

A) LISBOA

PERDE OU NÃO O PORTADOR DA LETRA OS SEUS DIREITOS CONTRA O AVALISTA DO ACEITANTE, POR NÃO TER FEITO O PROTESTO ATEMPADAMENTE ?

*(Continuação da página 207 do ano 4.º, n.º 1 e 2)*

Depois das considerações do Prof. Doutor Pinto Coelho, usaram da palavra diversos advogados, pronunciando-se uns a favor e outros contra a doutrina sustentada pelo Dr. Carlos Pereira. Aprovou designadamente esta doutrina o Dr. Manuel Casanova, que a defendeu com base em dois argumentos fundamentais:

1.º — Argumento de ordem lógica e sistemática :

Parece claro que uma coisa é a obrigação do avalista — como a de qualquer signatário da letra — e outra, muito diferente, o prazo dentro do qual o protesto deve ser feito, sob pena de caducidade.

Ora a caducidade por falta de protesto regula-a a L. U. — para os diversos signatários da letra — só no seu art. 53.º. E nalgumas outras disposições só regula a obrigação própria-mente dita de cada um dos mesmos signatários.

Parece por isso ser forçar muito o sentido do art. 32.º pre-tender-se ver nêlé também regulada a posição jurídica do avalista no tocante à caducidade por falta de protesto.

Tal como sucede, noutras disposições, para os demais signatários, deverá igualmente entender-se que o art. 32.º apenas define a obrigação do avalista considerada em si mesma. A posição jurídica do avalista no tocante à caducidade da obrigação respectiva — vale dizer, dos «recours» do portador — deve, pois, como a dos outros signatários, procurar-se, mas é, no art. 53.º.

Ora bem. A simples leitura do art. 53.º — agora com inteiro desprendimento do art. 32.º — conduz imediatamente à conclusão de que, expirado o prazo fixado para o protesto por falta de pagamento, o portador perdeu todos os seus direitos, inclusivé contra o avalista do aceitante, só os conservando contra o aceitante mesmo. Na verdade, só o aceitante é exceptuado pelo art. 53.º. E não parece lícito, pela razão indicada, equiparar-lhe o seu avalista.

## 2.º — Argumento de ordem prática :

O protesto por falta de pagamento tem a função de comprovar — em atenção a certos interêsses práticos — a recusa de pagamento no vencimento (arts 43.º e 44.º). E só se justifica, pois, a exigência de tal protesto, quando a obrigação daquêle que se pretende accionar estiver dependente da prévia recusa de pagamento por parte de quem estiver, independentemente disso, obrigado a pagá-la. Mas justifica-se sempre, portanto — a exigência do protesto — , quando de prévia recusa de pagamento depender a obrigação de quem vai ser accionado.

Posta, assim, a dificuldade neste plano essencialmente práctico e finalista — tudo se resume em saber se o avalista do aceitante é ou não obrigado a pagar a letra independentemente de o pagamento dela ter sido ou não prèviamente exigido ao aceitante e recusado. Pois, se o pedido de pagamento ao avalista do aceitante só puder fazer-se depois de ter sido feito primeiro ao aceitante e recusado por êste, é claro que subsiste quanto ao referido avalista a mesma razão de ser da exigência do protesto que quanto aos demais signatários — e, portanto, a mesma razão de ser de caducidade por falta dêsse protesto. Ao passo que tal exigência se não justifica — nem, por conseguinte, a caducidade pela falta de protesto — no caso de se entender que a letra pode ser apresentada ao pagamento do avalista do aceitante mesmo antes de o ter sido ao aceitante.

Ora, parece que a letra tem que ser primeiro apresentada ao pagamento do aceitante, sem o que também o seu avalista não será obrigado a pagá-la. Embora um tanto difícil de demonstrar, esta idéia ressalta através- de tôda a L. U.

E pode mesmo argumentar-se — por estranho que pareça — com o próprio art. 32.º. Não é senão a recapitulação do argumento de ordem lógica e sistemática. É pela obrigação do aceitante que se define a obrigação do avalista. E o aceitante não tem que pagar a letra, como é óbvio, sem que ela, para tanto, lhe seja apresentada (arts. 34.º, 38.º e 42.º).

Se o avalista do aceitante fôsse obrigado a pagar a letra antes de o pagamento ser pedido ao aceitante, teria que pagá-la sem que tivesse que a pagar o aceitante. E isso parece ser contrário ao próprio art. 32.º.

Deverá, portanto, entender-se, que, expirado o prazo fixado para o protesto por falta de pagamento, o portador só conserva os seus direitos contra o aceitante.

Igualdade de situações de interesses requiere igualdade de regulamentação legal. Se a interpretação puder conduzir a essa igualdade de regulamentação, deverá preferir-se a solução por essa interpretação indicada.

*Contra a doutrina defendida pelo Dr. Carlos Pereira secundado pelo Dr. Manuel Casanova, se manifestou o Dr. Fernando Olavo :*

Depois de rápida apreciação dos argumentos expostos pelo Dr. Casanova, que entendeu estarem já implicitamente invalidados pelas considerações do Prof. Dr. Pinto Coelho, salientou que o problema em debate se coloca em face da Lei Uniforme em termos sensivelmente semelhantes aquêles em que se punha perante o Código Comercial, como resulta do confronto do § 5.º do art. 314.º e art. 306.º dêste Código com os arts. 53.º e 32.º daquela Lei, não vendo por isso motivo para, sem uma razão decisiva, alterar a doutrina, entre nós fixada, da desnecessidade de protesto para accionar o avalista do aceitante.

Em seu parecer, não só não existe nenhuma razão decisiva para alterar essa doutrina, como até a Lei Uniforme a confirma, segundo se depreende dos argumentos invocados pelo Prof. Dr. Pinto Coelho, a que se não refere especialmente para evitar repetições escusadas, e ainda do próprio texto dos arts 45.º e 54.º.

Dispõe o art. 45.º da Lei Uniforme na alínea 1.ª : — «O portador deve avisar da falta de aceite ou de pagamento o seu endos-

sante e o *sacador* dentro dos quatro dias que se seguirem ao dia do *protesto* ou da apresentação, no caso de a letra conter a cláusula «sem despesas». Cada um dos endossantes deve, por sua vez... informar o seu *endossante* do aviso que recebeu... e assim *sucessivamente* até chegar ao *sacador*»; e na alínea 2.<sup>a</sup> acrescenta: — «Quando, em conformidade com o disposto na alínea anterior, se avisou um signatário da letra, deve avisar-se também o seu *avalista* dentro do mesmo prazo de tempo».

O aviso a que se referem as transcritas passagens é, como se sabe, uma *formalidade complementar do protesto*, e determinando elas que o mesmo aviso se dirija ao *sacador*, aos *endossantes* e aos *avalistas do sacador* ou dos *endossantes*, *mas não ao avalista do aceitante*, têm evidentemente por pressuposto a desnecessidade de protesto quanto ao *avalista do aceitante*.

E as alíneas 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> do art. 54.<sup>o</sup> revelam também e ainda o mesmo pressuposto. Quando o *protesto* se não efectue dentro do prazo por um *caso de força maior*, devem ser feitas comunicações imediatas aos *endossantes*, ao *sacador*, aos *avalistas do sacador* ou dos *endossantes* — e *não ao avalista do aceitante*. Porquê? — manifestamente porque se considerou, quanto ao *avalista do aceitante*, desnecessário o protesto. Se o protesto fôsse formalidade essencial para accionar o *avalista do aceitante*, a lei não poderia deixar de exigir que lhe fôsse comunicado ter um caso de *fôrça maior* impedido o protesto no prazo, tal como exige em relação ao *sacador*, aos *endossantes* e aos *avalistas do sacador* e dos *endossantes*.

O Prof. Dr. Inocêncio Galvão Teles pronunciou-se igualmente no sentido da desnecessidade de protesto para accionar o *avalista do aceitante*:

A seu ver, o erro da doutrina contrária reside em grande parte numa confusão de terminologia. A distinção entre obrigado «principal» e «garantes» não coincide com a distinção entre obrigado «directo» e «indirecto». E o termo obrigado «indirecto», deve ser usado de preferência a obrigado «de regresso» porque obrigados «de regresso» são todos os *garantes* mesmos os que são obrigados «directos».

Obrigado principal é o que, em última análise, vem a pagar a letra, sem poder exigir, por seu turno, o pagamento de outrem — é portanto o aceitante ou o sacador enquanto a letra não está aceite. Garantes são todos os outros signatários que, depois de pagar, podem haver o seu desembolso de outros obrigados.

O obrigado principal é sempre obrigado directo, mas os garantantes podem ser ou não obrigados indirectos. Por obrigados indirectos entendem-se aquêles a quem o pagamento da letra só poderá ser pedida depois de o haver sido ao obrigado principal, ou sejam o sacador e os endossantes, porque sendo a causa da sua responsabilidade a ordem de pagamento que deram (arts. 9.º e 15.º da Lei Uniforme), só podem responder no caso de não ser essa ordem cumprida, e bem assim os respectivos avalistas, mas apenas por se terem obrigado nas mesmas condições que os seus avalisados.

O avalista do aceitante, embora seja um garante, não é um obrigado indirecto, pois a sua responsabilidade não resulta de ter dado uma ordem de pagamento ou de se ter obrigado por quem a deu. Lógicamente, portanto, a responsabilidade do avalista do aceitante não depende de ser ou não tal ordem cumprida, isto é, de ter ou não o pagamento sido feito pelo obrigado principal.

Pôsto assim o problema e tendo em atenção que a função do protesto é a de comprovar formalmente a falta de pagamento por parte do obrigado principal, logo se vê sem esforço a necessidade do protesto para se poder accionar o sacador e os endossantes ou os respectivos avalistas (garantes e obrigados indirectos), e a sua inteira desnecessidade para accionar o avalista do aceitante (garante, mas obrigado directo) por a responsabilidade dêste, contrariamente ao que acontece com a daquêles, não estar condicionada à recusa de pagamento do obrigado principal.

*No último dia do debate, o Dr. Carlos Pereira usou novamente da palavra e sustentou o seu ponto de vista inicial nos têrmos seguintes :*

Impoentes para sustentarem a teoria do aval-fiança, vestem-lhe figurinos novos e sustentam que se as relações jurídicas não

são de fiança, têm a natureza delas. Simples camouflage. Alheio ao direito romano, o direito cambiário na lei uniforme, em consenso unânime, assenta na teoria da propriedade, apesar de tal palavra nem uma só vez aparecer nos seus 78 artigos.

Estabeleci, firmado na própria lei, art. 28.º, que o portador da letra tem acção directa contra o aceitante, qualificação esta, que o péssimo traductor português enguliu; e que o aceitante como obrigado directo ou principal é o único com cujo pagamento a obrigação cambiária se extingue, por ser «de jure» quem afinal paga a letra, pois que todos os demais firmantes dela têm direito de regresso contra os anteriores, direito que o próprio avalista do aceitante tem contra este, pelo que também é um devedor de regresso. Há assim relações externas, do portador contra qualquer firmante da letra anterior, e internas de cada um destes para com os seus anteriores, tendo-as o avalista do aceitante contra o seu avalizado que não é um obrigado lateral, mas anterior no tempo e por defenição legal. Para assinalarem a natureza de fiança ou quási fiança do aval, lêem e relêem a lei e sublinhando a palavra garantia, que nela se lê, para logo concluem que só ela basta para que se possa reconhecer a tal natureza de fiança, esquecidos de que a mesma palavra no art. 9.º serve para qualificar o sacador, — garante da aceitação e do pagamento —, e no art. 15.º serve para qualificar o endossante que, salvo cláusula expressa, é garante também da aceitação e do pagamento. Quere dizer que o argumento levava à identidade das três figuras, avalista, sacador e endossante, o que ninguém se atreveu a fazer.

Sacador e endossante têm direitos resultantes da letra, como portadores que uma vez foram dela; o avalista e o interveniente só têm direitos quando pagam, pois que anteriormente nunca foram portadores da letra. A identidade destes firmantes mais se assinala por, apesar de serem obrigados da mesma maneira do que a pessoa por quem intervêm, a obrigação dêles é válida, ainda que seja nula a da pessoa por quem intervêm, desde que tal nulidade não resulte dum vício de forma; esta identidade foi deliberada e votada por unanimidade por proposta de Gianini (páginas 318 e 319 do Comptes rendus) mas por lapso não figura na lei. Sôbre os dizeres da lei, de que o avalista «est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant»,

e que o desastrado traductor português traduziu por «é obrigado da mesma maneira que o seu afiançado» é que alicerçam a sua teoria e estabelecem a identidade da obrigação de avalista e avalizado; fundam-se numa sobrevivência formal que revive à diferenciação substancial, revivescência que não é única na lei uniforme.

Se a tal identidade se desse, o avalista não poderia garantir por menos do que a obrigação do avalizado, e pode.

Se assim fôsse, o avalista poderia opôr as mesmas excepções que o seu avalizado, e não pode; a não ser as que resultem de vício de forma; não podendo sequer opôr a de compensação.

Se assim fôsse, o avalista do aceitante tomaria a posição de co-aceitante, e os co-aceitantes não beneficiam da nulidade de forma da obrigação um do outro, como beneficia o avalista da nulidade da obrigação do avalizado por vício de forma, pelo que também se mostra que não são obrigados da mesma maneira.

Se assim fôsse, entre avalista e seu avalizado, como obrigados do mesmo grau, não haveria entre êles obrigações de câmbio mas sim de direito comum, como há entre co-aceitantes e no entanto a lei expressamente consigna que entre êles há obrigações de câmbio, logo não são obrigados da mesma maneira. E esta interpretação sôbre a existência de obrigações de direito comum entre obrigados do mesmo grau, foi discutida, deliberada e votada em Genebra, pelo que é interpretação autêntica.

O avalista de qualquer firmante da letra, pode, pelo art. 55.º, indicar uma pessoa para em caso de necessidade aceitar ou pagar, faculdade esta que não tem o aceitante, pelo que aceitante e seu avalista não são obrigados da mesma maneira.

A falta de protesto por falta de pagamento, no caso expresso do art. 60.º, desonera o avalista do aceitante e não desonera êste, pelo que, mais uma vez, um e outro não são obrigados da mesma maneira.

Da análise do instituto do pagamento resulta também a não identidade da obrigação de avalista e seu avalizado. Pelo art. 38.º o portador de uma letra pagável em dia fixo ou a certo têrmo de data ou de vista, deve apresentá-la a pagamento no dia em que

ela é pagável ou num dos dois dias seguintes. A quem? Ao sacado como se vê da combinação dos arts. 38.º, 39.º, 40.º, 41.º e 42.º; e tanto que no art. 39.º se diz que o *sacado* que paga uma letra pode exigir que lhe, seja entregue com a respectiva quitação, e na alínea 3.ª que no caso de pagamento parcial o *sacado* pode exigir que dêse pagamento se faça menção na letra e que dêle lhe seja dado quitação; e no art. 40.º diz se que o portador de uma letra não pode ser obrigado a receber o pagamento dela antes do vencimento (alínea 1.ª) e que o *sacado* que paga uma letra antes do vencimento fá-lo sob sua responsabilidade. Por tudo isto se vê que o pagamento deve ser pedido ao sacado; e só depois dêste pedido não ter sido satisfeito é que o portador da letra tem o direito de pedir o pagamento aos outros firmantes. Como? Após a diligência do protesto. O art. 43.º estabelece que o portador de uma letra pode exercer os seus direitos de acção contra os endossantes, sacadores e outros co-obrigados, no vencimento, se o pagamento não foi efectuado. Nesta expressão «outros co-obrigados» compreende-se qualquer avalista. Como já demonstrámos, as disposições dêste capítulo em que se contém êste artigo, applicam-se tanto às acções directas como às de regresso, não sendo de invocar o art. 28.º que se limita a qualificar as acções directas, qualificação que o traductor português enguliu como se vê da comparação com os textos officiais francêses e inglêses.

Apesar das inequívocas disposições dos arts 38.º a 41.º se referirem ao sacado, o art. 42.º dispõe que, se a letra não fôr apresentada a pagamento dentro do prazo fixado no art. 38.º, qualquer devedor tem a faculdade de depositar a sua importância junto da autoridade competente à custa do portador e sob a responsabilidade dêste. Ora êste qualquer devedor é sempre e só o *sacado*, visto que em França o sacado que recebeu a provisão, mas que não aceita, considera-se devedor, e assim é unanimemente interpretado, mostrando e revelando a influência que os delegados franceses tiveram na elaboração da lei. Se assim não fôsse, daríamos aos garantes uma dupla faculdade de se desobrigarem; pelo depósito, art. 38.º, e também pela entrega dela do protesto e do recibo, art. 50.º.

Dois remédios para a mesma obrigação.

A letra é um título de apresentação a que os franceses chamam *quérable*, o que quer dizer que o portador tem obrigação de se dirigir ao devedor para lhe pedir o pagamento exibindo a letra. Se assim não fôsse, como pode transmitir-se por tradição e por indosso, o devedor, o sacado não saberia em que mãos *elz* se encontrava para se poder desobrigar. A natureza *quérable* da letra, importa para o sacado como obrigação e requisito essencial a indicação do lugar do pagamento, n.º 5.º do art. 1.º, enquanto o avalista não tem tal obrigação, podendo obrigar se por mera assinatura, quer dizer que não são obrigados da mesma maneira. Os garantes da letra só podem ser accionados nos têrmos do art. 44.º, isto é após o protesto por falta de pagamento ou de aceite. Por cláusula expressa, o sacador, o endossante e o avalista (qualquer que seja) podem dispensar o protesto, art. 46.º; o que o aceitante não pode fazer, pelo que não é obrigado da mesma maneira do que o seu avalista. As conseqüências da dispensa de protesto pelo sacador, estende-se a todos os firmantes, o que é natural por ser êle quem criou a letra e quem tem mais interêsse em que ela seja paga. A dispensa feita por qualquer avalista, só a êle aproveita, o que quer dizer mais uma vez que êle não é obrigado da mesma maneira que o seu avalizado. Quanto aos avisos ou notificações do protesto terem de ser dadas pelo portador ao seu endossante anterior e assim sucessivamente até ao sacador, não se curando dos avalistas, não passa de uma omissão resultante do facto de tal disposição ter sido uma das poucas pedidas emprestadas ao direito inglês que, como o soviético, desconhecem o aval, e daí o nada providenciar quanto a avisos a fazer aos avalistas; e daí omissão por parte dos compiladores de adaptarem tal disposição à lei uniforme.

A falta de protesto determina a caducidade do direito de acção do portador contra todos os firmantes da letra à excepção do aceitante, diz o art. 53.º; mas para alguns essa caducidade não se estende ao avalista do aceitante, por dever estar no pensamento do legislador e isso parecer resultar das discussões da Haia, cuja convenção serviu de fonte à lei uniforme. Vimos porém que tal história é abertamente contrariada pela história da lei uniforme (convenção de Genebra) que no sentido da autonomia e independência da obrigação do avalista se pronunciou assim mesmo

interpretando a lei. A expressão outros obrigados, infelizmente traduzida por outro co-obrigados, que levou o Sr. Dr. Azancot a querer dar significado e alcance diferente, serviu sempre para nela se poder compreender qualquer avalista. Assim os dez co-obrigados são de responsabilidade apenas do tradutor português. Na lei uniforme sôbre o cheque, na disposição sôbre prescrição, a disposição outros obrigados, proposta até pelo delegado português, serviu para compreender o avalista, e na interpretação autêntica de tal decisão se consignou que na lei uniforme sôbre a letra, apesar de expressamente se não fazer referência ao avalista, como se não faz ao interveniente, se deve entender que a prescrição cambiária existe também quanto ao avalista.

Nos arts. 11.º, 18.º, 19.º, 43.º, 50.º, 52.º e 53.º há a expressão outros obrigados, co-obrigados na tradução portuguesa, servindo a compreender nela os avalistas; onde a mesma razão, a mesma disposição. Ao discutir-se o art. 47.º assentou-se e autênticamente se interpretou que entre os obrigados do mesmo grau não havia direito de regresso, mas um mero vínculo de solidariedade, o que se não dava entre avalista e respectivo avalisado, onde o regresso existe, pelo que mais uma vez se vê que não são obrigados da mesma maneira. No acto final da Conferência de Genebra, considerando o desenvolvimento que tomaram na prática as leis de crédito, foi emitido o voto de que o Instituto Internacional de Roma estudásse o problema respeitante à fiança e aos créditos cambiários em conexão com o sistema geral da lei de câmbios e particularmente com o aval, o que bem mostra a separação entre a fiança e o aval. Na discussão da Convenção regulando a resolução dos conflitos de lei, o professor Diena, expôs, defendeu e viu aprovado por unanimidade o princípio da independência e autonomia da obrigação do avalista e do seu avalisado, a tal ponto que a lei aplicável a um se não aplica obrigatoriamente ao outro, e assim mesmo autênticamente se interpretou, o que quer dizer que não são obrigados da mesma maneira.

Não sendo o aval uma fiança, como não é, e sendo a obrigação do avalista autónoma e independente da do avalisado, e sendo sempre um devedor de regresso que só subsidiariamente é chamado quando o devedor principal ou directo não paga, a falta de protesto em tempo, livra-o de tôda e qualquer responsabilidade.

O Professor Dr. Pinto Coelho, para passar da acessoriedade formal (que está na lei), para a acessoriedade substancial que lá não está, vai buscar argumento à alínea 3.<sup>a</sup> do art. 32.º, e sublinhando pergunta :

Qual a razão porque o dador de aval que paga, fica subrogado nos direitos emergentes da letra, contra a pessoa a favor de quem foi dado o aval?

Só porque o avalista enunciou o nome desta? Escolhe simplesmente a sua posição quanto à acção de regresso? E responde : manifestamente que não. Essa posição, a razão de ser dos seus direitos e da subrogação que lhe aproveita, é mera consequência da sua qualidade de garante ou fiador do avalisado.

Esqueceu o ilustre professor os perigos e riscos em que incorre quem cita a lei uniforme na péssima tradução portuguesa. No regulamento de Haya, no projecto dos peritos, e na lei uniforme não existe a tal sublinhada subrogação.

O que lá está é : « quand il paye la lettre de canche, le donneur d'aval acquiert les droit résultant de la lettre de change contre le garanti et contre ceux qui sont tenus envers ce dernier en vertu de la lettre de change ».

E, como há um paralelismo com o interveniente quando paga, e na disposição respeitante a êste art. 62.º do projecto, hoje 63.º da lei, se falava em subrogação, adoptou-se uma emenda checoslovaca-lituana que matava a tal subrogação em que convinham os oradores não existir ; mas para que não restassem dúvidas a própria Conferência no relatório interpretativo declarou no n.º 137. «..... De même que dans le cas de l'article 32, troisième alinéa, concernant le donneur d'aval, on a évité de parler de la subrogation dans les droits du porteur, car le droit du donneur d'aval et de l'intervenant est toujours indépendant et originaire, tandis que suivant le droit commun le subrogé a les mêmes droits duquel il est substitué ». E assim se vai por água abaixo a tal falada subrogação e a dependência que dela se queria tirar. Para aquêles que como o professor Pinto Coelho queriam ver no aval uma dependência substancial da obrigação do avalisado, em Genebra o professor Diena respondia : « ça ç'est un cautionnement civil, ce n'est pas un aval », o que agora também respondo.

*Por fim o prof. Doutor J. G. Pinto Coelho julgou oportuno versar ainda alguns pontos, para melhor demonstrar o seu pensamento. Fêz então sôbre o problema as seguintes considerações :*

1. — O problema parece que deve ainda ser examinado sob um outro aspecto, que deverá talvez fornecer a chave da questão, a solução definitiva.

Se se pergunta se é necessário o protesto em certo caso particular, parece impôr-se a averiguação do seguinte ponto : para que serve o protesto? Com que fim se estabelece na lei? Qual a sua função própria?

Ora, parece fora de dúvida que esta formalidade se destina a verificar e comprovar que, no vencimento, a letra foi apresentada para pagamento ao aceitante, tendo igualmente por fim atestar ou registar os resultados dessa diligência.

Assenta, pois, na obrigação imposta ao portador de, no vencimento, apresentar a letra a pagamento — art. 38.º da Lei Uniforme.

Não diz expressamente a lei, neste artigo, que a apresentação é feita ao aceitante ; mas ninguém duvida que é a êle, como destinatário da ordem e como *devedor principal*, que a apresentação tem que ser feita. E tanto assim que a falta desta apresentação e, conseqüentemente, a falta do têrmo por que se comprovam esta diligência e os seus resultados negativos — falta de pagamento — apenas determina a perda da *acção de regresso*, isto é, do direito de exigir o pagamento aos obrigados diferentes ao aceitante (art. 53.º).

Parece assim lógico começar por examinar se, para que o portador possa reclamar o pagamento ao avalista do aceitante, terá ou não que *apresentar* primeiro a letra a pagamento ao próprio aceitante.

Se pudéssemos afirmar que essa apresentação não é necessária, que o portador pode dirigir-se immediata e directamente ao avalista do aceitante, a conclusão seria a de que *não é necessário* o protesto, para demandar o avalista do aceitante.

Com efeito, se o protesto se destina a comprovar a diligência da apresentação e o seu resultado negativo, deixa de ter cabi-

mento, desde que a própria diligência a comprovar não é reclamada.

2. — Não estamos, porém, certos de que a questão possa resolver-se por êste processo, isto é, assentando a desnecessidade do protesto na desnecessidade da prévia apresentação ao aceitante, como condição da responsabilidade do seu avalista.

Em abôno da orientação referida poderia dizer-se que o avalista é *solidariamente* responsável com a pessoa por quem o aval é prestado, e que, portanto, o portador pode indiferentemente reclamar o pagamento àquêle ou a esta, isto é, pode prevalecer-se da responsabilidade do avalista, sem ter que começar por *apresentar* a letra ao aceitante, visto que a apresentação não é mais do que o pedido de pagamento. A responsabilidade do avalista não depende efectivamente da recusa ou falta de pagamento por parte do avalizado.

Mas, o argumento não parece decisivo.

A solidariedade dos obrigados cambiários é estabelecida no art. 47.º da Lei Uniforme, que a consigna de um modo genérico e em termos idênticos para tôdas as espécies de obrigados. E, no entanto, a responsabilidade do sacador, dos endossantes e até, sem discussão, a dos avalistas, que garantem a obrigação de signatários diferentes do aceitante, depende da prévia apresentação ao aceitante e do protesto tirado em tempo devido (Cf. art. 53.º); o que leva a concluir que a simples solidariedade não é razão suficiente para justificar que a responsabilidade seja exigida aos garantes da letra, independentemente da apresentação ao aceitante e da prova da falta de pagamento por parte dêste.

Por debaixo da solidariedade está a existência da própria responsabilidade. Uma vez estabelecida esta, é que joga o princípio da solidariedade, em relação aos outros signatários.

O primeiro ponto a examinar é, pois, se a *responsabilidade* do avalista do aceitante está condicionada pela apresentação da letra a pagamento ao aceitante nos termos do art. 38.º.

Nesta ordem de idéias, poderia observar-se que a solidariedade estabelecida no art. 47.º apenas significa que, uma vez reconhecida a responsabilidade do avalista, ou de qualquer outro

garante, o portador pode indiferentemente accionar qualquer dos obrigados cambiários, sem estar adstrito a observar determinada ordem, como resulta do que se preceitua na alínea 2.º do citado artigo. Considerando especialmente o caso de que nos occupamos, a solidariedade significaria que, reconhecida a subsistência da obrigação do avalista do aceitante, o portador poderia accioná-lo directamente, sem prévia execução dos bens do próprio aceitante.

O problema de saber se a responsabilidade do avalista do aceitante subsiste, a despeito da falta de apresentação da letra a êste no vencimento, põe-se, pois, num momento anterior àquêlê em que entra em jôgo o princípio da solidariedade, tornando-se assim evidente que êste princípio não pode ser invocado como instrumento lógico para o resolver.

3. — Ora, entrando na análise do referido problema, começaremos por observar que a apresentação da letra ao aceitante, na época do vencimento, se nos afigura, em princípio, necessária, até como meio de lhe permitir desobrigar-se pelo pagamento, pois, sendo a letra um título circulante, o aceitante não pode saber quem é o portador, na data do vencimento. Só vendo a letra poderá então, pelo exame da série dos endossos, determinar quem é o credor e verificar a legitimidade do seu direito — art. 40.º, alínea 3.ª.

Esta apresentação ao aceitante, como obrigado *principal*, destinatário da ordem de pagamento, podemos, pois, dizer que é postulada pelo próprio mecanismo da obrigação cambiária. Impõe-se logicamente, mesmo quando a obrigação do aceitante está garantida por aval; e isto a despeito do disposto no art. 32.º, alínea 1.ª, pois o aceitante é, como dissemos, o destinatário da ordem de pagamento, o obrigado principal, *directo*, e o avalista é apenas um obrigado subsidiário, que garante a obrigação daquêlê.

Esta doutrina parece ainda abonar-se de modo particular com o preceito do art. 42.º, onde se dispõe que «se a letra não fôr apresentada a pagamento dentro do prazo fixado no art. 38.º, qualquer devedor tem a faculdade de depositar a sua importância junto da entidade competente...»).

A apresentação, nos termos dêste artigo, aparece, de facto, imposta como uma diligência necessária para o *devedor* se desobrigar pelo meio normal de desobrigação — o pagamento ao *crédor* ou ao seu representante legal; e assim, quando por falta dessa diligência, o *devedor* não possa determinar quem é o *credor* e conseqüentemente lhe não seja possível extinguir a obrigação pelo pagamento, permite-se-lhe depositar a importância da letra. E note-se até que, como já se tem observado, uma vez que, não sendo a letra apresentada no vencimento, e não sendo portanto possível o protesto por falta de pagamento, o portador perde o direito de regresso contra o *sacador*, os *endossantes* e os «outros obrigados, à excepção do *aceitante*», esta faculdade de consignar em depósito, no caso de falta de apresentação, só pode razoavelmente admitir-se relativamente ao próprio *aceitante*, ou ainda relativamente ao seu *avalista*, se se entender que a responsabilidade dêste não depende da apresentação ao *aceitante*. Na verdade não faria sentido que a lei enunciasse o direito da consignação em depósito para os *garantes* ou *signatários*, que considera desobrigados no caso de se não fazer o protesto por falta de pagamento.

É certo que, no caso da falta dêste protesto, a lei apenas priva o portador da acção de regresso contra os obrigados já referidos, o que é diferente de declarar extinta ou caduca a sua *obrigação*. Estes *podem* pagar, a despeito da falta de acção de regresso, se para isso forem solicitados pelo portador, contra o qual têm apenas uma *excepção*. E assim como podem pagar ao portador que lhes reclama o pagamento, poderão depositar a importância da letra, no caso de falta de apresentação. No entanto, é legítimo admitir que foi pensando no *aceitante* ou no *signatário* cuja obrigação não depende da apresentação e do subseqüente protesto por falta de pagamento, que o legislador enunciou no art. 42.º a faculdade de consignação em depósito, no caso de falta de apresentação.

E assim mais uma vez, agora em presença do preceito do art. 42.º, se põe o problema de saber se a obrigação do *avalista* do *aceitante* depende ou não da apresentação a pagamento ao *aceitante*, nos termos do art. 38.º.

4. — Ora, êste problema, continuamos a julgar que só se pode resolver, olhando à natureza peculiar da obrigação cambiária do avalista, que a distingue fundamentalmente da obrigação dos outros garantes da letra, especialmente referidos no art. 53.º — o sacador e os endossantes.

Insistimos na necessidade de atender à *origem* da obrigação do avalista e conseqüentemente às condições diversas em que se obrigam o avalista e os demais garantes já mencionados.

O avalista não assina a letra para outro fim que não seja o de garantir a obrigação do seu avalizado. A sua garantia é *primária, directa*, ao passo que a dos demais garantes é indirecta, secundária, derivando da *ordem de pagamento* que essencialmente formulam no título.

Considerando particularmente o avalista do aceitante ou obrigado principal, podemos também agora dizer que a sua responsabilidade é *primária, directa e incondicional*, como a do próprio aceitante, tendo apenas a particularidade de ser subsidiária da dêste — art. 32.º, alínea 11.ª. Mas ser a responsabilidade subsidiária não quer dizer que fique a sua subsistência como tal condicionada por qualquer formalidade, como a apresentação, no vencimento, ao aceitante.

São, pois, muito diferentes as condições em que *garantem* o pagamento o *avalista do aceitante* e os outros garantes (sacador e endossantes). Êstes assinam a letra para *ordenar* um pagamento e só *secundariamente* ficam responsáveis; garantem o pagamento porque deram uma ordem ao sacado, ordem que supunha um determinado comportamento por parte do portador para com o mesmo sacado, destinatário da ordem: — apresentação do título no vencimento ou nos dois dias seguintes.

Se o portador se não comportou como devia — se não se apresentou para receber no vencimento ou nos dois dias seguintes — o ordenador pode dizer que o portador só de si deve queixar-se. Está numa situação paralela à da mora «*accipiendi*».

Por isso compreende-se que se exija que, pelo protesto, se comprove a apresentação e o insucesso desta diligência.

Ora, o avalista do aceitante responsabiliza-se em termos muito diversos: não deu *ordem* nenhuma, *não condicionou* a sua garantia, *não a subordinou* a quaisquer requisitos de apresentação

em certa data. Olhou apenas à solvabilidade do avalizado e obrigou-se a pagar por êle, no caso de o aceitante não pagar, exactamente como qualquer fiador, ou ainda em condições mais duras do que as de qualquer fiador, pois só lhe aproveita a nulidade da obrigação do afiançado, quando provier de vícios de forma.

Se a obrigação do aceitante é válida, o aceitante está sempre obrigado, independentemente de apresentação no vencimento e do protesto, para comprovar esta e os seus resultados. O art. 28.º torna o aceitante responsável por efeito do simples facto do *aceite*. Nem mesmo fala em apresentação ou protesto, não condicionando a êste a acção *directa* que dá ao portador.

É certo que o art. 38.º manda, sem qualquer restrição, apresentar a letra no dia em que ela é pagável ou nos dois dias imediatos; mas o art. 53.º, justamente, mostra que para o portador ter acção contra o *aceitante* não é necessário o protesto, o que significa que não há que provar a *apresentação* e a *falta de pagamento* ou insucesso da apresentação. E assim, o art. 42.º dá a qualquer devedor cambiário o direito de *consignar em depósito* a importância da letra, por conta e risco do portador, direito que essencialmente, como vimos, só interessa aos devedores que ficam responsáveis, independentemente da apresentação. E basta que esteja vinculado o aceitante para vinculado ficar, ainda que subsidiariamente, o seu avalista.

É especial, como dissemos, a posição do avalista do aceitante; mas isto como consequência apenas da posição, especial também, que na letra assume o avalizado — aceitante, obrigado principal, *directo*.

Afóra esta particularidade, a sua responsabilidade não se distingue da dos avalistas dos demais obrigados cambiários. Por isso, ao caracterizar a natureza da garantia do avalista, derivada da origem da sua obrigação, nos referimos ao avalista em geral, e tudo quanto então dissemos se applica ao aval prestado a favor de qualquer signatário da letra.

Simplemente, se a pessoa por quem o aval é prestado é um signatário diverso do aceitante, contra o qual a acção de regresso do portador depende de apresentação no vencimento e do subsequente protesto por falta de pagamento, a falta destas diligências,

paralizando a acção do portador contra o avalizado, inutiliza do mesmo passo a acção contra o avalista. Por isso se pode dizer que a responsabilidade do avalista, em tal caso, depende do protesto por falta de pagamento.

Em conclusão, portanto, se entendemos que é do mecanismo da letra ser apresentada a pagamento, quando se vence, àquêle a quem é dirigida a ordem que nela se contém, não quiere isso dizer que, estando a letra aceita, e constituída portanto a obrigação do sacado — aceitante — se a letra fôr directamente apresentada para pagamento ao seu avalista, êste possa defender-se, alegando a falta de apresentação ao aceitante e a consequente falta de protesto por não pagamento.

Não dependendo desta apresentação, nem do referido protesto, a obrigação do aceitante, subsiste independentemente de tais formalidades a responsabilidade do seu avalista. Por outras palavras: devendo, em princípio, ser a letra apresentada ao aceitante no vencimento, não é necessária, nem se justifica, a prova da apresentação ao aceitante e do insucesso desta, para que o seu avalista fique ligado à sua garantia.

5. — Note-se ainda, que o avalista do aceitante só tem direito contra êste, como responsável subsidiário; digamos, como fiador. Fica, pelo pagamento, subrogado nos direitos do credor contra o avalizado, como um verdadeiro fiador. Não tem própria-mente um direito cambiário específico.

Os avalistas do sacador e endossantes, êsses, além de subrogados como fiadores (garantes-fiadores), isto é, além do direito de regresso que têm, como fiadores, contra o afiançado (avalizado), têm um verdadeiro *direito cambiário*, direito de signatários cambiários contra os obrigados anteriores ao seu avalizado, compreendendo o próprio aceitante. São verdadeiros *sujeitos cambiários*, com obrigação de garantia e com direitos contra outros signatários da letra além do avalizado. A fiança dêstes é alguma coisa mais do que uma fiança; é uma fonte de verdadeiros direitos cambiários. A do avalista do aceitante é uma simples fiança. Também dêle se pode dizer que a sua situação é única — «irrepetibile».

Não se justificaria a especialidade do protesto neste caso,

mais do que em qualquer caso de fiança de direito civil ou comercial.

6. — A doutrina que fica exposta, contra a opinião do ilustre relator, é, como se reconhece de todos os lados, a que predominava e era geralmente afirmada no momento em que foi aprovada a Lei Uniforme.

Não crêmos que dos novos preceitos desta, que apenas alteram afinal a posição de *dependência* da obrigação do avalista em relação à do avalizado, e até no sentido de tornar mais forte a obrigação daquêle (art. 32.º, alínea 2.ª), possa resultar uma modificação tão radical no aspecto da necessidade ou desnecessidade do protesto, como a que resulta da tese defendida pelo Dr. Carlos Pereira.

É êste afinal o argumento de Navarrini, e não podemos desestimar o seu valor.

Continuamos, pois, a julgar que não deve equiparar-se a obrigação do avalista do aceitante à de qualquer outro garante.