo 650.º do Código Civil às relações extracambiárias entre os co-avalistas, mais exactamente, entre o co-avalista que pagou e aqueles que não pagaram.

Como pode ler-se nos exemplos acima apontados, esta orientação peca, desde logo, por não fundamentar a sua tese. Aplica o artigo 650.º do Código Civil e o regime civil da fiança, como se isso fosse a mais natural das coisas, sem necessidade, sequer, de uma fundamentação. Mas não pode ser assim.

O aval é um negócio jurídico típico — legalmente típico — com um regime jurídico próprio e uma sede legal privativa, que se não confunde com a fiança. Embora tenham ambos a função de caucionar uma responsabilidade alheia, não podem ser confundidos como se de um único tipo negocial se tratasse.

Nem sequer se pode entender que o aval constitui uma espécie do género fiança, que entre ambos exista uma relação de género (fiança) e espécie (aval), de tal modo que ao aval poderia ser aplicada toda a disciplina do género, naquilo em que a espécie não disciplinasse “em especial”. Embora não falte quem entenda o aval como uma “fiança cambiária”, muito por força da redacção do velho Código Comercial, tal não permite o recurso ao regime civil da fiança para preencher de regime jurídico a relação de regresso entre “co-avalistas”, relação esta que a LULL não prevê.

Não deve deixar de se distinguir, sempre com clareza, o que é o regime jurídico cambiário do aval, com as suas características próprias de literalidade, incorporação, autonomia e abstracção, do regime extracambiário da fiança com a sua característica de subsidiariedade e causalidade. Se fosse aplicável o regime do artigo 650.º do Código Civil a uma relação de regresso entre avalistas do mesmo avalizado, tal implicaria o enxerto — um transplante — de uma parcela de regime jurídico acessório e causal no seio do demais regime jurídico literal, autónomo, incorporado e abstracto do aval. A diferente natureza jurídica não poderia deixar de implicar a rejeição do enxerto, do transplante, por incompatibilidade essen-

cial, isto é, de natureza jurídica. O corpo jurídico do aval rejeita um tal enxerto, um tal transplante. Sem essa rejeição, o aval seria um monstro jurídico, com uma dupla natureza, que numa limitada parcela de regime — da relação de regresso entre avalistas do mesmo avalizado — teria natureza acessória e causal, mantendo em tudo o mais o regime cambiário de literalidade, autonomia, incorporação e abstracção.

A diversidade de natureza jurídica entre a fiança e o aval é hoje afirmada com clareza pela mais representativa doutrina da teoria dos títulos de crédito<sup>(24)</sup>.

Além disto, é importante não olvidar que a relação entre género e espécie, em Direito, não é de pura lógica formal. A lógica jurídica, como é hoje já um adquirido indiscusso, é uma lógica material, imbuída do sentido, dos valores e das funcionalidades próprias de cada instituto jurídico.

Ora, sendo de tal modo diferentes, o sentido dirigente, os valores prosseguidos e as funcionalidades práticas do direito cambiário, em relação ao direito civil, do aval de letras e livranças em relação à fiança civil e mesmo à fiança mercantil, tais diferenças impedem que se estabeleça uma relação de género e espécie entre a fiança e o aval.

*Quando a natureza é diversa — como no caso — o género não é comum.*

É, pois, incontestável que o artigo 650.º do Código Civil não é susceptível de aplicação directa à relação de regresso entre os co-avalistas de uma letra ou de uma livrança, designadamente no caso em que apenas um (ou alguns) dos avalistas são chamados a pagar, tendo outro ou outros sido deixados incólumes pelo portador, ao cobrar a letra.

---

<sup>(24)</sup> FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Reprint, Lex, Lisboa, 1994, pág. 523: “Temos, portanto, de concluir que o aval, sendo uma garantia, não é rigorosamente uma fiança; que não pode enquadrar-se perfeitamente o aval na fiança”. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, III, *Títulos de Crédito*, Lisboa, 1992, pág. 173, conclui, a este propósito: “Por isso, nem podemos dizer que o aval é uma fiança, nem sequer, em rigor, que é uma garantia. No regime legal, funciona como uma garantia autónoma”. PEREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comercial*, 3.º vol., *Títulos de Crédito*, AAFDL, Lisboa, 1988, pág. 226, chega também à conclusão de que as diferenças de regime jurídico entre a fiança e o aval não são “apenas particularidades de regime do aval, mas, antes, que esta figura, pela sua autonomia — ou falta de subsidiariedade — tem natureza jurídica diferente da fiança”. PINTO FURTADO, *Títulos de Crédito*, Almeida, Coimbra, 2000, pág. 154, reconhece que o aval cambiário “só num ou noutro aspecto se assemelhará à fiança do direito comum”.



## 11.2. Tese do preenchimento de uma lacuna no regime do artigo 32.º da LULL por analogia com o regime da fiança e sua refutação

Refutada a aplicação directa do artigo 650.º do Código Civil à relação de regresso entre os avalistas do mesmo avalizado, cabe apreciar a hipótese de uma sua aplicação analógica <sup>(25)</sup>.

A aplicação analógica do regime do artigo 650.º do Código Civil à relação de regresso entre o avalista que pagou e os demais avalistas do mesmo avalizado, que não pagaram, pressupõe que seja previamente determinada uma lacuna no artigo 32.º da LULL.

Recordemos, pois, o teor do artigo 32.º da LULL:

### Artigo 32.º

O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada.

A sua obrigação mantém-se, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma.

Se o dador de aval paga a letra, fica sub-rogado nos direitos emergentes da letra contra a pessoa a favor de quem foi dado o aval e contra os obrigados para com esta em virtude da letra.

O transcrito preceito da LULL não prevê que o avalista que pagou tenha direito de regresso contra os demais avalistas do mesmo avalizado, que não pagaram. Poderá esta omissão ser qualificada como uma lacuna?

A doutrina geral do direito é pacífica no que respeita à determinação das lacunas. Não basta que certo preceito da lei não contenha um certo comando jurídico para que haja uma lacuna que tenha de ser colmatada. É necessário que essa omissão seja contrária ao plano do regime jurídico em que se insere ou ao sentido do instituto que lhe corresponde <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> O STJ 7-VI-99 (*CJ-STJ* 1999, 3, 14) decidiu que, embora inexistisse um vínculo cambiário entre os co-avalistas, «havendo pagamento da livrança por um dos co-avalistas, fica este subrogado nos direitos de credor contra os restantes, em termos analógicos aos estabelecidos para o regime da fiança».

<sup>(26)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, págs. 423-424.

A determinação da lacuna deve ser aferida em dois campos: no campo *dogmático*, quer dizer, no da teoria jurídica, e no campo *sinéptico*, isto é, no das consequências práticas.

No plano dogmático, o regime do artigo 32.º da LULL, tal como resulta da sua letra, sem prever relações cambiárias entre os vários avalistas de um mesmo avalizado (designadamente, sem prever que o avalista que paga possa exercer o regresso sobre os demais avalistas que não pagaram) não constitui qualquer anomalia. Pelo contrário, é harmónico com a natureza autónoma do aval, como acto ou negócio jurídico cambiário. A inexistência de relações cambiárias entre os co-avalistas constitui mesmo uma exigência da autonomia jurídico-cambiária do aval.

Cada aval prestado por cada um dos avalistas do mesmo avalizado é autónomo em relação a cada um dos avales que foram prestados por cada um dos demais avalistas desse mesmo avalizado. Os vários avales são autónomos entre si. Não há, no caso, uma pluralidade de avalistas que, em conjunto, prestam um único aval, mas sim uma pluralidade de avales prestados, cada um, pelo seu avalista.

Se houvesse um único aval, prestado conjuntamente por vários co-avalistas, em co-autoria, poderia ser necessário reger internamente as relações entre cada um dos co-autores daquele mesmo e único acto. Mas não. A LULL não prevê, em qualquer dos seus preceitos, a prestação colectiva de um único aval por uma pluralidade de pessoas. A LULL limita-se a prever o aval individual, com um único avalista, mas não impede que ocorra a prestação de vários avales, prestados individualmente cada um pelo seu avalista, e todos por honra de um mesmo avalizado, seja ele o sacador, o aceitante, ou outro.

Cada um destes avales é autónomo em si mesmo e não tem, por isso, qualquer contacto cambiário com os outros avales, individualmente prestados por outros avalistas, por honra do mesmo avalizado.

Os vários avales são autónomos e separados uns dos outros; de comum têm apenas a pessoa do avalizado. As relações jurídicas entre os avalistas são paralelas entre si, embora convergentes no avalizado. Mas não há contacto cambiário entre eles. Por isso, não prevê, a LULL, nem no artigo 32.º, nem noutro qualquer dos preceitos que a integram, uma relação cambiária entre os avalistas do mesmo avalizado.

Este regime, como se vê, nada tem de anómalo e constitui mesmo uma exigência e uma implicação inexorável na natureza autónoma e abstracta do aval, como acto ou negócio jurídico cambiário.



Podemos, pois, concluir com segurança que, no plano dogmático, de teoria jurídica, nada no artigo 32.º da LULL exige a determinação e o preenchimento de uma tal lacuna. Pelo contrário, tal procedimento seria — ele, sim — anómalo e contrário à natureza jurídica do aval.

Também no campo sinéptico — das consequências práticas — nada no artigo 32.º da LULL exige a determinação e preenchimento da aludida lacuna. A utilidade prática de um regime de distribuição entre os avalistas de um mesmo avalizado do sacrifício financeiro do cumprimento, por um deles, da obrigação emergente do aval não fica prejudicada com o regime do artigo 32.º da LULL, que nada prevê nesse sentido, uma vez que nada impede esses avalistas de convencionarem entre si o que entenderem nessa matéria, desde que o façam extracambiariamente.

Como se disse já, acima, é vulgar que os avalistas de um mesmo avalizado convencionem entre si a percentagem em que cada um participará no sacrifício financeiro de aquele, de entre eles, que venha eventualmente a ser chamado a pagar o aval. Eles sabem de antemão que, em caso de não pagamento pelo obrigado cambiário principal (aceitante ou sacador da letra, ou subscritor da livrança), o portador pode exigir o pagamento de todos eles, em conjunto, ou apenas de alguns deles, ou até apenas de um deles. Ao prestarem o aval assumem este risco e não podem deixar de contar com a possibilidade de virem a ter de o pagar. No domínio cambiário, cada um deles tem a responsabilidade total e não pode chamar os outros a partilharem com ele o correspondente sacrifício. Mas nada impede, repete-se, que convencionem entre si, no domínio extracambiário, um sistema de partilha do sacrifício financeiro do pagamento do aval, nos moldes em que aceitaram fazê-lo.

Como foi também já dito, acima, o caso mais vulgar de pluralidade de avales pelo mesmo avalizado é aquele em que um Banco exige de uma sociedade sua cliente que subscreva (normalmente em branco) uma letra ou uma livrança (ultimamente é mais forte a tendência para a livrança) avalizada por todos os sócios, ou por todos os sócios gerentes administradores, ou apenas, até, por todos os sócios ou administradores. Com isto pretende o Banco associar os sócios, gerentes ou administradores da sua cliente ao risco do negócio, com o argumento de que se os próprios sócios, gerentes ou administradores não estiverem dispostos a correr esse risco, também o Banco o não quererá suportar. Na endémica situação de subcapitalização da maioria das pequenas e médias empresas portuguesas, este sistema permite satisfazer as necessidades de financiamento que, de outro

modo dificilmente o poderiam ser <sup>(27)</sup>. Esta prática insere-se na relação de lealdade dos sócios para com a sociedade <sup>(28)</sup>.

No descrito caso de avales prestados pelos sócios da sociedade subscritora da livrança é (socialmente) típico e corresponde, de certo modo, aos usos do tráfego que os sócios avalistas convencionem entre si que, se algum deles vier a ter de pagar o aval, os outros contribuirão para o respectivo sacrifício financeiro na proporção das respectivas quotas ou partes sociais. Mas nada obriga a que assim seja.

Não é raro, quando o Banco exige o aval de todos os sócios e um deles, por exemplo, está relutante, que os outros acordem com ele e entre si que o deixarão incólume e que partilharão entre si o sacrifício financeiro do seu aval, mesmo que seja só aquele que venha a ser chamado a pagar.

Menos vulgar, embora também suceda, é que convencionem partilhar o sacrifício financeiro do aval, entre si, em partes iguais, não obstante o diferente valor das respectivas partes sociais.

Enfim, os vários avalistas de um mesmo avalizado podem convencionar entre si o que bem entenderem, dentro dos limites da autonomia privada.

Estas convenções de partilha do sacrifício financeiro do aval têm natureza extracambiária e satisfazem completamente o interesse e a vantagem ou necessidade prática de regular estas relações entre os avalistas do mesmo avalizado.

Tratando-se de convenções extracambiárias, não são oponíveis ao portador que surgir a cobrar o título e, assim não fica enfraquecida a sua cobrabilidade.

Porém, e como se vê, em nada as consequências práticas do regime do artigo 32.º da LULL, ao omitir as relações cambiárias entre os avalistas do mesmo avalizado, exigem a determinação e o preenchimento de uma lacuna como aquela, uma vez que essa necessidade ou utilidade prática é perfeitamente assegurada e satisfeita pelas convenções extracambiárias de partilha do sacrifício financeiro emergente do pagamento do aval.

---

<sup>(27)</sup> Outra prática bancária usual, neste tipo de situações, consiste em o Banco financiar directamente os sócios, através de mútuos vinculados, em que os sócios mutuários se obrigam a canalizar os fundos mutuados para a sociedade, a título de suprimentos. Esta prática não tem, todavia, interesse para o tema em apreciação.

<sup>(28)</sup> PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 324-325.



### 11.3. Tese da presunção de vigência extracambiária de uma fiança ou de uma outra relação extracambiária de solidariedade como relação subjacente à pluralidade de avales pelo mesmo avalizado

As espécies jurisprudenciais citadas nem sempre se apoiam nas teses da aplicação directa ou da aplicação analógica do regime civil da fiança às relações entre co-avalistas de um mesmo avalizado.

No TRÉvora 28-IV-94 <sup>(29)</sup> foi entendido que “VI — O aval apresenta-se essencialmente como uma fiança, aplicando-se-lhe os princípios fundamentais reguladores desta, desde que as disposições próprias da lei cambiária os não afastem de modo explícito”. No STJ 7-VII-99 <sup>(30)</sup> foi decidido que “I — O vínculo estritamente cambiário que pela livrança é titulado não pode ser estabelecido entre co-avalistas, designadamente para efeito de regresso entre eles. II — Porém, uma vez que, face à actual lei processual, a livrança é título executivo (art. 46.º, al. c), do CPC, na redacção vigente), o portador podia usá-la antes do pagamento contra qualquer dos co-responsáveis, designadamente os avalistas. III — Entre estes vigoram as regras de direito comum, designadamente, as do regime jurídico da fiança”. No STJ 24-X-2002 <sup>(31)</sup> foi julgado que: “III — Para regular os direitos entre os co-avalistas há que recorrer ao direito comum e, neste, à fiança, onde se presume a comparticipação em partes iguais na dívida. IV — Provando-se que o co-avalista demandado não se vinculou a pagar a dívida para com o avalista que pagou, nada lhe pode ser exigido”.

Estas espécies jurisprudenciais não são claras na sua fundamentação, como tem sido característico nesta matéria. Vislumbra-se nelas algo de aplicação directa, algo de aplicação especial e algo de aplicação presuntiva do regime da fiança civil. De muito claro, pode retirar-se deles apenas que o recurso ao regime da fiança não é feito a título cambiário.

No último deles — no STJ 24-X-2002 — encontra-se uma referência expressa à presunção, mas dentro do regime da fiança. Admite-se, porém, a prova do contrário, admite-se que na acção extracambiária movida pelo avalista que pagou contra outro avalista do mesmo avalizado que não

<sup>(29)</sup> CJ-STJ 1999, 2, 267.

<sup>(30)</sup> CJ-STJ 1999, 3, 14.

<sup>(31)</sup> CJ-STJ 2002, 3, 121.

pagou, este último prove que *não se vinculou para com* ele a pagar-lhe a dívida. Admite-se, pois, assim, com clareza, que, nas relações extracambiárias, possa ser feita a prova de não ter sido convencionado entre os vários avalistas de um mesmo avalizado o regime de regresso solidário da fiança civil.

Na orientação adoptada neste aresto, o avalista que pagou, ao accionar o avalista que não pagou, pode exigir-lhe extracambiariamente, em acção comum, o regresso, no regime da fiança civil; porém, o accionado pode alegar e provar que se não vinculou com ele a pagar-lhe a dívida. O regime da fiança vigora, em princípio, nas relações extracambiárias, entre os avalistas do mesmo avalizado; mas só em princípio, podendo ser afastado por diferente convenção.

Poderá, daqui, concluir-se que a orientação dominante na Jurisprudência é a de presumir, sob a ausência de uma relação cambiária, a vigência de uma relação extracambiária entre os avalistas de um mesmo avalizado com o conteúdo da fiança civil e o correspondente regime de regresso, presunção esta elidível pela alegação e prova de entre esses avalistas estar convencionado algo de diferente ou de entre eles simplesmente nada existir de convencionado? Em princípio vigorariam, entre os avalistas de um mesmo avalizado, extracambiariamente, as regras da fiança civil, com o correspondente regime de regresso, salvo prova em contrário?

Esta presunção de que, subjacente ao aval, existiria estipulada, extracambiariamente, uma fiança é, porém, contrariada pela Lei e pela Jurisprudência. Pela Lei que, no artigo 621.º, n.º 1, do Código Civil, exige que a fiança seja prestada expressamente e pela forma exigida para a obrigação principal; pela Jurisprudência que, no STJ 4-III-69 (32) decidiu:

I — A prescrição da acção cambiária não implica a extinção da obrigação subjacente; por isso, o portador de uma letra cujo direito à acção cambiária prescreveu pode demandar os intervenientes na relação fundamental, se as respectivas obrigações ainda se não houverem extinguido nos termos gerais. II — Necessita, porém, alegar e provar os factos de que tais obrigações possam resultar, não bastando, portanto, alegar que subscreveram a letra. III — O aval é uma garantia cambiária que, embora com natureza jurídica semelhante à fiança, não pode confundir-se com esta e, portanto, extinta pela prescrição a

---

(32) *BMJ* 185, 287.



obrigação cambiária, o aval não pode subsistir automaticamente como fiança. IV — Para que isso se verifique é indispensável que se alegue que, para além do aval, o avalista se quis obrigar como fiador do aceite da letra pelo pagamento resultante da relação fundamental.

Este acórdão vem trazer algo de muito importante à questão. Embora se refira directamente à problemática da prescrição do aval, ele deixa bem claro que a subsistência, como relação subjacente (ou fundamental), de uma fiança não pode ser presumida: têm de ser alegados e provados os factos de que decorre, isto é, a respectiva convenção. Não basta, pois, invocar o aval cambiário, é necessário ainda alegar e provar a fiança subjacente <sup>(33)</sup>.

Com esta correcção, compreende-se melhor qual é a construção jurídica que tem vindo a ser sedimentada, embora não sem desvios, no Supremo Tribunal de Justiça: subjacente ao aval pode haver uma fiança estipulada entre avalista e avalizado a qual, no caso de pluralidade de avals pelo mesmo avalizado, se alargaria também aos vários avalistas; mas essa fiança não se presume e tem de ser alegada e provada por quem a invocar.

Assim construída, a Jurisprudência coincide e harmoniza-se com a Doutrina, respeitando a autonomia do aval e a separação e distinção entre aval e fiança.

Mesmo que possa ser frequente a estipulação de fiança subjacente ao aval, tal não é necessário, nem sucede sempre. Uma presunção de fiança extracambiariamente subjacente ao aval sempre necessitaria de um suporte legal, que não tem. Não há qualquer preceito legal que suporte uma presunção como esta. A oneração do avalista com o encargo da alegação e o risco da prova, com o ónus da elisão da presunção seria violenta, seria injusta e, sobretudo, seria ilegal.

Onde e como fundar uma tal presunção? Seria uma presunção «*hominis*», uma presunção judicial, assente nos dados da experiência?

As presunções são ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido (artigo 349.º do Código Civil). Ou são legais, e não dispensam uma lei que a estabeleça (artigo 350.º do Código Civil), ou são judiciais, e só são admitidas nos casos e termos em que o é a prova testemunhal (artigo 351.º do Código Civil).

---

<sup>(33)</sup> Esta é também a posição expressamente defendida por OLIVEIRA ASCENSÃO, *Títulos de Crédito*, cit., pág. 175, citando em seu apoio o STJ 30-X-79, *BMJ* 290, 343.

Uma vez que não há lei que estabeleça uma presunção de fiança subjacente ao aval cambiário (mesmo que plural), não pode haver, aqui, uma presunção legal.

Restaria então a presunção judicial, mas essa não dispensa a alegação do facto e funciona apenas ao nível da prova. Uma vez alegada a existência, convencionalmente, de uma fiança, subjacente ao aval, poderia o juiz presumir a sua verificação a partir dos factos alegados e provados no processo, de acordo com a sua experiência, a sua prudência e a natureza das coisas.

Mas a alegação da existência da fiança subjacente não pode ser dispensada.

O que se deixa dito para a presunção de uma fiança extracambiária subjacente ao aval tem aplicação a outras convenções extracambiárias que tenham por conteúdo, por exemplo, o eventual direito de regresso solidário entre os vários avalistas de um mesmo avalizado, a partilha igualitária ou proporcional do sacrifício financeiro inerente ao aval ou outras congêneres. Mas não podem ser presumidas. Têm de ser alegadas e provadas por quem delas se quiser aproveitar.

A própria experiência das coisas e os tipos de comportamentos no comércio e fora do comércio, na prática dos usos, no que respeita à prestação de avales, demonstra que na sua grande maioria se trata de avales de favor, prestados por razões de amizade ou de obsequiosidade. Muitas vezes, também, são prestados pela força das circunstâncias, como no caso atrás descrito da exigência pelo Banco do aval dos sócios ou gerentes ou administradores na relação de financiamento com a sociedade. Por vezes também — e não raramente — é estipulada extracambiariamente a obrigação de prestar aval em transacções comerciais de curso permanente, como fornecimento de mercadorias ou de serviços, de conta-corrente, como prestações acessórias, etc.

Não existe uma prática que seja suficientemente típica, no trato social, ou tão mais típica do que outras também típicas, de tal modo que se possa erigir em tipo dominante, tão dominante que permita construir sobre ela uma presunção «*hominis*» ou uma presunção judicial, e muito menos uma presunção legal.

Como na boa teoria geral dos títulos de crédito, quem quiser valer-se de uma relação, ou convenção, ou excepção extracambiárias, não pode ser dispensado de a alegar e provar. É dele o ónus da alegação e da prova.

Não é, por isto, aceitável a vigência de uma presunção de que, extracambiariamente, subjacente ao aval haja uma fiança civil, ou que subjacente a uma pluralidade de avales, prestados por honra do mesmo avalizado,



tenha sido estipulado o regime de regresso solidário próprio da fiança, ou uma convenção de partilha igualitária ou proporcional do sacrifício financeiro inerente ao pagamento do aval por um dos co-avalistas, ou uma outra convenção qualquer.

Tal presunção não existe, nada se pode licitamente presumir. As convenções extracambiárias entre avalista e avalizado, ou entre avalistas de um mesmo avalizado, não podem ser tidas em conta sem que tenham sido alegadas e provadas por quem as invocar e delas quiser beneficiar.

## 12. CONCLUSÃO

Sempre que, numa letra ou numa livrança, houver a prestação de uma pluralidade de avals prestados por garantia de um mesmo interveniente cambiário, cada um dos avals é autónomo em relação aos demais. Não deve confundir-se esta pluralidade de avals com a prestação de um único aval, colectivamente, em co-autoria, por vários co-avalistas.

A Lei Uniforme, no artigo 32.º, não admite relações cambiárias entre os vários avalistas em caso de pluralidade de avals por um mesmo avalizado. Mas tal não impede que, entre a pluralidade de avalistas, existam relações extracambiárias. Estas relações extracambiárias não são oponíveis ao portador que cobra o título, mas são oponíveis entre aqueles que delas forem partes.

É frequente, por exemplo, na concessão de crédito a sociedades comerciais, principalmente por parte de Bancos, e exigência da prestação de avals pelos sócios, ou pelos gerentes da sociedade mutuária em letras ou livranças subscritas em branco, com pacto de preenchimento.

Quando a sociedade não paga, a letra (ou livrança) é executada. Esta execução nem sempre é movida contra todos os avalistas. Por vezes, é executado apenas um (ou alguns) deles, mas não todos, conforme a sua melhor conveniência.

O avalista que for executado e pagar tem acção cambiária de regresso, conforme o artigo 32.º da Lei Uniforme, contra o avalizado e ainda contra todos aqueles intervenientes cambiários contra quem o avalizado tenha acção cambiária. Mas não tem acção cambiária contra os demais avalistas que não pagaram.

Só extracambiariamente o avalista que pagou pode accionar os demais avalistas do mesmo avalizado que não tiverem pago. Para tanto tem de alegar e provar a relação extracambiária em que fundamenta a sua pretensão.

Estas relações extracambiárias são frequentes, embora só raramente sejam escritas, o que dificulta a sua prova.

É vulgar que os sócios da sociedade, ao prestarem os seus avals, acordem entre si — mesmo apenas tacitamente — a partilha do sacrifício financeiro inerente ao aval. Frequentemente combinam que cada um suportará aquele custo, na proporção da sua quota e, quando assim for, o avalista que tiver pago poderá exigir dos demais as respectivas quotas-partes de tudo que houver pago, nessa mesma proporção. Não é raro acordarem a partilha do sacrifício financeiro em partes iguais. Sucede até, por vezes, que, quando um dos sócios está relutante quanto à prestação do seu aval, que os demais o desobriguem dessa responsabilidade, casos em que este não poderá ser accionado extracambiariamente e, se tiver sido ele a pagar o aval, poderá exigir dos demais o custeio de tudo quanto tiver dispendido.

A relação extracambiária não se presume e o seu conteúdo pode ser vário. Não é necessariamente uma livrança (que teria de ser expressa e formal). Pode ser celebrada entre apenas alguns dos avalistas, e pode incluir outras pessoas para além deles. Pode mesmo não existir qualquer relação extracambiária, o que é permitido pelo carácter abstracto do aval.

O ónus da prova da relação extracambiária é, nos termos gerais, de quem a invoca.