



A FIANÇA
NO
DIREITO COMMERCIAL

A FIANÇA

NO

DIREITO COMMERCIAL

POR

JOSÉ TAVARES



COIMBRA

TYPOGRAPHIA FRANÇA AMADO

1896



BIBLIOTECA DA RELAÇÃO

DE LOURENÇO MARQUES R.E. 222

AO

ILLUSTRISSIMO E EXCELLENTISSIMO SENHOR

Dr. José Joaquim Fernandes Vaz

Dignissimo Cathedratico da Faculdade de Direito

HOMENAGEM

DO

Auctor.

DISSERTAÇÃO

PARA

A CADEIRA DE DIREITO COMMERCIAL

DA

FACULDADE DE DIREITO

(4.º anno)

PELO

ALUMNO N.º 56

JOSÉ TAVARES

Coimbra, 30 de Maio de 1896.

Argumento:

Quando é que a fiança pode ser considerada commercial?

Confronto da nossa lei commercial com a d'outros paizes sobre o assumpto.

Analogias e differenças entre a fiança commercial e o aval em letras: capacidade, constituição, obrigações, direitos e acções a que dão logar, modalidades na execução, solidariiedade, extinctão, etc.

INTRODUÇÃO

SUMMARIO.—1. Necessidade do instituto juridico da fiança.—
2. Sua consagração historica.—3. Importancia da determinação legal do conceito civil ou commercial d'este instituto.—
4. A fiança cambiaria ou aval.—5. Valor da fiança, como instituto de credito pessoal.—6. Plano do nosso estudo.

1.—Incapaz de prover por si só á satisfação das suas condições de existencia e desenvolvimento no meio social, o homem vê-se constantemente obrigado a estabelecer relações juridicas com os seus semelhantes, celebrando actos e contractos de que derivam direitos e obrigações, cuja garantia se torna necessaria e se effectua historicamente por meios juridicos cada vez mais variados e completos¹.

Da necessidade d'esta garantia resultou logica e racionalmente o instituto juridico da fiança.

A fiança, na sua accepção mais generica, ou caução, comprehende a garantia de todos os actos e contractos juridicos, prestada pelo proprio obrigado ou por um terceiro, mediante a sua

¹ *A pratica extrajudicial e o tabelliado*, pag. 27.

responsabilidade pessoal, ou pela constituição de penhor ou hypotheca sobre certos e determinados bens do seu patrimonio. N'este sentido, o instituto da fiança é commum ao direito civil e commercial, ao direito administrativo e ao direito criminal: pertence ao direito civil e commercial, quando affirma a garantia do cumprimento das obrigações que resultam dos actos e contractos celebrados entre os particulares, entre as pessoas collectivas ou entre estas e os particulares, em questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes; pertence ao direito administrativo, quando exprime a garantia que certos funcionarios publicos são obrigados a prestar por meio de consignação de dinheiros ou valores equivalentes, ou pela constituição de penhor ou hypotheca, para assegurar a fidelidade do exercicio das suas funcções e a indemnisação dos prejuizos que n'esta qualidade possam vir a causar; e pertence, emfim, ao direito criminal, quando se destina a conceder a liberdade provisoria aos presumidos criminosos, garantindo a sua presença em juizo, quando fôr necessaria.

Não é, porém, sob tão vasto conceito que nós temos de encarar aqui o instituto da fiança.

A fiança, no seu sentido proprio, pertence á classe dos contractos chamados de garantia, e cuja funcção, necessaria ao desenvolvimento normal do credito, é assegurar o cumprimento das obrigações pela intervenção d'um terceiro, que acrescenta

uma segurança especial aos direitos ordinarios do credor ¹.

A função de garantia desempenhada pela fiança consiste no compromisso pessoal d'um terceiro, que assegura o cumprimento da obrigação do devedor, promettendo cumprir, se necessario fôr, a prestação devida. E' uma garantia pessoal, cuja efficacia depende da lealdade e solvabilidade do fiador, que responde pelo seu compromisso sobre todos os seus bens; e distingue-se da caução real, porque n'esta se obriga o proprio devedor, ou um terceiro, não pessoalmente, mas offerecendo a garantia da prestação em certos e determinados bens mediante a constituição de penhor, deposito, consignação ou hypotheca.

Comparada com a garantia das cauções reaes, a fiança tem a vantagem de ser mais simples no seu mecanismo e mais prompta nos seus resultados. Garantido por um fiador perfeitamente idoneo, o credor não terá de passar nem pelas formalidades complicadas a que estão sujeitas a aquisição e a conservação do direito hypothecario nem pelas demoras e incertezas d'um processo d'execução.

Principalmente com a expansão enorme do direito commercial moderno, que se infiltra atravez de todas as camadas sociaes, a fiança é a garantia mais commum e quasi sempre a unica possivel,

¹ Código civil, art. 818.^o

porque só ella se harmonisa pela sua simplicidade com as exigencias de celeridade do moderno industrialismo.

2.—Mas como se estas reflexões, aliás filhas da observação dos factos, não bastassem para justificar as excellencias do instituto da fiança, a confirmal-as vem a evolução historica do direito, para demonstrar mais uma vez que o conceptualismo philosophico, embora o mais racional, não é positivamente scientifico quando não concorda, ou pelo menos, não explica as leis resultantes do determinismo historico.

No antigo direito grego, para que um contracto se julgasse legalmente constituido e obrigatorio, não bastava o accordo de duas vontades; era necessario em geral que um terceiro interviesse como fiador. A fiança, que no direito moderno é apenas um contracto accessorio, era então um elemento intrinseco do contracto principal. O direito posterior, sobretudo em Athenas, foi um pouco menos rigoroso, mas o principio subsistiu; qualquer que fosse a natureza dos contractos, com elles apparecia quasi sempre ligada a garantia da fiança. E o rigorismo do instituto da fiança no direito grego chegava ao ponto de subrogar o fiador na obrigação do afiançado, até mesmo na fiança criminal, de tal modo que se a um presumido

criminoso era concedida a liberdade provisória mediante a fiança, o fiador ficava sujeito á mesma pena que o afiançado deveria cumprir, se este conseguia subtrahir-se á acção da justiça ¹.

D'um uso muito frequente em Roma, onde a organização do credito real foi sempre muito imperfeita, a fiança assume formas muito differentes na evolução historica do direito romano, formas tendentes a adaptar o instituto á variedade e complexidade crescentes das relações juridicas, chegando mesmo a estabelecer-se a solidariedade dos comfiadores ².

Do direito romano passou o instituto da fiança para o antigo direito germanico e franco, transformando-se e assumindo ainda diversas formas, pelo que respeita á sua constituição e effeitos, atravez da evolução social e juridica da idade média até á elaboração scientifica do direito moderno ³. Todos os codigos civis da actualidade

¹ Darest, *Étude d'histoire du droit*, pag. 13.

² As differentes formas da fiança no direito romano podem ver-se em: Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, pag. 345 e seg., 546 e seg., 775 e seg.; Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, pag. 427 e seg.; Gérardin, *Étude sur la solidarité*, passim; Ortolan, *Explication historique des Institutes de Justinien*, t. III, n.ºs 1384 e seg., 1563 e seg.; Darest, *Étude d'histoire du droit*, pag. 13, 113.

³ Pode ver-se a evolução da fiança em: Ferrière, *Dictionnaire pratique*, v.º «Caution»; Esmein, *Étude sur les contrats dans le très ancien droit français*, pag. 69, 74 e seg., 100 e seg., 115 a 149; Fournier, *Le cautionnement solidaire*, pag. 11; Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, t. II, p. 345 e seg., e 546.

e alguns codigos commerciaes, lhe destinam uma secção especial, em que se regula a sua natureza e forma, a sua constituição, os seus effeitos e a sua extincção, garantindo os direitos e obrigações que derivam das relações reciprocas entre as tres entidades, credor, devedor e fiador.

3.—Mas o nosso Codigo commercial, seguindo o allemão e o italiano, contra o systema do nosso antigo codigo, de Ferreira Borges, não consagrou á fiança uma secção ou um capitulo especial; este facto, que á primeira vista pode parecer um contrasenso, pois que sem duvida é no direito commercial, ou antes, industrial, que o instituto da fiança derrama mais abundantemente os seus beneficos effeitos, tem de resto uma explicação evidente na historia dos nossos codigos.

E foi este systema ambiguo e porventura (?) incoherente, adoptado pelo nosso codigo commercial, que dá logar á pergunta cheia de duvidas e incertezas, sobre a qual se dividem as opiniões auctorizadas da escola italiana, e que constitue a primeira parte da nossa dissertação: *Quando é que a fiança pode ser considerada commercial?*

E comprehende-se bem o interesse e alcance da questão. Tanto basta para isso lembrarmo-nos de que se trata precisamente de fazer uma applicação theorica e pratica da notavel theoria dos actos

de commercio, sobre a qual ainda não chegaram a accordo nem economistas, nem jurisconsultos, nem legisladores.

Mas para nós o que mais importa n'este trabalho é o lado pratico da questão, pois nos parece ser isso que elle pede—a determinação legal das condições em que a fiança pode ser um acto de commercio, ou seja, a commercialidade da fiança no direito commercial positivo, especialmente segundo o novo Código commercial portuguez.

E seguramente que sob este aspecto pratico e legal não tem a questão relativamente menor importancia; é mesmo indispensavel dar-lhe uma solução positiva, porque se trata em ultima analyse d'uma questão de competencia dos tribunaes civis e commerciaes. E a solução do problema é tanto mais indispensavel quanto é certo que o legislador portuguez, seguindo de resto o systema de quasi todas as legislações modernas, fez uma applicação erronea do principio da differenciação organica dos tribunaes conforme a differenciação da função juridica, attribuindo a duas categorias de tribunaes o julgamento das questões emergentes do direito contractual economico. O legislador portuguez instituiu duas classes de tribunaes para a applicação das leis do chamado direito privado, os tribunaes civis e os tribunaes commerciaes, attribuindo aos primeiros o julgamento das questões emergentes

dos actos juridicos de character civil, e aos segundos o julgamento das questões emergentes dos actos juridicos de character commercial.

Torna-se pois absolutamente indispensavel, visto que o nosso codigo não quiz ser claro, determinar os casos em que elle considera a fiança um acto de commercio; e só depois de resolver esta questão podemos fixar a competencia dos tribunaes relativamente á fiança: se ella é um acto civil, o julgamento das questões a que der logar pertence aos tribunaes civis; quando, pelo contrario, ella fôr um acto de commercio, aquelle julgamento pertencerá aos tribunaes commerciaes.

Na Italia, a questão ainda não está definitivamente resolvida, e, como já dissémos, dividem-se em dois campos oppostos as mais auctorisadas opiniões, se bem que nos parece ser n'este ponto o codigo italiano mais claro que o nosso; e o certo é tambem que na Italia a questão perdeu parte do seu valor desde que foram supprimidos os tribunaes de commercio.

Na Allemanha a questão foi resolvida pelo proprio codigo commercial.

Entre nós, pelo menos que nos conste, o problema não tem sido discutido na imprensa juridica nem tratado nos livros de jurisprudencia.

Conhecemos apenas a opinião do sr. Dr. Dias da Silva, exposta por sua ex.^a ao curso de direito commercial, no anno lectivo de 1891-92.

Parece-nos que essa opinião é também a do nosso illustre professor sr. Dr. Fernandes Vaz. Talvez que ella seja a mais razoavel, mas permitam-nos tão eminentes auctoridades a audacia de sustentarmos uma solução differente.

4.—Transportada para o direito cambiario, a fiança reveste um caracter especial, e assume uma feição interessantissima no campo especulativo, e fecunda em resultados praticos, constituindo um instituto da letra de cambio, que largamente concorre para a circulação d'este titulo de credito pela garantia prompta e efficaz do seu pagamento.

A fiança, adaptando as suas condições á simplicidade rigorosa e ás necessidades particulares do direito cambiario, toma o nome de *aval*, e, conservando embora os elementos intrinsecos da sua natureza juridica, apresenta caracteres differenciaes, principalmente pelo que respeita á sua forma e aos seus effeitos.

Discriminar essas diversas modalidades da fiança commercial generica e da fiança cambiaria ou aval, é um dever dos que cultivam o estudo do direito e uma grande utilidade para todos os que praticam actos de commercio, e especialmente para os commerciantes, tanto mais quanto é certo que a materia está cheia de difficuldades, pois que as divergencias se debatem entre os jurisconsultos,

apparecem nas legislações dos diversos paizes, e reflectem-se nas decisões da jurisprudencia.

5.—A sciencia economica e a philosophia juridico-moral teem discutido com enthusiasmo o valor relativo do credito pessoal, baseado na confiança que merecem as qualidades pessoas da pessoa que se obriga, e do credito real, fundado sobre a consignação, deposito, penhor ou hypotheca de certos e determinados bens.

Em nome do maior grau de confiança, sustentam muitos economistas e jurisconsultos a superioridade moral e a preferencia juridica do credito pessoal, affirmando ser elle o que subministra trabalho e meios de vida á intelligencia e probidade desfavorecidas da fortuna, o que offerece capitaes ao artista honrado e pobre, o que mais constitue a alma do commercio, o unico emfim que deve ser secundado e desenvolvido n'uma sociedade que se nutre de mais nobres aspirações que as da vil materialidade. Mas, em nome da mais solida segurança, dão outros a preferencia ao credito real, sustentando que elle é o mais abonado fiador da inviolabilidade do capital, que elle evita as crises e funestos abusos do credito pessoal, que livra os individuos e a sociedade do sobresalto constante em que os traria o receio da má fé, que abre emfim o unico meio de credito ás pessoas que não

teem as qualidades em que assenta o credito pessoal ¹.

Apreciando, com lucido criterio, o valor juridico-moral d'estas considerações, o sr. Dr. Fernandes Vaz na sua Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas na Faculdade de Direito demonstrou claramente como são desprezíveis pelo seu materialismo grosseiro as pretensões dos sectarios do credito real, e quanto são superiores as excellencias moraes e economicas do credito pessoal. «A palavra vale um titulo, um nome eguala, se não excede, as mais solidas garantias» ².

E é por isso que a fiança, expressão genuína do credito pessoal, constitue a mais commum garantia, e quasi sempre a unica possível, na expansão enorme das condições vitaes do direito commercial moderno.

6.—Propondo-nos estudar a fiança no direito commercial, analysando principalmente o aspecto pratico e legal d'este instituto de credito, investigando a sua natureza e os seus effeitos juridicos, e as formas que elle assume nos seus caracteres essenciaes e accidentaes, não podemos comtudo

¹ Sr. Dr. Fernandes Vaz, *Dissertação inaugural, do credito predial*, pag. 68 e 69.

² Sr. Dr. Fernandes Vaz, ob. cit., pag. 69 e 70.

perder de vista os ensinamentos e os principios da sciencia economica, que informam ou devem informar as disposições legaes do direito commercial positivo.

E porque a fiança realisa uma funcção generica de garantia para todas as obrigações commerciaes e reveste além d'isso uma forma especial na garantia das obrigações cambiarias, o nosso trabalho fica naturalmente dividido em duas partes: *a commercialidade da fiança, e as relações entre a fiança commercial generica e a fiança cambiaria ou aval.*

A primeira parte abrange necessariamente dois capitulos: *a commercialidade da fiança na sciencia do direito commercial, e a commercialidade da fiança no direito commercial positivo.* Era na verdade indispensavel estudar separadamente estes dois capitulos, porque só d'este modo poderíamos apreciar com rigor de methodo a harmonia ou antinomia da sciencia e da legislação.

A segunda parte abrange igualmente dois capitulos: *identidade da intrinseca natureza juridica da fiança e do aval, e os caracteres identicos, analogicos e differenciaes dos dois institutos.* E eram tambem indispensaveis estes dois capitulos, pois que a fiança e o aval, desempenhando a mesma funcção de garantia e tendo mesmo outros caracteres identicos, teem comtudo outros caracteres analogicos e differenciaes.

PARTE I

A COMMERCIALIDADE DA FIANÇA

CAPITULO I

A COMMERCIALIDADE DA FIANÇA NA SCIENCIA DO DIREITO COMMERCIAL

SUMMARIO.—7. Difficuldade invencivel na constituição do direito commercial puro: theorias do acto de commercio; inutilidade e perigos da definição legal.—8. A fiança não é acto de commercio sob o ponto de vista economico.—9. Tendencias do direito commercial: phase industrialista; constituição organica do direito economico.—10. Character da fiança nas transformações do direito commercial.—11. A fiança, como obrigação accessoria, é scientificamente independente da obrigação principal, com relação ao seu character civil ou commercial; doutrina e jurisprudencia franceza, allemã e italiana.—12. Condição da commercialidade da fiança; doutrina franceza, allemã e italiana.—13. Opinião nossa.—14. Conclusão.

7.—A verdadeira applicação dos principios da sociologia juridica levar-nos-ia naturalmente a constituir a sciencia do direito commercial, fazendo-a coincidir exactamente com a regulamentação da industria commercial, pela organização dos institutos que melhor se adaptassem ao seu desenvolvimento; o direito commercial devia precisamente regular os actos de commercio, e

garantir os direitos e obrigações que lhes são inherentes. Para alcançar este *desideratum* na vida do organismo juridico, depara-se-nos porém uma dificuldade que até hoje os legisladores e os proprios economistas não conseguiram ainda resolver: a determinação scientifica do conceito economico do acto de commercio, ou seja, a differenciação organica da industria commercial.

Stracca, e com elle todos os fundadores do direito commercial, caracterisaram a industria commercial pelo acto da compra para revenda; e entre nós, ainda modernamente esta theoria, embora ligeiramente modificada, foi seguida pelos srs. Lopo Vaz e Hintze Ribeiro ¹.

Romagnosi, na Italia, e Say, na França, definiram a industria commercial pela funcção mediadora entre productores e consumidores, reconhecendo comtudo que o transporte, por si só, não é da essencia do commercio ².

Ao criterio da mediação acrescentou Beslay o intuito especulativo, theoria seguida entre nós pelo Dr. Diogo Forjaz, e ainda hoje perfilhada na Italia por Marghieri ³.

¹ Lopo Vaz, *Tres capitulos sobre actos commerciaes*, pag. 32.—Sr. Dr. Hintze Ribeiro, *Reforma da legislação commercial*, pag. 95.

² Manara, *Gli atti di commercio*, pag. 36 nota (1).

³ Dr. Diogo Forjaz, *Anotações ao codigo de commercio portuguez*, art. 203.^o—Marghieri, *Il diritto commerciale italiano esposto systematicamente*, t. 1, pag. 104.

Dunoyer, combatendo a theoria de Say e Romagnosi, sustenta que a industria commercial é a combinação, pela troca, dos productos de todas as industrias. Esta theoria da troca foi seguida entre nós pelo sr. Dr. Callisto, na Allemanha por Thöl e na Italia por Bolaffio ¹.

Os economistas, que fazem incluir o transporte das mercadorias na industria commercial, caracterizam a funcção do commercio pelo phenomeno da circulação economica. E' assim que Vidari define commercio: o complexo de actos de intervenção entre productores e consumidores que, exercidos profissionalmente e com intuito lucrativo, effectuam, promovem ou auxiliam a circulação das riquezas, tornando mais prompta e facil a procura e a offerta ².

Analysando, porém, estas differentes funcções na vida do organismo industrial, reconhece-se que ellas pertencem tambem ás outras formas da producção economica ³. E é notavel que o sr. Dr. G. Moreira, fazendo esta demonstração, perfilhou comtudo a definição de Manara, que apenas se distingue da de Vidari, por considerar o commercio

¹ Sr. Dr. Callisto, *Dissertação inaugural*, pag. 47 e seg.—Thöl, *Trattato di diritto commerciale*, vol. 1, parte 1, pag. 81.—Bolaffio, *Il codice di commercio italiano commentato*, vol. 1, pag. 18 e seg.

² Vidari, *Corso di diritto commerciale*, vol. 1, pag. 8 e seg.

³ Sr. Dr. G. Moreira, *Actos de commercio*, pag. 152 e seg.

objectivo, emquanto que este definiu o commercio subjectivo ¹.

A conclusão mais logica a tirar de tão profundas divergencias é que a sciencia economica se encontra na impossibilidade, que jámais logrará resolver, de determinar com rigor e precisão as características differenciaes da industria commercial; e nem é de admirar esta nossa affirmação, em face da complexidade extraordinaria dos phenomenos sociaes e da intima solidariedade e interdependencia das differentes formas da producção economica. E foi seguramente por este motivo, além d'outros, que o nosso legislador commercial, acompanhando a opinião auctorizada do illustre Mancini, não se atreveu a formular uma definição legal dos actos de commercio. O proprio Manara, que julgou descobrir a verdade na sua definição, e o sr. Dr. G. Moreira, que perfilhou a doutrina do notavel commercialista italiano, são os primeiros a confessar que tal definição seria inconveniente e perigosa, quando transplantada para um codigo de direito commercial ².

¹ Segundo Manara e o sr. Dr. G. Moreira, o acto de commercio é um acto de intervenção entre productores e consumidores directamente tendente a effectuar a circulação das riquezas e feito com intuito lucrativo. Manara, ob. cit., pag. 40. — Sr. Dr. G. Moreira, ob. cit., pag. 162.

² Manara, ob. cit., pag. 47 e 48. — Sr. Dr. G. Moreira, ob. cit., pag. 6 e 7.

8.—Em todo o caso, admittindo por um instante que alguma das theorias dos actos de commercio correspondesse á realidade objectiva dos factos economicos, e que por consequencia o direito commercial poderia identificar-se precisamente com o systema de garantias necessarias para o desenvolvimento da industria mercantil, é evidente que o instituto da fiança nunca poderia desempenhar uma funcção commercial, emquanto esta industria se reduzisse á compra para revenda, á mediação, á mediação e especulação, á troca ou á circulação, porque só rarissimas vezes ao acto fidejussorio preside o intuito lucrativo, e nunca elle desempenha alguma das outras funcções.

E' pois licito concluir que nunca a fiança seria um acto de commercio em pura sciencia do direito commercial. Ainda mesmo quando lhe assistisse a especulação, faltar-lhe-iam as outras caracteristicas.

9.—Mas a sciencia do direito commercial sentiu e satisfez historicamente a necessidade de sacrificar o seu purismo ás exigencias da evolução social e economica. Em vez de se restringir á regulamentação dos actos de commercio e garantias dos respectivos institutos, o direito commercial

foi desde a sua origem alargando successivamente a esphera da sua actividade, e estendendo o manto da sua protecção sobre todos os actos que, embora não commerciaes, mais ou menos directamente se relacionam com a vida do commercio, integrando-se na sua complexidade organica, porque assim o reclamavam as necessidades crescentes que a cada passo foram surgindo das relações sociaes e economicas.

Foi assim que os codigos commerciaes chamaram pouco a pouco á simplicidade, á flexibilidade e á suavidade das suas normas as garantias das industrias transportadora, transformadora e manufactureira; e muito tempo não tardará para que elles remedeiem a exclusão injustificavel das industrias extractiva e agricola ¹, abraçando no seu conjuncto todas as instituições juridicas da economia industrial.

Está certamente proxima a constituição industrialista do direito commercial, que importa desde já a mudança do seu nome.

Mas não pára aqui ainda o termo da sua evolução.

A continua expansão da elasticidade da vida economica tem incorporado nos codigos commerciaes um grande numero de factos juridicos que,

¹ Lyon Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, vol. 1, pag. 109 e seg.

embora não pertençam ao direito commercial ou industrial propriamente dito, reclamam todavia eguaes systemas de garantias, ou porque estão em relação intima com o commercio e as outras industrias, ou emfim, porque a natureza da sua funcção economica merece na verdade igual ou maior protecção. Taes são os institutos juridicos das letras de cambio, das livranças, dos cheques, da conta corrente, do penhor, do deposito e outros; tal é emfim, a immensidade dos factos dos commerciantes, que o nosso codigo, seguindo o allemão e o italiano, declara commerciaes, sempre que não sejam de natureza exclusivamente civil e do proprio acto não resultar o contrario d'um acto commercial. E a propria jurisdicção commercial estendeu já a sua competencia a todos os individuos que tomam parte n'um acto de commercio, ainda que relativamente a elles o acto não tenha este character (Cod. com., art. 99.^o).

Os codigos commerciaes teem assim invadido pouco a pouco os dominios dos codigos civis, commercialisando, permitta-se-nos a expressão, muitas das suas instituições economicas, e assimilando-as no aperfeiçoamento das suas normas, e tudo leva a crer que, n'um futuro relativamente proximo, reclamado já instantemente nos livros, e nos artigos das revistas juridicas, das maiores auctoridades da escola italiana, todas as instituições economicas se hão de incorporar n'um systema

organico de legislação, n'um codigo unico das obrigações, termo ultimo da evolução do direito commercial aliás já realisado com brilhantes resultados na legislação da Republica Helvetica.

E d'este modo o direito commercial passará rapidamente da phase industrialista para a constituição organica do direito economico, em que as differentes instituições, organicamente differenciadas, terão a sua regulamentação especial, adequada ás respectivas garantias.

10.—Vejamos agora o character que scientifi-
camente assume o instituto da fiança na evolução
do direito commercial.

Na phase ultima da evolução desaparecem
por completo as duvidas, que na organização actual
levanta o problema da commercialidade da fiança.
A fiança é instituto de credito, que terá no codigo
das obrigações o seu logar proprio, e o julgamento
das questões, que d'ella emergirem, pertencerá aos
tribunaes do direito economico.

Recuando á phase industrialista, chegamos á
mesma conclusão que já formulámos a proposito
do regimen do direito commercial puro, regimen
imaginario, ideal, que nunca existiu nem jámais
existirá: a fiança não é um acto commercial ou
industrial, porque não pode scientifiicamente inte-
grar-se em industria alguma.

Resta-nos pois examinar o problema em face da organização ou desorganização jurídica que, a despeito das reclamações da sciencia, domina ainda os codigos commerciaes modernos.

Do que deixamos dito conclue-se que os codigos commerciaes modernos constituem uma verdadeira miscellanea juridica, abrangendo garantias do commercio e outras industrias, e de outros actos que são declarados commerciaes, ou porque d'algun modo se ligam aos commerciaes ou industriaes propriamente ditos, ou ainda porque a natureza especial da sua funcção economica exige semelhantes garantias.

E por outro lado, tambem da doutrina que expendemos resulta claramente que a fiança, não sendo um acto commercial ou industrial propriamente dito, e não tendo uma natureza economica especial, que reclame garantias tambem especiaes, só poderá ser declarada commercial quando se relacionar com o exercicio do commercio.

11.—A determinação das condições em que a fiança constitue para uma ou para outra das partes contractantes um acto commercial, por se relacionar mais ou menos directamente com o exercicio do commercio, implica naturalmente a discussão d'este outro problema: saber se a obrigação, que deriva da fiança, assume, como obri-

gação accessoria, o character juridico da obrigação principal. Porque, se com effeito se responde affirmativamente a esta questão, não teremos já de recorrer á fiança em si mesma, mas sim á obrigação que ella garante, para encontrar o criterio determinador do character civil ou commercial da fiança e das obrigações d'ella emergentes.

Na doutrina e na jurisprudencia franceza prevalece o conceito da independencia das duas obrigações, a fidejussoria e a principal, pelo que respeita ao seu respectivo character civil ou commercial. E este é tambem o conceito dominante na doutrina e na jurisprudencia allemã, consignado expressamente no proprio codigo commercial, no art. 281.^o ¹.

Predomina no emtanto a solução contraria na doutrina e na jurisprudencia italiana.

Na maioria dos escriptores e das sentenças dos tribunaes italianos entende-se que a fiança como obrigação accessoria, assume character commercial, quando d'esta natureza fôr a obrigação principal ².

Mas o insigne commercialista Manara, affirmando que a questão perdeu muito da sua

¹ Manara, ob. cit., pag. 293, e auctores ahi citados.

² Manara, ob. cit., pag. 294.—Castagnola e Giansana, *Il codice di commercio*, fasc. xxix, n.^o 92.—Ottolenghi, *Nuovo codice di commercio*, vol. 1, pag. 186.—Vidari, ob. cit., vol. 1, pag. 43, e *Fideiussioni di obbligazioni commerciale*, artigo publicado no *Giornale delle leggi*, an. xiii, 1882, pag. 346.—Supino, *Diritto commerciale*, pag. 337.

importancia depois da publicação do novo código de commercio, sustenta, contra a corrente italiana, a doutrina e jurisprudencia da escola franceza e allemã ¹.

Tambem nós seguimos n'este ponto a opinião auctorizada de Manara.

A obrigação fidejussoria é uma obrigação intimamente connexa, é certo, com a do devedor garantido, pois que tem por objecto, no todo ou em parte, a mesma prestação, mas d'ella nitidamente distincta. Tanto é verdade que a obrigação do fiador é distincta da obrigação do devedor principal, que — aquella pode subsistir ainda mesmo que esta seja nulla, quando a nullidade proceda unicamente de incapacidade pessoal (Cod. civ., art. 822.º e seu § 1.º, e Cod. com., art. 336.º, § un.); — a fiança pode ter por objecto uma prestação menor ou ser constituída com menos onerosas condições que a obrigação principal (Cod. civ., art. 823.º); — a fiança pode ser estipulada entre o fiador e o credor, ainda sem consentimento do devedor, ou do primeiro fiador, se ella se referir a este (Cod. civ., art. 821.º); tanto é verdade que os direitos e obrigações do acto fidejussorio são distinctos dos que derivam do acto principal, que a indemnisação por perdas e

¹ Manara, ob. cit., pag. 294 e seg.

damnos, no caso de falta de cumprimento do contracto, é differente para o credor e para o fiador (Cod. civ., art. 720.º e 838.º); emfim, ninguém poderá negar que o fiador seja obrigado ao pagamento por causa ou por titulo essencialmente diverso d'aquelle por que é obrigado o devedor principal.

E se, portanto, a obrigação fidejussoria, embora connexa, em razão da prestação que constitue o seu objecto, com a obrigação principal, é comtudo d'esta substancialmente distincta, não pode logicamente affirmar-se que ella não seja independente, pelo que respeita ao seu character commercial ou civil, visto que esta diversidade de character não pode depender senão do fim igualmente diverso que se tem em vista no acto fidejussorio ou no acto principal.

O individuo, ainda mesmo commerciante, que sem conhecimento ou consentimento do devedor principal, afiançar uma obrigação mercantil d'um outro commerciante, simplesmente para obedecer a um sentimento de amisade ou para satisfazer um dever moral imposto por certas relações de parentesco, não pratica seguramente um acto de commercio, pois não procede sequer em razão ou no interesse de seu exercicio mercantil.

Pelo contrario, todo o individuo, embora não seja commerciante, que intervem como fiador n'uma transacção *commercial*, com a condição de ter

certa parte nos lucros, pratica seguramente um acto mercantil.

O banqueiro, que mediante o respectivo lucro afiança uma obrigação, de character *civil*, de um seu cliente ou de qualquer outra pessoa, pratica certamente um acto de commercio bancario ¹.

E por consequencia, se a obrigação fidejussoria e a obrigação principal são distinctas, se para a determinação da sua natureza juridica devemos attender ao seu respectivo conceito economico, é forçoso concluir que ellas são independentes relativamente ao seu character civil ou commercial.

Do simples facto de se referir a fiança a uma obrigação mercantil, não se segue que ella mesma seja um acto commercial.

E' certo que a fiança é um acto accessorio da obrigação principal; mas o character de accessorio não é sufficiente para transformar a natureza juridica d'um acto, e muito menos para converter em commercial o seu character civil, além de que, uma completa identidade entre obrigação fidejussoria e obrigação principal não é economicamente possivel nem juridicamente necessaria ².

¹ Manara, ob. cit., pag. 295 e 296.

² Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, vol. 1, § 57.—
Lyon Caen e Renault, ob. cit., pag. 160 e 161.

12. — A commercialidade da fiança, na philosophia juridica, é pois independente da commercialidade da obrigação principal, e a sua determinação resulta naturalmente dos principios expostos.

A fiança só pode scientificamente considerar-se um acto de commercio, quando a sua natureza economica está de tal modo ligada á commercialidade da obrigação principal, que se compenetra com ella no mesmo intuito lucrativo, ou quando é prestada no interesse do exercicio profissional do commercio.

E assim, a fiança só será um acto commercial, quando o fiador, commerciante ou não, garantindo o cumprimento d'uma obrigação mercantil, tem alguma parte nos lucros da respectiva transacção, ou quando seja praticada por um commerciante no interesse do seu exercicio commercial.

Na Italia, Manara, Bolaffio e outros jurisconsultos, seguindo a escola franceza e a allemã, só consideram commercial a fiança, quando é praticada por um commerciante no interesse do seu exercicio mercantil ¹. Consideram a fiança como acto de commercio apenas na cathegoria dos actos

¹ Manara, ob. cit., logs. cits., e Lyon Caen e Renault, ob. cit., og. cit.

commerciaes subjectivos, porque provavelmente encaram a questão á luz do direito commercial positivo d'aquellas nações.

13.— Mas nós, que vimos analysando o problema em face da sciencia pura do direito commercial, entendemos n'esta ordem de ideias que a fiança é um acto de commercio, tanto objectivo como subjectivo. Nem a sciencia do direito commercial pode logicamente admittir esta distincção dos actos de commercio, que, representando apenas uma criação artificial da legislação mercantil, aliás justificada historicamente, está prestes a desaparecer na evolução do direito commercial moderno.

E' na verdade evidente que a commercialidade real d'um acto não depende da qualidade da pessoa que o pratica, mas sim dos intrinsecos caracteres economicos do mesmo acto. E basta olhar para os termos geraes da evolução do direito mercantil, para ver como elle, começando por ser exclusivamente subjectivo, foi sendo invadido pelo commercio objectivo, e como nos modernos codigos commerciaes o segundo elemento vae absorvendo o primeiro.

14.—Em conclusão: a fiança só é scientificamente um acto de commercio, mas tanto objectivo como subjectivo, quando o seu conceito economico se identifica com o character commercial da obrigação principal ou quando é prestada no interesse do exercicio profissional do commercio.

Mas, desprendendo-nos agora do rigor dos principios scientificos, vejamos como tem sido encarada a fiança no direito commercial positivo, especialmente entre nós, pelo que respeita ao seu character civil ou commercial.

CAPITULO II

A COMMERCIALIDADE DA FIANÇA NO DIREITO COMMERCIAL POSITIVO

SUMMARIO. — 15. Systemas para a determinação legal dos actos commerciaes: definição; enumeração; definição e enumeração. — 16. Codigos hespanhol e portuguez. — 17. Systemas adoptados nos diversos codigos sobre a commercialidade da fiança: acto commercial objectivo; meramente subjectivo: codigos hespanhol e allemão. — 18. Systema dos codigos francez e italiano. — 19. Synthese. — 20. Qual o systema do nosso codigo? Opinião nossa. — 21. Doutrina contraria. Sua refutação. — 22. Demonstração da nossa doutrina pela letra do codigo, pelo seu espirito e pelos absurdos da opinião contraria. — 23. Conclusão: a fiança é um acto de commercio objectivo e subjectivo.

15. — Propondo-nos determinar as condições em que o direito commercial positivo attribue á fiança a natureza juridica d'um acto de commercio, importa ter sempre em vista os systemas adoptados nos codigos para a determinação legal dos actos de commercio, porque d'esses systemas deriva a natureza juridica dos actos que elles não declaram expressamente commerciaes.

Referir-nos-emos, n'esta indicação, especialmente aos codigos francez, allemão, italiano,

hespanhol e portuguez, porque elles encerram as formas typos em volta das quaes se acham organisados todos os codigos commerciaes das nações cultas.

Os systemas podem reduzir-se a tres: a definição legal dos actos de commercio, a sua enumeração, e a definição acompanhada da enumeração.

O systema da definição consiste em formular no codigo uma definição de actos commerciaes, na qual se encontrem de tal forma synthetisadas as suas características, que por ellas se possa determinar a natureza civil ou commercial de qualquer acto juridico. E' um systema meramente theorico, que ainda não foi nem deve ser consignado nos codigos, porque os proprios economistas e jurisconsultos, que julgaram encontrar uma definição scientifica dos actos commerciaes, confessam a inefficacia e reconhecem os perigos da sua consagração legislativa ¹.

E' impossivel, como affirmou o sr. Dr. Fernandes Vaz na camara dos pares, quando se discutia o projecto do novo codigo commercial, formular uma definição rigorosa que abranja todo o definido e só elle, e por isso é mais nocivo que proveitoso dar n'um codigo uma definição, que difficilmente deixaria de ser defeituosa ².

¹ Cfr. cap. 1, pag. 25 e 26.

² Vej. Appendice aoCodigo com., pag. 712-718, e 760-761. — Sr. Dr. Hintze Ribeiro, ob. cit., pag. 99-123.

E ainda mesmo que se conseguisse formular uma definição clara e completa dos actos commerciaes, o systema seria impraticavel, pois que os codigos commerciaes nunca regularam somente o direito mercantil; hoje estão já na phase do direito industrial, regulam já um grande numero de actos que não são commerciaes nem industriaes, e muito tempo não tardará para que os chamados codigos commerciaes se transformem em codigos do direito economico ¹.

O systema da enumeração consiste em enumerar n'um, ou em mais artigos, as diversas categorias de actos, que a lei declara commerciaes. Este systema que, não sendo theoricamente tão perfeito como o primeiro, tem comtudo a notavel superioridade de ser eminentemente pratico, foi seguido por quasi todos os codigos, desde o codigo francez ² e o allemão até aos mais modernos, como o argentino e o mexicano, de 1889. As vantagens do systema teem-lhe merecido as sympathias de jurisconsultos e legisladores, e apenas se discute o character taxativo ou exemplificativo da enumeração.

¹ Cfr. cap. 1, pag. 27 e seg.

² Embora este codigo, na enumeração que faz nos art. 632.^o e 633.^o, pareça dar em primeiro logar uma definição de actos commerciaes, é todavia certo que elle adoptou rigorosamente o systema enumerativo, visto que tal pretendida definição não é mais do que uma categoria dos actos de commercio ali enumerados, e que se encontra tambem no systema dos outros codigos.

No entanto os escriptores do direito commercial defendem geralmente a enumeração exemplificativa, e com justo motivo, não só porque a enumeração taxativa é um trabalho difficilimo, muito especialmente no direito commercial, que se alarga e diffunde por todas as actividades sociaes, e por isso mesmo sempre incompleto, mas tambem porque uma tal enumeração dos actos commerciaes apertaria n'um circulo de ferro a força expansiva do commercio, obstando incoherentemente ao seu desenvolvimento progressivo. E os escriptores e commentadores italianos, reflectindo a doutrina dos commercialistas allemães, são geralmente concordes no character exemplificativo ou demonstrativo da enumeração feita pelos respectivos codigos ¹. Mesmo na França, onde se levantaram algumas divergencias, as opiniões mais auctorizadas, como a de Pardessus, confirmam egual doutrina a proposito do codigo francez ².

Provavelmente com o intuito de fortalecer as vantagens praticas d'este systema com a pretendida

¹ Stefano Castagnola, ob. cit., liv. 1, n.º 33. — Manara, ob. cit., pag. 6, nota (1). — Bolaffio, ob. cit., vol. 1, n.º 13. — Marghierì, ob. cit., vol. 1, pag. 155 e seg. — Ottolenghi, ob. cit., vol. 1, pag. 55 e 56. — Vidari, ob. cit., vol. 1, n.ºs 26-30; *Annuario critico della Giurispresdenza Commerciale*, an. 1, 1883, *atti di commercio*.

² Pardessus, *Cours de droit commercial*, n.ºs 46 (bis) e 48. — Nouguièr, *Compétence des tribunaux de commerce*, vol. 1, pag. 343. — Dalloz, v.ºs «Compétence commerciale», n.ºs 16 e 46, e «Actes de commerce», n.º 16.

perfeição theorica do primeiro, inventou-se um outro, que consiste em dar uma definição dos actos de commercio, enumerando em seguida os actos juridicos regulados na lei commercial. Foi o systema adoptado pelo nosso antigo codigo commercial, que no art. 203.^o formula a definição, e nos art. 204.^o, 205.^o e 504.^o faz a enumeração.

E' um systema hybrido, que não tem justificação plausivel, pois que a definição apresentada traduz em ultima analyse uma das cathegorias dos actos regulados na lei commercial e que deveria por isso occupar o seu logar proprio na lista da enumeração; e de resto, uma de duas: ou a definição é completa, e n'esse caso é inutil a enumeração, ou não é, e então de nada serve ¹.

16.—O systema da enumeração foi modernamente applicado no nosso codigo commercial sob uma forma particular, importada do codigo hespanhol. Esta modalidade especial consiste em declarar commerciaes os actos especialmente regulados no codigo.

E' de notar porém que differenças importantissimas separam o systema do nosso codigo do

¹ Sr. Dr. G. Moreira, ob. cit., pag. 21.—Relatorio do Cod. com., no cit. appendice, pag. 271. Sobre o character da enumeração do velho codigo, vej. Dr. Forjaz, ob. cit., que a considera exemplificativa e não taxativa.

consignado no hespanhol, no italiano, e em geral, nos que perfilham a enumeração nos termos em que a expuzemos.

Os codigos allemão, italiano, e todos aquelles que os acompanharam na determinação dos actos de commercio, admittem duas classes d'estes actos: os objectivos, que são considerados taes, sejam ou não commerciantes as pessoas que os praticam; e os subjectivos, que apenas são considerados commerciaes quando praticados por commerciantes. Os primeiros são os que entram na lista da enumeração.

Esta distincção porém não foi adoptada pelo codigo hespanhol, embora subsista no art. 2.º do nosso codigo. Mas a differença fundamental está em que, emquanto por um lado o codigo hespanhol, declarando commerciaes os actos n'elle regulados e todos os outros de natureza analogia (2.ª parte do art. 2.º), abriu de par em par as portas das garantias do direito commercial a todas as combinações economicas do futuro, tornando muito mais extensiva a enumeração dos actos de commercio, por outro lado, o nosso codigo restringindo a natureza commercial aos actos especialmente regulados por elle, consagrou um principio retrogrado, condemnado por quasi todos os commercialistas.

17. — Conhecidos os systemas empregados para a determinação legal dos actos de commercio, já poderemos agora comprehender as condições em que os codigos admittem a commercialidade juridica do instituto da fiança.

São dois os systemas adoptados pelos codigos sobre a natureza civil ou commercial da fiança, conforme o seu character juridico se faz depender ou não da obrigação principal. No primeiro caso a fiança é um acto commercial tanto objectivo como subjectivo; no segundo só pode ser um acto subjectivo.

Os codigos hespanhol (art. 439.º) e argentino (art. 478.º) consignam expressamente o primeiro systema, declarando que a fiança é um acto commercial quando tem por objecto garantir o cumprimento d'uma obrigação mercantil, ainda que o fiador não seja commerciante.

Os codigos allemão (art. 281.º) e hungaro (art. 270.º), pelo contrario, dão a entender que a fiança não é um acto de commercio objectivo, estabelecendo a solidariedade entre o fiador e o afiançado quando a fiança é prestada para uma obrigação que deriva d'uma operação mercantil, ou quando a fiança constitue por si mesma um acto de commercio.

E com effeito, o codigo allemão, não enume-

rando nos art. 271.^o e 272.^o (actos commerciaes objectivos) a fiança, nem o penhor, nem qualquer outro analogo, não admitte a commercialidade objectiva da fiança; e só pode admittir a sua commercialidade subjectiva nos termos do art. 273.^o, isto é, quando ella fôr prestada por um commerciante, com referencia ao exercicio do seu commercio. E' certo que no art. 281.^o estabelece a solidariedade entre o fiador d'obrigação mercantil e a pessoa afiançada; mas o facto da solidariedade não é sufficiente para affirmar a commercialidade¹.

18.—Os codigos francez e italiano não teem disposições expressas sobre a commercialidade da fiança, mas é claro que no seu espirito envolvem necessariamente um ou outro dos dois systemas, que deve resultar logicamente do systema adoptado para a determinação dos actos de commercio.

¹ Comtudo, um dos mais celebres commercialistas da Allemanha, Goldschmidt, dizendo que a fiança constitue um acto de commercio quando é *prestada a um commerciante para o seu commercio*, ou por um commerciante para o seu commercio, parece admittir que a fiança é um acto commercial objectivo no caso em que, das tres pessoas que figuram na fiança, só seja commerciante o devedor, desde que a divida tenha sido contrahida no interesse do seu commercio. Parece-nos porém que o codigo allemão não auctorisa tal doutrina, pois que n'este caso a fiança não é um acto d'um commerciante (cod. allemão, art. 274.^o). Vej. Goldschmidt, ob. cit., vol. 1, pag. 663.

O código francez adoptou, como já dissémos, o systema da enumeração, que na opinião de notaveis commercialistas é de character demonstrativo; a declaração de commercialidade dos actos juridicos deve pois estender-se por analogia a todos aquelles que, embora não estejam clara e expressamente comprehendidos no texto da lei, tenham todavia natureza analogia. O código regula o penhor commercial d'um modo differente do penhor civil, sob o ponto de vista das formas da sua constituição e realisação, determinando o character civil ou commercial do penhor pela respectiva natureza da divida que elle é destinado a garantir, pouco importando que elle seja constituido pelo proprio devedor ou por um terceiro que intervenha desinteressadamente (art. 91.º e 95.º). E' pois licito concluir que tambem a fiança é commercial, quando tiver esta natureza a obrigação principal. E esta conclusão está tanto mais implicita no espirito do código francez quanto é certo elle attribuir character commercial ao aval, ou seja, á fiança dada a um dos signatarios da letra, quer seja prestada na mesma ou em acto separado, quer seja a titulo oneroso ou gratuito, quer seja commerciante ou não a pessoa que dá o aval.

Todavia auctoridades, como a de Lyon Caen e Renault, contestam a commercialidade da fiança, determinada pelo simples facto de garantir o

cumprimento d'uma obrigação commercial, affirmando que a fiança, mesmo solidaria, d'uma divida commercial não constitue por si mesma senão um compromisso civil, pouco importando que o fiador seja mesmo um commerciante que intervenha em favor d'um outro commerciante, desde o momento em que se trate d'um acto extranho ao seu commercio ¹. E' certo porém que tal doutrina mal se harmonisa com o pensamento que os mesmos auctores apresentam a proposito do character da enumeração dos art. 632.^o e 633.^o do codigo commercial francez; apesar de considerarem restrictiva aquella enumeração, entendem que a interpretação não deve ser litteral, e que pelo contrario a analogia e os mesmos motivos da lei devem por vezes fazer declarar commerciaes certos actos que ella não indicou expressamente ². E sendo certo que para a fiança ha analogia e identidade de motivos com relação ao penhor, entendemos pois, contra aquelles escriptores, que em face do codigo francez deve considerar-se commercial a fiança sempre que tenha por objecto garantir o cumprimento d'uma obrigação mercantil.

Na Italia é mais difficil a solução do problema em face das disposições applicaveis do

¹ Lyon Caen e Renault, ob. cit., pag. 161.

² Lyon Caen e Renault, ob. cit., pag. 89.

codigo commercial. Emquanto por um lado o caracter demonstrativo da enumeração do art. 3.º, combinado com as disposições dos art. 454.º e seg. sobre o penhor, nos leva a concluir pela mesma doutrina que seguimos relativamente ao codigo francez, por outro lado, a disposição do art. 40.º do mesmo codigo italiano parece dar a entender que a fiança não é um acto de commercio, pelo simples facto de garantir o cumprimento d'uma obrigação commercial. E com effeito, o citado art. 40.º, estendendo ao fiador, que garante uma obrigação commercial, a mesma presumpção de solidariedade estabelecida na 1.ª parte do mesmo art. 40.º para os condevedores em todas as obrigações commerciaes, parece realmente indicar que não considera objectivamente commercial a obrigação d'aquelle, que garante uma obrigação commercial; do contrario, não havia necessidade alguma de estender expressamente ao fiador d'uma obrigação commercial uma presumpção já estabelecida para todos os coobrigados commercialmente. E é precisamente esta a doutrina de Manara ¹.

Não obstante a doutrina, aliás bem deduzida, do illustre commercialista, julgamos que n'esta materia o codigo italiano concorda com o francez, e como não ha afinal contradicção entre a disposição do art. 40.º e o principio da commercialidade

¹ Ob. cit., pag. 297.

legal da fiança d'obrigação mercantil, entendemos que aquelle artigo é até uma confirmação d'este principio, embora desnecessaria.

Demais, na doutrina e na jurisprudencia italiana prevalece o principio da commercialidade da fiança, quando ella tem por objecto garantir o cumprimento de uma obrigação commercial ¹.

19.—Da doutrina exposta conclue-se que, relativamente á commercialidade da fiança, os codigos commerciaes se dividem em dois grupos distinctos: uns, como o allemão e o hungaro, só consideram a fiança como um acto de commercio, quando é prestada por um commerciante no interesse do seu commercio; outros, como o hespanhol e o argentino, o italiano e o francez, consideram-n'a como tal, sempre que tem por objecto garantir o cumprimento d'uma obrigação mercantil, ainda que o fiador não seja commerciante, embora os primeiros o declarem expressamente, e os segundos só envolvam o mesmo principio no espirito das suas disposições.

20.—Com o conhecimento que já temos dos systemas adoptados nos diversos codigos, não

¹ Cfr. cap. 1, pag. 32.

será difficil averiguar agora em qual d'elles se filiou o nosso.

Certamente o nosso codigo não acompanhou o allemão; pelo contrario, as disposições dos art. 100.º e 101.º são no fundo as mesmas do art. 40.º do codigo italiano. Queria, pois, o nosso legislador consignar indirecta, e porventura obscuramente, o principio expressamente formulado nos codigos hespanhol e argentino, e que se encontrava no art. 852.º do nosso velho codigo de Ferreira Borges?

Poderá talvez parecer fastidiosa a pergunta, visto que nós entendemos ser este o systema que se comprehende no espirito do codigo italiano, cujo art. 40.º é essencialmente o mesmo que os art. 100.º e 101.º do nosso codigo. Não obstante, a pergunta tem toda a razão de ser, visto que o nosso codigo adoptou um systema completamente differente para a determinação dos actos commerciaes objectivos, tanto mais que entre nós a questão não tem sido ventilada, e nos parece até ser geralmente contestada a commercialidade objectiva da fiança. E ainda mesmo que haja de admittir-se este principio, não é seguramente pelos mesmos motivos que elle pode sustentar-se em face do codigo italiano; porque, com effeito, na doutrina d'este codigo comprehende-se a commercialidade objectiva da fiança pela interpretação extensiva, por analogia, do art. 3.º n.ºs 23.º e 24.º, comparado

com os art. 454.º e seg., mas tal interpretação não pode evidentemente applicar-se ao nosso código, pois mal pode duvidar-se do character taxativo da determinação dos actos commerciaes objectivos, feita na 1.ª parte do art. 2.º

Quererá então o nosso código consignar o principio da commercialidade simplesmente subjectiva da fiança, quasi expressamente formulado nos códigos allemão e hungaro? Quererá elle que a fiança apenas seja um acto de commercio, quando fôr prestada por um commerciante, nos termos da 2.ª parte do mesmo art. 2.º?

Entendemos francamente que não. Apesar de não ser o nosso código tão claro como o hespanhol, o argentino, e o nosso de Ferreira Borges, entendemos, comtudo, que não só na sua letra mas até no seu espirito, se encontra estabelecido o principio de que a fiança é um acto de commercio, sempre que tem por objecto garantir o cumprimento d'uma obrigação commercial, ainda mesmo que o fiador não seja commerciante.

21.— Contra a nossa opinião podem invocar-se dois argumentos, apparentemente irrespondiveis, mas que são na realidade improcedentes, como é facil demonstrar. Estes argumentos são os seguintes:

1.º O código commercial, no art. 2.º, onde

faz a determinação legal dos actos de commercio, admite duas classes d'estes actos: os que se acham especialmente regulados no código, sejam ou não commerciantes as pessoas que n'elles interveem (objectivos); e alem d'elles, todos os contractos e obrigações dos commerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrario do proprio acto não resultar (subjectivos). Ora, percorrendo todo o código commercial, em nenhum dos seus titulos, capitulos, secções ou sub-secções se encontra regulado o instituto da fiança; logo, nunca a fiança pode ser um acto commercial pela 1.^a parte do art. 2.^o, e só poderá ter esta natureza juridica quando fôr prestada por um commerciante, nos termos da 2.^a parte do mesmo artigo. O código não admite portanto o principio da commercialidade objectiva da fiança.

2.^o A mesma conclusão resulta claramente da comparação do código actual com o antigo e com o hespanhol, que seguramente alguma influencia tiveram na elaboração d'aquelle. Emquanto que estes dois codigos dedicam um titulo especial á fiança, o nosso código actual supprimiu taes disposições, indicando assim claramente que regeitava o principio da commercialidade objectiva d'aquelle instituto juridico ¹.

¹ *Lições de direito commercial*, anno lectivo de 1891-92, pag. 248 e 250.

Evidentemente estes argumentos nada valem.

Em primeiro lugar, é certo que no código não ha capítulo, título, secção ou sub-secção em que regule especialmente a fiança; mas é falso que ella não seja regulada, e até especialmente, nas disposições do código. Pois o que é o art. 101.^o, senão uma regulamentação especial da fiança, e tão especial que lhe attribue como qualidade essencial a solidariedade, que ella não tem no direito civil? Declarar expressamente a solidariedade entre o fiador de obrigação mercantil, ainda que não seja commerciante, e o respectivo afiançado, é positivamente dar á fiança uma regulamentação particular no direito commercial, tanto mais que no direito civil a solidariedade nem sequer se presume.

Basta ler o relatorio do ministro da Justiça, na parte em que se refere ao systema adoptado para a determinação dos actos de commercio, para nos convencermos plenamente de que a fiança pertence tambem á cathegoria dos actos especialmente regulados no código, e como tal, é um acto commercial objectivo, nos termos da 1.^a parte do art. 2.^o Leem-se, com effeito, no relatorio estas palavras: «O systema proposto corta cerce toda a questão, pois o caso se limita a ver se o acto de que se trata tem ou não legislação no código commercial. Nada mais» ¹.

¹ Relatorio, no cit. appendice, pag. 272.

Poderá porventura, em face do art. 101.º, contestar-se que a fiança tenha legislação, e especial, no código commercial? Certamente que não. E portanto, é certo e seguro que a fiança é um acto commercial objectivo, nos termos do art. 101.º e da 1.ª parte do art. 2.º

E o facto de vir a fiança n'um titulo á parte, o titulo 14.º do livro 2.º, no código de Ferreira Borges, e não vir no actual código em titulo, capitulo, secção ou sub-secção especial, tem, como já insinuámos, uma explicação evidente na historia dos nossos codigos. E é que, entre o antigo e o actual código commercial, foi publicado o código civil, que no livro 2.º, titulo 1.º (dos contractos e obrigações em geral), inseriu no capitulo 10.º (da caução ou garantia dos contractos) uma secção especial em que se trata da fiança, e estabelece todos os principios que regulam este instituto, principios que são igualmente applicaveis ás relações do direito commercial, nos termos do art. 3.º do respectivo código. Era por isso completamente inutil que o código commercial viesse repetir as disposições já consignadas no código civil. E comprehende-se perfeitamente agora o motivo por que este código supprimiu os titulos especiaes que sobre a fiança se encontram no código hespanhol e no nosso antigo código de Ferreira Borges.

22.—De resto, propondo-se o código commercial, scientifica ou arbitrariamente, acompanhar tanto quanto possível a ordem das materias do código civil, como se declara no proprio relatório do ministro da Justiça, não havia logar mais proprio para a fiança do que aquelle que lhe foi dado, entre as disposições geraes sobre os contractos especiaes de commercio. E' precisamente o logar que lhe compete no código civil, entre as disposições sobre os contractos e obrigações em geral.

Não resta pois duvida alguma de que a letra do código commercial nos auctorisa a affirmar a commercialidade objectiva da fiança.

E se consultarmos o espirito da lei commercial, mais segura apparecerá ainda a nossa convicção.

Comparando a fiança com o penhor, facilmente se reconhece que são dois contractos substancialmente equivalentes, destinados a garantir o cumprimento de certas obrigações, principalmente quando o penhor é prestado, como a fiança, por um terceiro. O código commercial, regulando o contracto de penhor no titulo 12.º do livro 2.º, declarou que para elle ser considerado mercantil é mister que a divida que se cauciona proceda de acto commercial. Se o código pois, faz depender o character civil ou commercial do penhor da

natureza juridica da obrigação principal, porque não haveria de applicar o mesmo principio á declaração commercial da fiança? Se tal fizesse sancionaria uma incoherencia injustificavel, por que sendo a fiança uma garantia ainda mais usada do que o penhor, muito principalmente nas relações commerciaes, mais motivos ha para ampliar a sua commercialidade, no systema do codigo que evidentemente tende a commercialisar muitos actos da vida civil.

A mesma conclusão resulta da commercialidade do aval. O aval, que não é senão uma forma particular da fiança applicada ás obrigações dos signatarios das letras de cambio, é sempre um acto de commercio, sejam ou não commerciantes as pessoas que interveem na letra, e comtudo, a obrigação cambiaria garantida pelo aval, não é muitas vezes economicamente um acto commercial. Tantos ou mais motivos ha, pois, para considerar commercial a fiança, que garante uma obrigação mercantil.

A boa hermeneutica juridica leva-nos por consequencia a affirmar que tambem no espirito do codigo está declarada a commercialidade objectiva da fiança.

A logica do codigo exigia-lhe que firmasse aquelle principio, e elle assim o fez. Se o não fizesse, daria em muitos casos logar ao inconveniente injustificavel de chamar a tribunaes diffe-

rentes dois coobrigados solidarios, o fiador e o devedor. Sobre a mesma questão seria necessario intentar duas acções em tribunaes diversos.

O principio da não commercialidade objectiva da fiança d'obrigação mercantil teria um inconveniente ainda mais grave, porque era irremediavel com a legislação vigente, pelo que respeita ao chamamento á acção, quando o fiador não fosse commerciante, tornando-se inapplicaveis os art. 832.º do codigo civil, 326.º e 327.º do codigo do processo civil, applicaveis ao direito commercial por força do disposto nos art. 3.º do codigo commercial e 1.º do codigo do processo commercial.

Effectivamente, quando o fiador não fosse commerciante, a fiança não seria acto commercial, e portanto o fiador não podia ser demandado perante os tribunaes commerciaes. Por seu turno o devedor commercial não podia ser demandado perante os tribunaes civis. De modo que, o fiador sendo demandado, não podia chamar o devedor á acção, nos termos dos citados artigos dos codigos civil e do processo civil. Quando, pois, não houvesse outras razões para affirmar que em face do codigo a fiança d'obrigação mercantil é um acto de commercio, seria bastante para o demonstrar o grande absurdo, que do systema contrario resultava, com relação á competencia e ao chamamento á acção.

23.—Em conclusão: no systema do nosso código a fiança é um acto de commercio sempre que tem por objecto garantir o cumprimento d'uma obrigação mercantil, ainda que o fiador não seja commerciante. Demonstram-n'o a letra do código, o seu espirito, e os absurdos que resultam do systema contrario.

Alem d'isso é um acto de commercio subjectivo, nos termos da 2.^a parte do art. 2.^o, quando fôr prestada por um commerciante, e tiver referencia ao seu commercio, de modo que do proprio acto da fiança não resulte o contrario d'um acto commercial.

PARTE II

RELAÇÕES ENTRE A FIANÇA COMMERCIAL E O AVAL

CAPITULO I

IDENTIDADE DA INTRINSECA NATUREZA JURIDICA DA FIANÇA COMMERCIAL E DO AVAL

SUMMARIO.—24. Desenvolvimento da letra de cambio e respectivas garantias.—25. Divergencias sobre a natureza juridica do aval.—26. Systema italo-germano: o aval é uma garantia cambiaria differente da fiança.—27. Systema francez: o aval é uma verdadeira fiança, embora de natureza cambiaria.—28. Synthese dos systemas.—29. Critica dos systemas: doutrina de Vidari; opinião nossa.—30. Doutrina seguida pelo nosso codigo commercial; applicação dos artigos do codigo civil sobre a fiança.

24.—Quando a vida economica, e particularmente a actividade mercantil, se desprende do campo estreito e acanhado das trocas materiaes de productos e mercadorias, para se elevar ás formas mais variadas e complexas da producção, distribuição, circulação e emprego das riquezas, as convenções foram certificadas por actos juridicos, successivamente mais simples e rigorosos, e o seu cumprimento assegurado pela intervenção de garantias especiaes. Entre estas garantias appareceram naturalmente as fianças, que existem

desde tempos immemoriaes, e cujos principios se encontram já regulados no direito grego e romano¹.

A actividade mercantil, alargando constantemente os dominios da sua vitalidade, foi sempre procurando adaptar as suas condições de vida, os seus meios d'acção, á immensidade das suas relações. E n'este crescendo continuo de processos de desenvolvimento nasceu e aperfeiçoou-se o instrumento de credito, chamado *letra de cambio*, que traduzindo primitivamente apenas a expressão d'um contracto de cambio trajecticio, de troca de dinheiros ou mercadorias em logares distantes, foi mais tarde, a partir do meiado do seculo xvii, applicado a todos os pagamentos entre commerciantes, transformando-se com a lei cambiaria allemã de 1848 n'uma carta de credito em beneficio de todos.

Nos processos d'esta evolução constituiu-se com todas as garantias proprias e adequadas ás exigencias do commercio este capitulo interessantissimo do direito commercial—o direito cambiario.

Para que a letra de cambio satisfizesse a multiplicidade de fins a que é destinada, á sombra da sua funcção generica de credito, para facilitar a execução dos contractos que ella implicitamente encerra, e para tornar mais certo o seu cumprimento, o direito cambiario tem procurado sempre

¹ Cfr. Introducção, pag. 12 e 13.

tornar mais facil e segura a circulação da letra de cambio, quer simplificando e precisando as formas da sua criação e transmissão, quer assegurando o seu pontual pagamento, com a responsabilidade solidaria de todos os obrigados e com um processo rapido mas efficaz, quando falte o pagamento voluntario ¹. Em harmonia com estes principios fundamentaes, que inspiram todo o moderno direito cambiario, foram regulados, com todas as garantias, simples na forma, mas efficazes e rigorosas na essencia, o saque e resaque das letras de cambio, o acceite, o indosso, o vencimento, o pagamento, e o protesto na falta de acceite ou de pagamento.

Não se contentou, porém, o direito cambiario com os institutos da criação, transmissão e acceitação da letra de cambio, porque nem sempre aquelle que se obriga por meio d'este titulo tem o credito sufficiente para dar ao portador a confiança plena no cumprimento da promessa cambiaria. Foi por isso que o direito cambiario, logo nas primeiras epochas da sua evolução, accrescentou á letra de cambio um outro instituto, que facilita a sua circulação, reforçando as suas garantias. E' o *aval*, que, no dizer altamente

¹ Supino, *La cambiale e l'assegno bancario*, pag. 6, 7 e 19.—Nouguier, ob. cit., t. 1, pag. 519.—Calamandrei, *La cambiale*, pag. 142.

expressivo de Vidari, resulta do systema da aggrgação de forças applicado á materia do credito cambiario ¹.

25.—Se todos os commercialistas estão de accordo na funcção de maior garantia que o aval desempenha, reforçando todas as outras garantias da letra de cambio, profundas lavram, porém, as divergencias, tanto na doutrina como nas leis e na jurisprudencia, quando se procura determinar e fixar a sua natureza juridica.

Da doutrina de todos os commercialistas, bem como das disposições de todo o direito cambiario positivo, resulta unanimemente que o aval é uma garantia do pagamento da letra prestada por um terceiro.

Será pois o aval uma verdadeira fiança, ou será antes uma obrigação cambiaria directa e pessoal, independente de qualquer das outras obrigações, que já figuram na letra?

Eis a questão que se debate, interessante no campo theorico e especulativo, mas sobretudo curiosa e importante em suas consequencias practicas.

Se o aval constitue uma verdadeira fiança, ou pelo menos, uma das formas especiaes d'este

¹ Vidari, *La cambiale*, pag. 248 e 249.

instituto juridico, ser-lhe-ão applicaveis os mesmos principios geraes; mas se, pelo contrario, é uma obrigação directa, tão independente como a do sacador, a do indossante ou a do acceitante, não poderá regular-se por outros principios que não sejam os do direito cambiario.

26.—Na legislação cambiaria, principalmente na Allemanha e na Italia, e em muitos dos mais insignes commercialistas vae prevalecendo a opinião de que o aval não constitue uma verdadeira fiança, embora de natureza particular, nem mesmo uma obrigação subsidiaria; é, pelo contrario, como todas as obrigações cambiarias, uma obrigação pessoal e directa, existente por si mesma, e independente de todas as outras, que figuram na letra, sendo por isso mesmo válida, ainda que seja nulla, por falsidade ou incapacidade, a obrigação que se pretende garantir por meio do aval¹. Tal é a doutrina consignada no codigo commercial italiano, embora d'uma forma tão incorrecta e incoherente que pode levantar serias duvidas no espirito do interprete.

E foi certamente a falsidade do principio, obscuramente formulado no codigo italiano, que

¹ Cod. com. italiano, art. 275.º, alinea 1.ª—Supino, ob. cit., pag. 139.—Calamandrei, ob. cit., pag. 143.—Vidari, ob. cit., pag. 250.—Marghieri, *La cambiale*, pag. 65 e 66.

determinou o insigne Vidari a sustentar que o aval é realmente uma verdadeira fiança, ainda mesmo em face do código, e como tal, sujeito às regras geraes d'este contracto, emquanto ellas forem conciliaveis com a natureza particular do contracto de cambio ¹. A doutrina exegetica de Vidari é seguramente fundada, embora elle o não declare, sobre a primeira parte da alinea 1.^a do art. 275.^o, onde se dispõe que o dador d'aval assume a obrigação da pessoa pela qual garante; não se comprehende, na verdade, em face d'esta expressa determinação da lei, como seja válida a obrigação do aval, quando fôr nulla a obrigação garantida, a não ser por incapacidade. Mas é forçoso renunciar á interpretação de Vidari, porque a segunda parte da mesma alinea do art. 275.^o expressamente faz subsistir a obrigação cambiaria do dador d'aval, ainda mesmo quando seja nulla a obrigação da pessoa em favor da qual o aval é dado. Ha apenas a registrar n'este systema do código italiano uma contradicção flagrante, mas, de resto, os commentadores veem-se na dura necessidade de sacrificar a razão á letra da lei, sustentando, contra Vidari, que o aval não é uma fiança, mas sim uma obrigação cambiaria independente.

Embora consagrando o mesmo falso principio da validade do aval, a despeito da nullidade da

¹ Vidari, ob. cit., pag. 250 e seg.

obrigação garantida, foi todavia mais logica a lei cambiaría allemã de 1848, que no art. 81.^o dispoz bem claramente: «*são obrigados em virtude da letra de cambio o sacador, o acceitante e o indossante, bem como todo o signatario da letra, da copia, da acceitação ou do indosso, ainda mesmo que não tivesse assignado senão como fiador (por aval). A sua obrigação estende-se a tudo o que pode reclamar o portador por falta de pagamento. O portador pode proceder contra cada um dos obrigados pela totalidade do seu credito; pode escolher aquelle dos obrigados que elle quizer demandar em primeiro logar*».

Reflectindo, depurando e exagerando mesmo esta doutrina, os jurisconsultos allemães vão mais longe do que a escola italiana, porque não só negam ao instituto do aval os caracteres da fiança, mas até o consideram como um verdadeiro contracto de cambio, affirmando ser elle precisamente um novo saque, um novo acceite ou um novo indosso, conforme é dado em favor do sacador, do acceitante ou do indossante, designando-se até os dadores d'aval pelas denominações *comsacador*, *coacceitante* ou *coindossante* ¹.

¹ Thöl, ob. cit., vol. II, parte II, pag. 164 e seg., 170 e seg.

27.—O systema do codigo commercial italiano e da lei cambiaria allemã não é o do código hespanhol, nem o do antigo codigo italiano de 1865; segundo estes ultimos, o aval constitue uma verdadeira fiança, embora de natureza particular, pelo seu character de solidariedade e intima conexão com o contracto de cambio ¹.

Com o systema d'estes codigos concorda a lei hungara de 1876 sobre o cambio (art. 67.^o), apezar de Vidari ² a citar como pertencendo ao systema allemão e italiano.

Outros codigos, como o francez (art. 142.^o) e o argentino (art. 682.^o) parecem estabelecer um systema mixto, segundo o qual a obrigação do aval pode ser absoluta, ou limitada pela vontade das partes; no primeiro caso, o aval importa uma obrigação solidaria com a de todos os outros signatarios da letra; mas, no segundo, referindo-se a um determinado signatario, a cuja responsabilidade se limita, constitue uma verdadeira fiança, solidaria, relativamente á sua validade, apenas com a obrigação da pessoa afiançada. Comtudo os escriptores francezes dizem sempre que o aval,

¹ Calamandrei, ob. cit., pag. 143.—Cod. com. hespanhol, art. 487.^o—*El nuevo codigo de comercio*, publicado por *La Revista de los tribunales*, nota ao artigo 487.^o

² Ob. cit., pag. 250, nota 2.

não se devendo confundir com a fiança ordinaria, é todavia uma fiança particular ¹.

E' precisamente o mesmo o systema do nosso velho codigo commercial (art. 353.^o) ².

28.—São, pois, tres os systemas seguidos pelo direito cambiario sobre a natureza juridica do aval: o aval é uma obrigação pessoal e directa, tão independente como qualquer das outras obrigações cambiarias, e por isso, só pode ser nullo por falsidade, ou por incapacidade da pessoa que o presta, ou quando forem nullas todas as outras obrigações da letra, individualmente consideradas, ou collectivamente, em virtude de nullidade total da letra por falta de um ou mais requisitos essenciaes (novo cod. com. italiano e lei cambiaria allemã); o aval constitue uma verdadeira fiança, e como tal, accessorio da obrigação garantida, e dependente da validade d'esta (cod. com. hespanhol e antigo cod. com. italiano); emfim, segundo um terceiro systema, aparentemente mixto, o aval constitue uma forma particular da fiança, umas vezes limitada á responsabilidade de certos e determinados obrigados, e por isso mesmo, dependente da validade da obrigação ou obriga-

¹ Nougier, ob. cit., vol. I, pag. 521.—Leon Caen e Renault, vol. III, pag. 36, n.^o 38 bis.

² Dr. Forjaz, ob. cit., vol. II, pag. 106.

ções garantidas, e outras vezes garantindo genericamente o pagamento da letra, e então subsiste desde que seja valida uma só que seja das obrigações que figuram na letra (cod. com. francez e nosso velho codigo de F. Borges) ¹.

29.—Qual d'estes systemas é o preferivel, o que tem mais logico fundamento juridico, harmonizando-se com a natureza das cousas?

Vidari, criticando com notavel clareza o systema allemão e italiano, demonstra com argumentos seguros a identidade da intrinseca natureza juridica da fiança e do aval; e tão rigorosa é a sua demonstração, que nós vamos limitar-nos por emquanto a reproduzir a sua doutrina. Certamente, sobre o aval, como sobre qualquer outra obrigação cambiaria, não deve exercer influencia alguma a nullidade das obrigações anteriores ou posteriores á obrigação garantida; mas querer que o aval seja independente d'esta ultima obrigação é o mesmo que tirar-lhe todo o fundamento juridico. E na verdade, se, por confissão commum, o aval é uma

¹ Mas os dois ultimos systemas reduzem-se essencialmente a um só, que considera o aval como uma verdadeira fiança, embora de natureza especial, determinada pelas condições particulares do contracto de cambio; a differença está apenas em que n'um caso o aval é uma fiança restricta a certas e determinadas pessoas, emquanto no outro caso se estende a todos os obrigados da letra, tanto anteriores como posteriores.

obrigação contrahida para garantir uma outra, como ha de elle nascer, viver e subsistir, quando fôr nulla a obrigação garantida? Comprehende-se facilmente que se possa garantir uma obrigação futura, desde que ella se venha a constituir com todas as condições de vitalidade; mas o que não se comprehende é a garantia d'uma obrigação que não existe nem pode legalmente existir.

Seria realmente um absurdo, um contrasenso juridico, afastar o aval do conceito fundamental da fiança, reconhecendo a sua validade, independentemente da obrigação garantida. Diga-se, muito embora, que o aval é uma especie do genero fiança, uma fiança que necessariamente participa da natureza cambiaria da obrigação garantida; será, pois, uma fiança cambiaria, *sui-generis*; chame-se-lhe o que quizerem, na certeza de que é sempre uma obrigação accessoria, que portanto deriva a propria vida da vida da obrigação principal garantida; e a nullidade d'esta obrigação arrasta naturalmente consigo a nullidade do aval. N'este conceito é que deve inspirar-se a doutrina, a lei e a jurisprudencia, se quizerem respeitar a natureza real das cousas ¹.

Tal é a doutrina de Vidari, só de per si sufficiente para repellir o systema allemão e italiano,

¹ Vidari, ob. cit., pag. 250-253.

mas incompleta e insufficiente para a apreciação dos outros dois systemas.

O systema italo-germano é, com effeito, insustentavel, não só porque falseia a natureza das cousas, como demonstra Vidari, mas principalmente porque contraria o espirito do instituto cambiario do aval. O aval foi, como dissémos, acrescentado aos outros institutos cambiarios, para promover e facilitar o mais possivel a circulação da letra de cambio, reforçando as suas garantias; e para conseguir este fim, será por consequencia indispensavel facilitar tambem tanto quanto possivel a prestação d'aval, não só pela simplificação das suas formas, mas muito principalmente pela determinação precisa e equitativa da responsabilidade dos dadores d'aval; ora precisamente, o systema italo-germano, declarando indefinida e excessivamente rigorosa a responsabilidade do dador d'aval, cria naturalmente a repugnancia pela prestação de tal garantia e contraria fundamentalmente o espirito d'este instituto cambiario.

Resta pois a escolha entre os outros dois systemas. E é facil de ver que sem duvida é preferivel o systema que considera o aval uma fiança, limitada e solidaria com a responsabilidade de certos e determinados obrigados, quando estes forem expressamente declarados, ou generica e solidaria com todas as outras obrigações, quando garantir incondicionalmente o pagamento da letra.

E, com effeito, este systema, emquanto por um lado evita a repugnancia que poderia naturalmente resultar da responsabilidade exagerada do dador d'aval, permittindo a garantia limitada a certos e determinados obrigados, por outro lado mais anima o espirito do instituto cambiario do aval, emquanto estabelece a responsabilidade generica do dador d'aval, quando não forem expressamente declaradas a obrigação ou obrigações garantidas.

E nem por isso o aval deixa de ser em seus caracteres intrinsecos uma verdadeira fiança, pois fiança é sempre a garantia pessoal prestada por um terceiro ao cumprimento de obrigações alheias.

30.—Não quiz, porém, o nosso codigo commercial seguir este caminho dos verdadeiros principios, aliás já traçado no antigo codigo de Ferreira Borges. O novo codigo firmando no art. 306.º o principio da solidariedade entre o dador d'aval e a pessoa afiançada, e fazendo depender a validade do aval da validade da obrigação garantida (§ unico do art. 336.º), consagrou legalmente o verdadeiro conceito juridico do instituto do aval.

Mas estabelecendo no art. 307.º a presumpção *juris et de jure*, ou antes, o principio formal de que o aval é dado em favor do acceitante, e na falta d'este, em favor do sacador, quando não fôr expressamente indicada a pessoa garantida, en-

cerrou o instituto do aval no espirito acanhado da fiança restricta, limitada á garantia de certa e determinada obrigação.

Se o codigo quizesse consignar os verdadeiros principios, em logar da disposição do art. 307.º, deveria declarar que, na falta de indicação expressa da pessoa ou pessoas afiançadas, o aval se julgaria dado em favor de todos os coobrigados cambiarios.

Dir-se-ia que o codigo quiz identificar por completo os institutos do aval e da fiança, e realmente são bem terminantes e significativas n'este sentido as disposições dos art. 101.º e 306.º e § unico do art. 336.º, podendo mesmo dizer-se que no systema do codigo se dispensavam taes disposições, porque ellas se encontram implicitamente comprehendidas no art. 100.º do mesmo codigo e no art. 822.º do cod. civil.

E do que seguramente não resta duvida alguma é que o codigo commercial constituiu e organisou os dois institutos sob o mesmo conceito fundamental, embora attribuisse ao aval certos caracteres differenciaes, pela sua intima connexão com a natureza especial do contracto cambiario.

E convem nunca perder de vista esta conclusão, scientificamente exacta, e logicamente deduzida do systema do codigo, porque d'ella resultam notaveis consequencias praticas, que se traduzem na applicação de todos os principios da fiança á regulamentação juridica do aval, sempre que elles

não sejam absolutamente inconciliaveis com os direitos e obrigações inherentes á letra de cambio.

Assim, além das disposições consignadas no codigo commercial, são tambem applicaveis ao aval quasi todas as disposições dos art. 818.º e seg. do codigo civil.

Importa, porém, averiguar até onde se estende a identidade e a analogia dos dois institutos, nos differentes elementos juridicos que os constituem, tanto na sua natureza intrinseca, como nas suas condições extrinsecas, e onde é que começam e em que formas apparecem os caracteres differenciaes dos mesmos elementos.

Identificar até onde fôr possível, e comparar, quando a identidade não existe, as diversas condições de capacidade, constituição, effeitos juridicos e extincção dos dois institutos — o aval e a fiança — será o objecto do proximo capitulo.

CAPITULO II

CARACTERES IDENTICOS, ANALOGICOS E DIFFERENCIAES DA FIANÇA COMMERCIAL E DO AVAL

SUMMARIO.—31. Objecto e fim; identidade essencial e differença accidental. O aval pelo acceite é aval pelo pagamento.—32. Pessoas: fiador, dador d'aval, devedor garantido e credor; abonação; identidade essencial e differença accidental. A presumpção do art. 307.º é *juris et de jure*.—33. Condições em que pode ser constituida a fiança e o aval; identidade essencial e analogia.—34. Capacidade das pessoas; validade da obrigação; identidade.—35. Constituição ou forma; analogia e differenças: aval na propria letra, e aval em documento separado; aval escripto e em branco.—36. Identidade fundamental da solidariedade na fiança e no aval; differenças.—37. Direitos, obrigações e acções na fiança e no aval; identidade fundamental, analogia e differenças.—38. Execução e extinção.

31.—Dos art. 818.º do codigo civil e 304.º do codigo commercial, e da doutrina anteriormente exposta, resulta claramente que tanto a fiança generica, civil ou commercial, como a fiança cambiaria ou aval se inspiram no mesmo conceito fundamental; os dois institutos teem no fundo o mesmo objecto—a garantia do cumprimento das obrigações economicas prestada por um terceiro, que reforça os direitos ordinarios do credor.

Sob este conceito, os dois institutos são, como já demonstrámos no capitulo precedente, essencialmente identicos na sua intrinseca natureza jurídica. Apenas se distinguem accidentalmente na forma externa do seu objecto; enquanto a fiança generica garante o cumprimento das obrigações civis e commerciaes em geral, a fiança cambiaria ou aval garante apenas uma classe especial das obrigações commerciaes — as cambiarias — assegurando o pagamento da letra de cambio.

A fiança e o aval teem fundamentalmente o mesmo fim moral e economico — proteger e desenvolver o credito pessoal — distinguindo-se apenas externamente, porque, enquanto a fiança civil e commercial tem por fim o desenvolvimento normal do credito, especialmente na vida mercantil, o aval alcança sómente uma forma particular do credito — o credito cambiario — promovendo e facilitando a circulação da letra de cambio.

O objecto e o fim d'estes dois institutos do credito pessoal são essencialmente identicos; e só accidentalmente, apenas na sua forma externa, apresentam caracteres differenciaes.

E' de notar, porém, que alguns escriptores admittem tambem o aval limitado ao simples acceite, e o projecto primitivo do actual codigo commercial italiano quiz sancionar esta doutrina, declarando que por meio do aval se podia garantir não só o pagamento mas tambem o acceite da

letra, podendo mesmo restringir-se ao simples acceite com a clausula «aval por acceite»¹.

É importa desde já averiguar o verdadeiro alcance d'esta doutrina, porque, se realmente o aval pode ser limitado á simples garantia do acceite, ella contraria em parte o principio da *identidade da intrinseca natureza juridica da fiança e do aval*.

A doutrina, applicada em toda a sua pureza, apenas impõe ao dador d'aval a obrigação de garantir ao portador o acceite da letra; e desde que a letra seja acceite, o portador não tem acção alguma contra elle.

Mas sendo assim, ha de necessariamente acontecer uma d'estas duas hypotheses: ou o dador d'aval não consegue o acceite, e então paga elle a letra; ou então, desde que alcance o acceite, fica *ipso facto* desonerado da obrigação. No primeiro caso, a garantia do aval limitada ao acceite resolve-se por fim no pagamento da letra. No segundo caso, quer o acceitante pague, quer não, a garantia do aval é uma completa inutilidade. A garantia do aval pelo acceite só se comprehende sendo tambem o dador d'aval obrigado ao pagamento da letra, para prevenir a falta de pagamento do acceitante, porque só assim pode desempenhar

¹ Os motivos que determinaram esta doutrina do projecto, e os que a impediram de chegar até ao codigo, podem vêr-se em: Supino, ob. cit., pag. 140 e 141. — Calamandrei, ob. cit., pag. 150-152.

a sua função adequada ás necessidades particulares do credito cambiario, assegurando o rapido e prompto pagamento da letra de cambio.

Para que o aval pelo acceite seja útil á vida cambiaria, é pois indispensavel que a garantia se resolva no pagamento da letra, se necessario fôr. E assim fica sempre salva a doutrina que defendemos.

Mas admittirá o nosso codigo commercial a garantia do aval limitada ao simples acceite? Os art. 304.º, 306.º e 307.º respondem terminantemente que não.

Mas será então nullo, ou ter-se-á por não escripto o aval dado «pelo acceite»? Tambem não. Aquelles artigos, comparados com os art. 305.º e 335.º mostram claramente que o aval dado nestas condições é perfeitamente válido, e se resolve na obrigação de pagar a letra, reputando-se dado pelo acceitante, desde que o haja, e pelo sacador, se a letra não estiver acceite.

Em summa, o aval pelo acceite é aval pelo pagamento.

32. — A garantia da fiança refere-se naturalmente a tres entidades distinctas: á pessoa que a presta (fiador); á pessoa a favor de quem é dada (devedor); e á pessoa a quem é devida a obrigação (credor).

Os art. 827.º, 828.º e 829.º do código civil, applicaveis á fiança mercantil, por força do disposto no art. 3.º do código commercial, previnem e regulam ainda a instituição d'uma quarta entidade juridica da fiança (abonador), que pode garantir a solvabilidade do fiador (art. 827.º). E' de notar, porém, que a abonação é precisamente uma fiança, pois que, prestada a fiança, o fiador é tambem um devedor, embora de natureza particular, e o abonador não faz mais que garantir a obrigação do devedor fiador. E nada se oppõe juridicamente a que um segundo abonador intervenha para garantir a obrigação do primeiro, e assim successivamente, embora economicamente este mecanismo de abonações, em vez de affirmar a confiança, traduza a desconfiança do credito pessoal. Seja como fôr, é certo que a abonação é uma fiança, e só apparentemente o abonador representa uma quarta entidade juridica da fiança; no fundo o abonador é um fiador. E assim o entendeu o código civil, que no art. 829.º sujeitou a abonação ás disposições que regulam a fiança em geral.

Voltando-nos agora para a fiança cambiaria ou aval, lá encontramos egualmente as tres entidades: o dador d'aval (fiador), o dono da letra ou o seu portador de direito (credor), e o obrigado em favor do qual é prestada a garantia — acceitante, sacador ou indossante (devedor).

Mas admittirá tambem o codigo commercial a abonação do dador d'aval? O codigo é omisso n'este ponto; mas, entendido que o aval é precisamente uma fiança, sendo-lhe por isso applicaveis as disposições dos art. 818.º e seg. do codigo civil, como demonstrámos no capitulo anterior, é evidente que tambem á fiança cambiaria se pode applicar o instituto da abonação (aval pelo dador d'aval), regulando-se em geral pelas mesmas disposições que o primeiro aval. E dizemos *em geral*, porque a abonação cambiaria não pode, por exemplo, ser dada por meio da simples assignatura do abonador no verso da letra, como é permittido no aval propriamente dito (art. 305.º, § un.); neste caso, a abonação cambiaria é o aval pelo acceitante, e na falta d'este, pelo sacador (art. 307.º).

Do que deixamos dito se conclue que os dois institutos, a fiança generica e a cambiaria ou aval, são essencialmente identicos, pelo que respeita ás pessoas a que se referem ou que nelles interveem.

Mas a disposição do art. 307.º estabelece n'esta materia uma differença accidental entre os dois institutos de credito: emquanto que na fiança generica o devedor garantido é designado pelo fiador, no aval é determinado pela lei, nos termos d'aquelle artigo, sempre que o aval é constituido pela simples assignatura no verso da letra ou não é claramente indicada a pessoa a favor de quem é dado.

De resto, nós já criticámos a doutrina do art. 307.º, concluindo que era preferível o código declarar n'estes casos o aval absoluto, dado em favor de todos os obrigados cambiarios ¹. Mas o código não quiz seguir este caminho, e preferiu dispôr: *se não se achar declarada a pessoa por quem se dá o aval, entender-se-á, estando a letra acceita, ser pelo acceitante, e, não o estando, ser pelo sacador.*

A expressão *entender-se-á* mostra que se trata d'uma presumpção. Mas que presumpção, *juris* ou *juris et de jure*?

O art. 307.º teve por fonte a segunda alinea do art. 275.º do código commercial italiano, e os commentadores d'este código divergem sobre o character da presumpção. Marghieri ² ensinando que a declaração d'aval collocada sobre, sob ou ao lado d'uma firma é feita em favor d'esta, embora se não declare expressamente, visto que n'estes casos a vontade do dador d'aval se patenteia clara e precisa, sustenta assim que a presumpção é *tantum juris*. E é singular que Vidari ³, ensinando que o dador d'aval não é admittido a provar o contrario da presumpção, perfilha comtudo a doutrina de Marghieri.

Sustentam com triumpho a doutrina contraria,

¹ Cfr., parte II, cap. I, pag. 74-76.

² Marghieri, ob. cit., pag. 67.

³ Vidari, ob. cit., pag. 257.

entre outros commentadores illustres, Supino e Calamandrei ¹.

E, com effeito, tanto em face do codigo italiano como do nosso, é evidente que se trata d'uma presumpção *juris et de jure*, que não admite prova alguma em contrario. Demonstram-no terminantemente a letra e o espirito da lei.

A lei quer que o dador d'aval declare a pessoa por quem dá a garantia, e faltando esta declaração, encarregou-se ella mesma de supprir a falta, estabelecendo uma presumpção, que evidentemente não pode ser destruida pelo simples facto de ser a assignatura ou a firma do dador d'aval collocada n'um ou outro ponto da letra, nem por qualquer outra prova, porque se com effeito tal fosse permitido, levantar-se-iam a cada passo duvidas, equivocos e questões, que precisamente a lei quiz evitar, consignando aquella presumpção ². Nem se diga que uma tal presumpção é muito gravosa para o dador d'aval, porque este tem um meio muito simples de fugir a ella: é fallar claro como é o seu dever ³.

33.—A lei, considerando naturalmente que a fiança é quasi sempre um acto de protecção e

¹ Supino, ob. cit., pag. 148. — Calamandrei, ob. cit., pag. 152.

² Supino, ob. e log. cit.

³ Vidari, ob. e log. cit.

dedicação, affirmando o credito pessoal d'aquelles cujas qualidades pessoaes não são sufficientemente conhecidas, consignou o moralizador principio de que ella pode ser estipulada entre o fiador e o credor, ainda sem consentimento do devedor, ou do primeiro fiador, se se referir a este (Cod. civ., art. 821.^o).

Mas tambem precisamente por este motivo, e porque a obrigação do fiador, embora distincta, é accessoria da obrigação do devedor garantido, a lei entende que a fiança não pode exceder a divida principal, nem ser contrahida sob condições mais onerosas, podendo, pelo contrario, contrahir-se por quantia menor, e com menos onerosas condições (Cod. civ., art. 823.^o, 1.^a parte). Comtudo, a lei, no intuito de proteger o credito, não annulla a fiança contrahida por quantia maior ou sob mais onerosas condições; declara a sua validade nos precisos termos da divida afiançada (Cod. civ., art. 823.^o, 2.^a parte).

Mas admittirá egualmente o codigo commercial a constituição da fiança cambiaria ou aval n'estas condições? Poderá talvez levantar-se esta duvida no espirito do interprete, tanto mais que o antigo codigo, de Ferreira Borges, no art. 353.^o dispunha: *o dador d'aval é solidariamente adstricto ás mesmas obrigações, e sujeito ás mesmas acções, que o sacador e indossados, salvas as diversas convenções das partes, ácerca do tempo, caso, quantidade*

ou pessoa determinada. E como o novo código no artigo correspondente (306.º) aproveitou a regra da primeira parte d'aquelle artigo e desprezou a excepção da segunda parte, pode porventura suppor-se que elle teve em vista rejeitar o aval limitado ou condicional.

Pela nossa parte entendemos que tal não foi o pensamento do legislador de 1888, e que, se desprezou a segunda parte do art. 353.º do antigo código, foi simplesmente porque a julgou completamente inutil, e mesmo perigosa, porque, sendo mal interpretada, poderia dar logar a abusos que adulterassem a natureza particular da letra de cambio.

A declaração da segunda parte d'aquelle artigo era com effeito inutil, pois que, demonstrada a identidade da intrinseca natureza juridica da fiança e do aval, é evidente que as disposições geraes do direito civil sobre a fiança generica são igualmente applicaveis á fiança do aval. E, além d'isso, era perigosa, porque dava logar a pensar-se que o dador d'aval ou, em geral, o fiador commercial podia eximir-se do vinculo da solidariedade mediante uma declaração expressa.

Por isso, entendemos não só que o código commercial admite o aval limitado ou condicional, mas tambem que elle foi mais preciso não consignando expressamente a declaração da segunda parte do art. 353.º do código antigo. E

assim entendemos, em geral, que o código actual admite o aval limitado, mas só ás condições que não contrariarem o espirito das disposições que regulam o contracto de cambio. E assim, no aval como no indosso, devem ter-se por não escriptas as clausulas «*sem protesto*», «*sem solidariedade*», «*sem despesas*», ou outras equivalentes (art. 331.^o).

O aval pode ser constituído nas mesmas condições que a fiança, ainda mesmo em relação ao tempo.

Na França e na Italia tem-se discutido se o aval pode prestar-se depois do vencimento da letra, pronunciando-se uns pela negativa e outros pela affirmativa; os primeiros dizem que depois do vencimento a letra se pode considerar extincta por falta de pagamento, ou que pelo menos a operação cambiaria está já consummada, e não admite por isso augmento de obrigações do mesmo genero e pela mesma causa, e que por consequencia o aval prestado depois do vencimento é uma simples fiança ordinaria; pelo contrario, dizem os segundos que a letra, como qualquer outra obrigação, se extingue pelo pagamento, e que por consequencia não ha razão para excluir o aval depois do vencimento ¹. E os que sustentam a primeira opinião, como Nougier, Supino, Vidari

¹ Supino, ob. cit., pag. 149. — Vidari, ob. cit., pag. 262.

e outros, reforçam ainda as suas considerações com a circumstancia de ser o indosso, feito depois do vencimento, uma simples cessão ordinaria de creditos (Cod. com., art. 302.^o).

Pela nossa parte entendemos que o aval pode ser contrahido em qualquer epocha antes do pagamento, não só porque a letra mantém a sua natureza cambiaria enquanto não for paga, mas tambem porque a lei não distingue entre aval prestado antes e depois do vencimento—*ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere*. Nem se pode logicamente argumentar com a natureza do indosso feito depois do vencimento, pois que o aval é um acto completamente differente.

34.—A condição primeira e essencial para a validade da fiança e do aval, como de resto para todos os actos juridicos, é a capacidade, concreta ou objectiva, de exercer direitos.

Importa pois determinar quem pode validamente obrigar-se por fiança e por aval.

O codigo commercial identificou a capacidade commercial com a civil ¹. E foi por isso mesmo

¹ Sobre a capacidade e suas restricções, vej.Codigo commercial, art. 7.^o, 8.^o, 11.^o, 12.^o e 16.^o;Codigo civil, art. 98.^o, 99.^o, 305.^o, 306.^o, 311.^o, 314.^o, 337.^o, 340.^o, 353.^o, 819.^o, 1116.^o e 1193.^o, 1189.^o e outros.

que não regulou a capacidade especial para afiançar ou garantir por aval, pois que, identificadas as duas capacidades—civil e commercial—não temos outra cousa a fazer senão recorrer ao código civil por intermedio do art. 3.º do código commercial.

A disposição do código civil reguladora da capacidade da fiança é o art. 819.º: *podem afiançar todos os que podem contractar, excepto as mulheres, não sendo commerciantes.*

Ficamos pois sabendo que nos actos juridicos de natureza civil podem afiançar todos os maiores e menores emancipados que não forem interdictos dos seus direitos civis por demencia, surdez-mudez, prodigalidade ou por qualquer incapacidade accidental; exceptuam-se, porém, as mulheres que não forem commerciantes (Cod. civ., art. 819.º), e os emancipados pelo casamento nos termos do art. 306.º do Código civil. E é de notar ainda que mesmo a fiança d'obrigações civis prestada por mulher não commerciante é válida nos quatro casos do art. 820.º

Serão tambem estas as regras reguladoras da capacidade da fiança em obrigações commerciaes?

As divergencias levantam-se apenas relativamente á capacidade das mulheres não commerciantes, entendendo-se geralmente que, não obstante a disposição do art. 819.º do código civil,

ellas podem afiançar obrigações commerciaes ¹, visto o art. 9.º do código commercial declarar: *a mulher que praticar qualquer acto de commercio por conta propria ou associada com outrem, nos casos em que tal lhe é permittido, não pode reclamar contra o que d'elle derivar beneficio algum concedido pela lei nacional ou estrangeira ás pessoas do seu sexo.*

Contra a doutrina geralmente seguida, nós entendemos que a restricção da capacidade das mulheres não commerciantes relativamente á fiança se mantem ainda no dominio do código commercial, pois que o art. 819.º do código civil estabelece uma incapacidade especial da mulher não commerciante, em vez de conceder um privilegio ou um beneficio.

:: Bem sabemos que esta incapacidade pode reverter ás vezes em beneficio da mulher que por fraqueza ou sentimentalismo se deixou illudir, afiançando um devedor desleal; mas a verdade tambem é que, talvez na maioria dos casos, a prohibição do art. 819.º representa uma odiosa incapacidade, injustificavel nos tempos modernos, depois que por toda a parte se proclama a igual-

¹ Vej. d'esta opinião: *Lições de direito commercial*, anno lectivo de 1890-91, lic. XL, pag. 407 e 408, sendo professor o ex.^{mo} sr. Dr. José Braz de Mendonça Furtado, e anno lectivo de 1891-92, lic. XXIX, *explicação* XIII, pag. 247-249, sendo professor o ex.^{mo} sr. Dr. Dias da Silva.— *Estudos sobre o direito commercial portuguez*, do sr. Eduardo Saldanha, pag. 110 e 111.

dade juridica dos dois sexos, nas relações sociaes do chamado direito privado.

E por isso mesmo condemnamos a prohibição do art. 819.º do codigo civil.

Mas como a nossa missão é interpretar a lei, *de jure constituto*, entendemos que aquella prohibição se estende ao direito commercial, apesar da interpretação que se dá geralmente ao art. 9.º do respectivo codigo, referindo-o á fiança, para se dizer que elle revogou nas relações commerciaes a prohibição do art. 819.º do codigo civil.

E nem se diga, em abono de tal doutrina, que o fim do art. 9.º do codigo commercial, assim como o do artigo correspondente (18.º) do velho codigo, foi evitar que fosse prejudicado o pontual e rigoroso cumprimento das obrigações commerciaes¹, porque o facto de não ser valida a fiança prestada por mulheres não commerciantes, em nada contraria, mas antes reforça, aquelle mesmo espirito do codigo commercial; porque, se com effeito o espirito das restricções á capacidade das mulheres deriva da sua natural fraqueza, estendendo a incapacidade fidejussoria das mulheres ás relações commerciaes, mais se reforça o credito pessoal, fazendo-o assentar em bases naturaes, pela capacidade fidejussoria limitada ao sexo forte².

¹ Dr. Diogo Forjaz, ob. cit., vol 1, pag. 18.

² Note-se que nós não admittimos a desigualdade juridica dos sexos nas relações do direito contractual economico. Empre-

Entendemos pois que no espirito da nossa legislação civil e commercial, e na propria letra das disposições applicaveis (art. 819.º do Cod. civ. e 9.º do Cod. com.), é commum o principio da incapacidade fidejussoria das mulheres não commerciantes.

Mas, *de jure constituendo*, entendemos que a capacidade fidejussoria não devia fazer excepção ás regras geraes da capacidade civil. Nem ha motivo algum para reconhecer a capacidade fidejussoria á mulher commerciante e negal-a á mulher não commerciante. Tal distincção é hoje um anachronismo, que se justifica historicamente pelo antigo character subjectivo do direito commercial, mas que ha de necessariamente desaparecer nas tendencias do direito commercial para a constituição organica do direito economico.

Mas assente que, *de jure constituto*, a mulher não commerciante não pode afiançar, nem mesmo obrigações commerciaes, pode objectar-se-nos: o que significa então o art. 9.º do codigo commercial? A resposta é facil. Significa o seguinte: para a mulher estrangeira significa o que elle diz, isto é, que ella não pode, em cumprimento d'obrigações commerciaes contrahidas nos termos da lei

gamos todavia o argumento, porque elle tem ainda raizes no espirito do direito civil portuguez, e tratando-se de interpretar a nossa legislação, é-nos licito empregal-o contra a doutrina contraria á nossa.

portugueza, reclamar qualquer privilegio concedido pela lei do seu paiz ás pessoas do seu sexo; e relativamente ás mulheres portuguezas, significa apenas uma copia inconsiderada do art. 18.º do velho codigo commercial, que já não tem hoje applicação, mas que a tinha no regimen do direito antigo. No direito antigo a mulher gozava do privilegio da *rescisão das transacções por lesão* e do *privilegio dotal*¹. Mas no direito actual o primeiro privilegio já não existe, nem para os menores (cod. civ., art. 297.º e 1582.º); e o segundo existe, mas é expressamente mantido até mesmo pelo direito commercial (cod. com., art. 11.º e 16.º).

Estender-se-á egualmente a incapacidade das mulheres não commerciantes á fiança cambiaria ou aval? Evidentemente que sim. Desde que o codigo commercial não regula especialmente a capacidade cambiaria, temos de recorrer aos principios geraes do respectivo direito; e como o aval não é outra cousa senão uma fiança, é claro que as mulheres não commerciantes não podem garantir o pagamento d'uma letra de cambio, como dadoras d'aval.

Até aqui temos fallado da capacidade do fiador.

Fallemos agora da capacidade do devedor afiançado.

¹ Dr. Diogo Forjaz, ob. cit., pag. 19.

A capacidade do devedor afiançado regula-se pelas mesmas regras geraes, tanto na fiança generica, civil ou commercial, como na fiança cambiaria.

Mas que influencia tem a incapacidade do devedor afiançado sobre a validade da fiança? Responde muito claramente a letra dos art. 822.º do codigo civil e 336.º, § unico, do codigo commercial.

O art. 822.º do codigo civil declara: *é nulla a fiança, que recae em obrigação que não seja valida, excepto se a nullidade da obrigação proceder unicamente de incapacidade pessoal.*

§ 1.º *N'este ultimo caso a fiança subsiste ainda que o devedor principal faça rescindir a sua obrigação.*

§ 2.º *Esta excepção não abrange a fiança feita por emprestimo a filho familias, como se dirá no titulo respectivo, artigos 1535.º e 1536.º*

E por seu lado, o codigo commercial diz no artigo 336.º: *toda a assignatura apposta n'uma letra sujeita o signatario á obrigação que ella implica, sem embargo da nullidade de qualquer outra obrigação ou da falsidade de qualquer outra assignatura.*

§ unico. *Ao dador d'aval, porem, aproveita a nullidade da obrigação do afiançado, excepto se tal nullidade se fundar na incapacidade pessoal d'este.*

Estas disposições mostram claramente que a

validade da fiança e do aval é dependente da obrigação garantida, e que a fiança, assim como o aval, é nulla, sempre que seja nulla a obrigação garantida, excepto se a nullidade d'esta resultar de incapacidade pessoal do afiançado. Apenas a hypothese do § 2.º do art. 822.º do codigo civil não tem applicação ao aval, visto que a letra de cambio é um contracto *litteris*, que affirma a obrigação que do titulo consta, sem se importar com o acto ou contracto que lhe deu origem.

Das considerações expostas resulta que a capacidade das pessoas e a validade ou nullidade, que d'ella resulta, são essencialmente identicas nas tres formas da fiança—civil, commercial e cambiaria ou aval.

35.—Relativamente á constituição ou forma externa, a fiança generica, tanto a civil como a commercial, e a fiança cambiaria ou aval são no fundo analogas, mas apresentam algumas modalidades differenciaes.

O codigo civil, attendendo certamente ao character accessorio da fiança, dispoz no art. 826.º: *tanto a fiança, como a exoneração d'ella, provam-se pelos meios estabelecidos na lei para se provar o contracto principal.* E esta disposição é applicavel á fiança commercial, por virtude do disposto no art. 3.º do respectivo codigo.

De modo que a fiança deve contrahir-se por documento authenticico ou authenticado, por documento particular, ou por simples contracto verbal, segundo as formas externas de constituição que a lei exigir para a obrigação principal.

Porém, o codigo commercial, regulando no art. 305.º e seu § unico a constituição externa da fiança cambiaria ou aval, dispoz: *o aval pode ser escripto na propria letra, ou prestado em documento separado, e até por carta.*

§ unico. *A simples assignatura apposta por um terceiro no verso da letra importa prestação de aval.*

O codigo commercial alterou d'este modo, para a fiança cambiaria, a regra geral da constituição externa da fiança, segundo a qual esta se constitue pela mesma forma que a obrigação principal, permitindo que o aval se constitua não só por meio da *letra*, em que se contrahe a obrigação principal, mas tambem por qualquer documento separado, e até por meio de carta.

Mas como a forma mais usada, por ser a mais natural, é a propria letra, pode dizer-se que no fundo são analogas as formas externas de constituição da fiança e do aval; e o facto de poder prestar-se o aval por qualquer documento, e mesmo por carta mais confirma ainda aquella analogia.

Temos pois duas formas de contrahir o aval: a propria letra e qualquer documento separado. E era mesmo dispensavel que o art. 305.º acres-

centasse — *e até por carta*, visto que uma carta é um documento particular.

Pode contudo discutir-se se o moderno conceito juridico da letra de cambio se harmonisa com a prestação d'aval por documento separado, e a discussão tem-se ventilado com grande vivacidade, principalmente na França e na Italia.

Nas primeiras epochas da evolução do direito cambiario o aval era prestado sempre sobre a propria letra, e foi este o systema consignado na Ordenança franceza de 1673 (art. 33.^o), como necessario para produzir os effeitos d'uma obrigação cambiaria. Porém, os usos mercantis foram pouco a pouco introduzindo a pratica do aval em documento separado, ou porque repugnasse aos dadores d'aval o firmar com a sua assignatura os titulos cambiarios, ou mesmo no interesse dos signatarios afiançados, para não levantar suspeitas sobre a estabilidade do seu credito pessoal.

Na elaboração do codigo commercial francez discutiu-se vivamente sobre a preferencia do purismo da Ordenança de 1673 ou se pelo contrario deveria sancionar-se legalmente a pratica usual; e afinal o conselho d'Estado adoptou ambos os systemas, que foram consignados no art. 142.^o do codigo francez, d'onde passaram para o art. 227.^o do antigo codigo italiano.

Quando na Italia se tratou da elaboração do novo codigo, de 1882, a questão debateu-se nova-

mente com ardor e profundas divergências, e tão profundas que, tendo sido votado o systema consuetudinario no projecto preliminar do código, no projecto definitivo conseguiu-se revogar este systema para se consignar exclusivamente o purismo do aval na propria letra.

Mas entre as diversas razões apresentadas no respectivo relatorio ¹ ha apenas uma de valor. E' a necessidade de harmonisar o aval com os principios do moderno systema cambiario. Na phase da evolução do direito cambiario, representada no código francez, no antigo código italiano, e no nosso de Ferreira Borges, muito bem se comprehendia o aval por documento separado, porque então a letra de cambio não era senão a prova d'uma obrigação civil ou commercial, segundo a qualidade dos obrigados e a causa da obrigação. Mas esta forma do aval seria inconciliavel com o novo conceito da letra de cambio, que representa uma obrigação strictamente *formal*, um contracto *litteris*, cujo objecto ou cuja causa não pode procurar-se fóra do mesmo titulo cambiario, em documentos separados e de forma diversa. E por isso, para que o aval produza os effeitos cambiarios é necessario que seja dado na propria letra ².

¹ Pode ver-se a transcrição d'esta parte do relatorio em Supino, ob. cit., pag. 144-146.

² Vej. Relatorio cit. em Supino, ob. cit., pag. 145.

Vidari ¹, pretendendo justificar a disposição do código italiano, acrescenta ainda que o aval por documento separado impede a circulação regular da letra e dá lugar a enganosas insinuações que prejudicam o desenvolvimento normal do crédito.

A verdade porém é que todas essas considerações ficam muito áquém da realidade histórica dos factos do direito cambiário.

O aval por documento separado foi introduzido pela prática do commercio, e as leis commerciaes são e devem ser um producto dos usos e das necessidades reais da vida mercantil, embora ás vezes tenha de se modificar na sua applicação concreta o purismo rigoroso dos principios abstractos.

Mas no caso presente, em relação ao aval por documento separado, não é necessario sacrificar o rigor dos principios. E' certo que a letra de cambio representa uma obrigação meramente formal, e por isso, todas as condições que constituem a sua essência devem resultar apenas do proprio titulo cambiário. Mas como o aval é indubitavelmente uma obrigação accessoria, é evidente que elle pode constituir-se na propria letra ou em documento á parte, sem se alterar o conceito juridico do systema cambiário.

¹ Vidari, ob. cit., pag. 259 e 263.

E nem se diga, como Vidari, que o aval separado impede a circulação da letra e dá logar a enganosas insinuações, prejudiciaes ao desenvolvimento normal do credito, porque precisamente no interesse do credito pessoal é que a pratica mercantil introduziu o aval separado.

Os proprios commentadores italianos que mais condemnam o aval em documento separado reconhecem a sua validade não obstante o codigo commercial admittir só o aval na propria letra; mas, dizem elles, não tem senão os effeitos d'uma fiança solidaria.

Se, pois, o aval em documento separado corresponde ás necessidades do commercio, e não destróe a pureza dos principios do moderno systema cambiario, fez bem o nosso codigo commercial em o admittir, mantendo o que já estava consignado no antigo codigo (art. 352.º).

Estabelecido que são duas as formas de constituir o aval—na propria letra e por documento separado—vejamos agora os termos geraes em que elle pode ser declarado em qualquer dos casos.

Do art. 305.º e seu § unico vê-se que o aval pode ser escripto e em branco.

O aval é escripto quando se declara expressamente a pessoa por quem é dado; e o aval é em branco, no caso contrario.

Em qualquer dos casos é sempre essencial a

assignatura do dador d'aval; mas para que o aval seja escripto é além d'isso necessario que d'algun modo se individualise a pessoa afiançada.

A forma mais simples do aval em branco é a assignatura do dador d'aval no verso da letra; mas deve sempre ter-se em vista que a simples assignatura no verso da letra nem sempre representa um aval; representa um indosso quando fôr do dono da letra, que pode ser o proprio sacador, se a letra é á sua ordem, o tomador ou qualquer indossado.

O aval em branco pode constituir-se tambem pela simples assignatura na face anterior da letra, comtanto que seja acompanhada de qualquer expressão que mostre claramente tratar-se de aval, como por exemplo: *por aval*, *por garantia*, *por fiança*, *por F.* (afiançado), etc.; do contrario, uma tal assignatura seria um acceite, dado pelo sacado ou por um terceiro.

Quando o aval é dado em documento separado, pode tambem ser em branco, fazendo-se d'algun modo a declaração d'aval e individualizando a letra, sem se declarar expressamente o obrigado garantido.

Não se deve pois dar aqui ás expressões *escripto* e *em branco* a sua significação litteral: O aval escripto declara expressamente a pessoa afiançada, emquanto o aval em branco deixa á lei esta designação nos termos já mencionados do

art. 307.^o. De resto, o aval é sempre escripto, porque é sempre essencial a assignatura.

Esta variedade de formas simples do aval mostra o grande empenho da lei em facilitar o mais possivel a vida dos titulos cambiarios.

E de todas essas formas se vê que, embora a fiança e o aval sejam sob este ponto de vista essencialmente analogos, apresentam porém esta differença: o aval só pode provar-se por escripto, pelo menos com a assignatura, enquanto que a fiança pode provar-se por qualquer meio de prova, quando a obrigação principal não exigir maiores formalidades ¹.

36.—Constituida validamente uma fiança ou um aval, importa determinar os vinculos juridicos que ligam o fiador ao devedor, e os fiadores entre si.

O principal vinculo juridico é a *solidariedade*, que nós definimos: *o vinculo juridico que constitue diversas pessoas no mesmo sujeito colectivo d'uma obrigação ou d'um direito, de modo que cada um representa a collectividade* ².

¹ Cfr. pag. 97-98.

² Sobre as diversas definições da solidariedade, vej. sr. Barbosa de Magalhães, *Das obrigações solidarias em direito civil portuguez*, pag. 2-17.

Na fiança civil só ha solidariedade nos seguintes casos : 1.º se o fiador se obrigou como principal pagador; 2.º se renunciou ao beneficio da excusão; 3.º se o devedor não pode ser demandado dentro do reino (cod. civ., art. 830.º).

Das disposições dos art. 101.º, 306.º, 335.º, 336.º e 338.º do codigo commercial resulta claramente o vinculo da solidariedade entre o fiador d'obrigação mercantil ou o dador d'aval e o respectivo afiançado, de modo que cada um d'elles responde perante o credor pelo integral cumprimento da obrigação.

Na fiança civil, sendo demandado o fiador, quer seja como simples fiador, quer como principal pagador, pode fazer citar o devedor, para com elle se defender, ou ser condemnado conjunctamente (Cod. civ., art. 832.º); e condemnados conjunctamente o devedor e o principal pagador, sendo este compellido a pagar, pode nomear á penhora bens do devedor, se elle os tiver livres e desembargados, e situados na mesma comarca (Cod. civ., art. 833.º).

Mas na fiança commercial, tanto a generica como a cambiaria ou aval, applicar-se-ão estas mesmas regras?

Entendemos que sim, visto o codigo commercial não regular a materia, porque n'este caso devemos recorrer ao codigo civil (Cod. com., art. 3.º). O proprio processo do chamamento do deve-

dor á acção, nos termos dos art. 326.º, 327.º e 322.º do código do processo civil, é applicavel ao processo commercial (Cod. do pr. com., art. 1.º).

Pode objectar-se-nos que esta doutrina é contraria ao espirito do direito cambiario, que procura sempre garantir o mais pontual cumprimento das obrigações. A verdade porém é que tal objecção não é procedente, pois o direito do fiador a dar á penhora bens do devedor não impede de modo algum o ritual cumprimento da obrigação, tanto mais que seria realmente uma injustiça obrigar o fiador ao pagamento, tendo o verdadeiro devedor bens livres e desembargados na mesma comarca, especialmente no juizo commercial que é essencialmente juizo de equidade (Cod. do proc. com., art. 2.º).

Relativamente aos fiadores do mesmo devedor e pela mesma obrigação estabelece o art. 835.º do código civil uma presumpção, *tantum juris*, de solidariedade entre esses confiadores ¹.

Mas esta presumpção, além de ceder perante declaração em contrario, não tira aos confiadores o beneficio da divisão. Este beneficio só não é concedido nos casos em que se não dá a excussão contra o principal devedor (cod. civ., art. 835.º § un. e 830.º).

¹ Sr. Dr. Dias Ferreira, *Anotações ao código civil portuguez*, vol. II, pag. 296. -- Contra, sr. Barbosa de Magalhães, ob. cit., pag. 411.

No direito commercial consignou-se a declaração legal da solidariedade (Cod. com., art. 101.^o, 306.^o, 335.^o, 336.^o e 338.^o); e portanto nunca aquelles comfiadores podem utilizar-se do beneficio da divisão.

Da doutrina exposta conclue-se o seguinte: na fiança civil, presume-se a não solidariedade entre o devedor e o fiador (Cod. civ., art. 830.^o), e presume-se a solidariedade dos comfiadores do mesmo devedor e pela mesma obrigação (Cod. civ., art. 835.^o); pelo contrario na fiança commercial a solidariedade é expressamente estabelecida pela lei.

E por consequencia a differença estão os casos em que existe solidariedade; mas, desde que exista, é identica nas tres formas da fiança — civil, commercial e aval.

37.—Da analyse ligeira que acabamos de fazer sobre a solidariedade na fiança commercial, vê-se que o credor e o portador da letra teem direito a demandar tanto o devedor afiançado como o fiador ou dador d'aval, notando porém que estes, sendo condemnados a pagar, podem nomear á penhora os bens que o devedor tiver livres e desembargados na comarca onde foi demandado.

Consideremos, porém, o caso em que o fiador

pagou pelo devedor, para vermos os direitos e obrigações reciprocas que se estabelecem entre elles.

Para a fiança commercial generica regulam precisamente os art. 838.º-844.º do codigo civil.

Segundo estes artigos, os direitos, obrigações e acções geraes que se estabelecem entre o fiador, que foi compellido a pagar, e o devedor, são os seguintes: 1.º o fiador fica subrogado em todos os direitos, que o credor tinha contra o devedor (art. 839.º); 2.º o fiador tem direito a ser indemnizado pelo devedor: *a)* da divida principal; *b)* dos juros respectivos á quantia paga, contados desde que a pagou; e *c)* das perdas e damnos, que lhe tenham sobrevindo por causa do devedor (art. 838.º); 3.º mas se a divida era a prazo, e o fiador a pagou antes do vencimento, só pode exigil-a ao devedor depois do dito vencimento (art. 843.º); e se o devedor pagou de novo ao credor, ignorando o pagamento do fiador, por falta de aviso d'este, não tem o fiador regresso contra elle, mas só contra o credor (art. 842.º).

Emfim, mesmo antes de pagar, pode o fiador intentar uma acção contra o devedor, exigindo-lhe a alternativa de pagar a divida ou desonerar-o da fiança, nos casos do art. 844.º do mesmo codigo civil.

E' evidente que todos estes direitos, obrigações e respectivas acções, entre o fiador e o devedor,

se applicam à fiança commercial generica (Cod. com., art. 3.º).

Mas serão egualmente applicaveis á fiança cambiaria ou aval?

E' facil de ver que estas disposições são em grande parte applicaveis ao aval. Assim: o dador d'aval que paga a letra fica subrogado nos direitos que competiam ao portador contra a pessoa a favor de quem foi dado o aval e contra os obrigados anteriores (Cod. com., art. 308.º); e do art. 305.º § unico, se vê que o dador d'aval, que pagou a letra, tem portanto direito a receber a quantia da letra, juros, despesas de protesto e outras que forem legitimas. Além d'isso é também applicavel ao aval a disposição do art. 843.º do codigo civil; de modo que se o dador d'aval pagou a letra antes do vencimento, não pode exigil-a á pessoa por quem deu o aval nem a qualquer dos obrigados anteriores, senão depois do vencimento, se a letra não foi prejudicada por falta de protesto.

Os direitos do fiador são pois fundamentalmente os mesmos que os do dador d'aval; este tem a mesma acção contra o afiançado, mas além d'isso fica subrogado nos direitos e acções que o mesmo afiançado tem contra os anteriores signatarios da letra.

As differenças estão principalmente nas disposições do art. 844.º do codigo civil, que não são

applicaveis ao aval, por serem inconciliaveis com a natureza particular do contracto de cambio.

38.— Vejamos agora os meios que a lei confere para executar os direitos, obrigações e acções do fiador ou dador d'aval, do credor ou portador da letra, e do devedor ou signatario da letra afiançada e obrigados anteriores; e finalmente os modos por que se extingue a fiança e o aval.

Na fiança civil, o credor tem contra o fiador uma acção ordinaria, qualquer que seja o titulo comprovativo da fiança, porque no codigo do processo civil não ha processo especial d'execução de fiança.

Para a fiança commercial, fundada em qualquer documento publico ou particular, ha o processo especial dos art. 100.º-102.º do respectivo codigo do processo. Mas se ella não constar de qualquer escripto assignado pelo fiador, o credor só pode intentar contra elle uma acção ordinaria que, nos termos do art. 48.º e 1.º do mesmo codigo, segue os tramites do processo civil ordinario.

E' de notar porém que a fiança generica, tanto a civil como a commercial, está sujeita á execução especial de que tratam os art. 798.º e seg., 892.º e seg. do codigo do processo civil, quando se fundar em auto de conciliação, em sentença passada em julgado, ou em escriptura publica.

Na fiança cambiaria, depois de notificado o protesto d'uma letra por falta de acceite, pode o portador exigir do dador d'aval prestação de caução, nos termos do art. 292.º do código commercial, até á primeira audiência posterior á citação, sob pena de se tornar logo exigível o pagamento (cod. do proc. com., art. 132.º); de resto, a acção cambiaria corre os mesmos termos do processo especial dos art. 100.º-102.º do mesmo código (cod. do proc. com., art. 134.º), com as restricções do § un. do art. 134.º.

D'onde se vê que a fiança commercial, assignada pelo fiador, em documento que não seja escriptura publica, auto de conciliação ou sentença passada em julgado, soffre a mesma execução que o aval, excepto a prestação de caução; e a fiança commercial, que não fôr assignada pelo fiador, executa-se nos termos da fiança civil.

A execução da fiança ou do aval opéra a sua extincção.

A extincção da fiança, além do pagamento feito pelo fiador, pode dar-se tambem pelos outros meios por que se extingue a obrigação principal (cod. civ., art. 848.º), como são a compensação, a confusão, a novação e a prescrição.

E é claro que todas estas formas de extincção se applicam á fiança commercial, e por consequencia ao aval, emquanto não forem inconciliaveis com a natureza do contracto de cambio.

E de resto, são applicaveis á fiança commercial e ao aval as disposições dos art. 848.^o-854.^o do código civil, á excepção do art. 851.^o, porque os fiadores commerciaes não gozam do beneficio da divisão.

INDICE

INTRODUCCÃO

1. Necessidade do instituto juridico da fiança.—2. Sua consagração historica.—3. Importancia da determinação legal do conceito civil ou commercial d'este instituto.—4. A fiança cambiaria ou aval.—5. Valor da fiança, como instituto de credito pessoal.—6. Plano do nosso estudo . . . 9- 20

PARTE I

A COMMERCIALIDADE DA FIANÇA

CAPITULO I

A commercialidade da fiança na sciencia do direito commercial

- 7.—Difficuldade invencivel na constituição do direito commercial puro: theorias do acto de commercio; inutilidade e perigos da definição legal.—8. A fiança não é acto de commercio sob o ponto de vista economico.—9. Tendencias do direito commercial: phase industrialista; constituição organica do direito economico.—10. Character da fiança nas transformações do direito commercial.—11. A fiança, como obrigação accessoria, é scientificamente independente da obrigação principal, com relação ao seu character civil ou