

*A memória do
Prof. Doutor Fernando Olavo*

A TEORIA DA APARÊNCIA E A RELAÇÃO JURÍDICA CAMBIÁRIA (*)

*Pela Dr.^a Rita Amaral Cabral (**)*

I — INTRODUÇÃO

1. — *Razão de ordem.* 2. — *Ideia geral de aparência.* 3. — *Origem histórica da teoria da aparência.* 4. — *A teoria da aparência e a legitimação formal.* 5. — *A teoria da aparência e a tutela da legítima expectativa.* 6. — *A aplicação da teoria da aparência ao direito comercial.*

1. — *Razão de ordem.* O estudo da ideia de aparência, como eventual fundamento ou explicação para a disciplina legal da relação cambiária, pressupõe uma referência introdutória à teoria da aparência em geral, nos termos em que foi concebida no âmbito do direito civil.

(*) O presente texto corresponde, sem quaisquer alterações, ao trabalho apresentado no âmbito do curso de pós-graduação, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Prof. Fernando Olavo.

(**) Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa e da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa.

Não é fácil esta introdução que se depara com dificuldades decorrentes da imprecisão que rodeia a formulação daquela teoria e relacionadas com a sua origem histórica.

Com efeito, os autores que sobre a aparência se debruçaram não foram capazes de transformar um enunciado pouco claro, de carácter genérico e sumário, numa elaboração de dogmática jurídica rigorosa; e não conseguiram sempre a delimitação entre os vários perfis de que aquela pode revestir-se. Se se acrescer a isto que grande parte dos estudos e análises que se ocupam da aparência o faz de modo esparso e não sistemático, fica-se com ideia de algumas razões que explicam a fluidez inicialmente mencionada.

Além disso, como oportunamente será referido, a teoria da aparência deriva de um instituto de direito germânico e do estudo a que, sobre ele, procedeu a doutrina alemã. Ora há sempre para o latino certo perigo na transposição directa ou imediata das soluções do direito alemão, principalmente se estas não têm, como é o caso, equivalência nas legislações de cunho romanístico.

Mas a verdade é que a consciência destes problemas não torna desnecessárias algumas notas preliminares e afigura-se-nos que a exposição, ainda que descritiva, das possíveis perspectivas a adoptar no estudo da aparência e da sua relevância jurídica, permitirá penetrar no espírito do tema e colher as informações indispensáveis ao tratamento adequado das questões atinentes ao confronto desta doutrina com os preceitos da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças.

2. — *Ideia geral de aparência.* Inicia-se a parte introdutória com a delimitação dos significados com que a expressão «aparência» pode ser utilizada na terminologia jurídica.

Em linguagem técnico-jurídica o termo aparência surge fundamentalmente com dois sentidos.

Em primeira acepção ele refere-se ao aspecto exterior de pessoas, de coisas ou de situações. Assim, aparente será o que aparece, o que salta à vista — a forma exterior que revela determinada realidade. Nestes termos a aparência é qualidade

física. Quando o Art. 1280.º do Código Civil admite a categoria das servidões aparentes está obviamente a ter em conta este sentido. Servidão aparente é aquela que tem uma manifestação exterior, que se revela, se patenteia — correspondendo tal manifestação a um direito realmente existente.

Mas existe um outro significado atribuível à expressão. Nesta segunda acepção é aparente a situação que parecendo, mas não coincidindo com a realidade, a oculta. Aparência é o que parece, mas não é. É este o sentido com que o legislador emprega o termo no Art. 2076.º do Código Civil. Herdeiro aparente é aquele que, embora surgindo aos olhos da generalidade das pessoas como real, não o é na realidade.

É precisamente esta última interpretação da aparência que interessa ao estudo do regime dos títulos de crédito e, a partir deste momento, é com tal sentido que a palavra será empregue.

Mas, como e por que razões admite a ordem jurídica a relevância de uma aparência falsa? Como pode ser elaborada uma teoria tendente a fazer prevalecer um direito puramente imaginário — o direito que se pensa existir, mas que é desprovido de qualquer base verdadeira — sobre a realidade?

A razão que obrigou a lei a prever e disciplinar situações deste tipo, em que tudo leva a crer que a situação aparente é indício ilusório de uma situação jurídica que afinal não existe, é, indiscutivelmente, a tutela do tráfico jurídico.

Na verdade, desconhecer pura e simplesmente as situações criadas com base na aparência seria atentar contra o tráfico jurídico e minar a respectiva segurança. Como não se ignora, é, frequentemente, impossível conhecer com rigor a situação jurídica de uma coisa ou de uma pessoa, indagar da exacta relação da aparência com a realidade. Nestas condições, se fossem sempre invalidados os negócios jurídicos celebrados na pressuposição de uma situação aparente, haveria um elevado grau de incerteza a comprometer a solidez dos negócios, de modo algum favorável à respectiva celebração. No fundo, o que subjaz ao problema dito da aparência é, como escreve

R. Corrado (1), o conflito entre «a segurança dos direitos adquiridos e a segurança do actuar jurídico», sendo que «a segurança dos direitos subjectivos e a segurança do tráfico jurídico são termos antitéticos».

Em certos termos, não há dúvida de que negar a relevância jurídica à aparência equivale a fazer prevalecer o interesse de tutela do direito adquirido, o interesse do titular do direito subjectivo, sobre o interesse na celeridade e frequência na celebração dos negócios jurídicos. E é também indiscutível que conferir efeitos jurídicos à aparência, que não encontra corresponsivo na realidade, implica o sacrifício do referido direito adquirido à rapidez e facilidade do tráfico.

Mas a alternativa não é tão simples como R. Corrado a apresenta. É que a irrelevância jurídica da aparência só num primeiro momento beneficia o valor da titularidade efectiva do direito subjectivo. Isto porque a protecção da circulação de riquezas pode, ainda que mediatemente, tutelar aquela titularidade. É o sujeito do direito quem tem interesse na sua rápida e segura transmissão e, consequentemente, na eficaz protecção dos negócios que a têm como objecto.

São estas, pois, as considerações que levaram o legislador a imputar, dentro de certos limites, efeitos jurídicos à aparência enganosa e é igualmente a tutela daqueles interesses referidos que fundamenta preceitos como por exemplo: o Art. 119.º, n.º 2 (regresso do ausente); Art. 243.º (terceiros e simulação); Art. 291.º, n.º 1 (terceiros, nulidade e anulação); Art. 1920.º (terceiro adquirente sem autorização de ambos os cônjuges); Art. 179.º (terceiros e anulação de deliberações sociais); Art. 184.º, n.º 2 (terceiros e obrigações contraídas pelos administradores, extinta a associação); Arts. 892.º/894.º; 897.º e 898.º (comprador de boa-fé); Arts. 956.º e 957.º (donatário de boa-fé).

Ora certo número de autores pretendem ver nestes preceitos o afloramento de um princípio geral — o da aparência —

(1) Cfr. deste autor, *La pubblicità nel Diritto Privato*, Torino, 1947, pág. 5.

de que se deveria lançar mão sempre que se verificassem determinados requisitos (2). Teríamos assim a aparência substituída à realidade, como facto gerador de efeitos jurídicos. Um dos casos em que tal substituição se justificaria, seria precisamente o das relações mediatas entre signatários dos títulos de crédito.

Mas como surgiu esta doutrina e quais os seus antecedentes históricos?

3. — *Origem histórica da teoria da aparência.* A importância da aparência só foi objecto de estudo mais completo e sistematizado quando, no século passado, os pandectistas e principalmente Gierke tentaram adaptar às necessidades actuais o antigo instituto da *Gewere*.

Não quer isto dizer que a ideia da aparência tenha sido completamente ignorada pelos romanos. Existem, muito pelo contrário, alguns textos do Digesto e do Codex (3) que fundamentam as soluções propostas na existência de simples indícios, mesmo averiguada a respectiva falta de identificação com a realidade (4). Só que essas soluções eram dispersas e o recurso à aparência meramente esporádico. É, aliás, a perseverança da influência do direito romano que explica a escassa aplicação do conceito de aparência durante todo o Direito intermédio (5).

(2) Dentre esses contar-se-ia a constituição de uma situação de aparência e a existência de um acto baseado na aparência, digno de protecção legal, mesmo implicando esta o sacrifício do verdadeiro titular.

(3) Cfr. Jean Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Paris, 1959, pág. 15.

(4) As questões punham-se geralmente por causa de escravos, que, tendo-se feito passar por homens livres, haviam sido eleitos pretores ou tinham deposto como testemunhas.

(5) Destas aplicações a mais importante é a que deriva do aparecimento do brocardo «*error communis facit jus*». Reconhecia-se, através dele, que a ignorância da realidade, desde que fosse colectiva, prevalecia sobre esta última. A contrapartida da ignorância colectiva da realidade de um facto é precisamente o conhecimento tão-somente da aparência.

Mas na verdade os factores rapidez e segurança do tráfico jurídico, subsequentes à Revolução Industrial, determinaram por parte dos autores e dos tribunais o frequente recurso à ideia de que, em certas condições, aquilo que surge aos olhos de terceiros de boa-fé, deve prevalecer sobre a realidade, com que não coincide, substituindo-a como facto jurídico. Esta solução surgiu, como já foi escrito, por meio do estudo da *Gewere* (6). O que é então a *Gewere*?

Como se sabe, no direito germânico, para que se transfira a propriedade, torna-se necessário que ao contrato de alienação, simplesmente obrigacional, acresça, simultaneamente ou mais tarde, um acordo sobre a transmissão; acordo que é abstrato (cuja validade não depende do contrato de alienação) e real (7). Ora relativamente aos imóveis, este acordo de transmissão (*Auflassung*) só se torna perfeito quando da inscrição em registo existente junto da chancelaria dos tribunais. Tal inscrição representa, precisamente, a forma actual da *Gewere* (8).

A *Gewere* designa, assim, não apenas o acto necessário à transmissão de um direito real sobre o imóvel como também o acto formal da investidura na titularidade de um direito. Mas este acto de afirmação de titularidade de um direito não se limita a facilitar o respectivo exercício. A sua função de legitimação visa, sobretudo, tutelar os interesses de terceiros, garantindo a identificação da aparência com o direito substantivo.

A antiga cerimónia solene de consignação de um imóvel, característica do direito alemão, transformou-se em cerimónia

(6) Este termo tem origem na raiz gótica — *Voojan* — que significa investir.

(7) Cfr. Vaz Serra, *Fontes das Obrigações — O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes de obrigação*, in «BMJ» n.º 77, págs. 161 e segs.; nota 55-n.

(8) Foi Huber quem, numa obra célebre — *Die bedeutung der Gewere*, Bern, 1894 — estudou exaustivamente a evolução deste instituto. Sobre a análise de Huber, pode ler-se Raffaele Moschella, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, págs. 9 a 18.

formal documentada por escrito registado. E é considerada elemento externo do direito real, esta forma de publicidade particularmente adequada ao direito de propriedade e demais direitos reais (9). É o que Huber designa por *Form und Erscheinung* do direito real.

O caminho estava preparado para reportar este regime à aparência jurídica: o que beneficia de registo em seu nome *aparece* como titular do direito e logo está formalmente legitimado para dele dispor, ainda que não seja o seu verdadeiro sujeito. O passo no sentido da aparência foi dado por Gierke (10), que considerou a *Gewere* como aparência do direito (*Rechtsschein*), como modo de manifestação no tráfico jurídico de um poder conferido pelo Direito, sobre uma coisa; manifestação que se distinguiria pela função de legitimação formal.

Esta análise foi o ponto de partida para as futuras elaborações sobre a aparência jurídica que se desenvolveram, fundamentalmente, nos dois sentidos já subjacentes ao estudo de Gierke: de um ponto de vista estrutural, no sentido da legitimação formal (11); de uma perspectiva funcional, no da publicidade e tutela de legítima expectativa, criada pela aparência.

Facilmente se compreenderá que as referências à legitimação formal e à tutela da boa-fé de terceiros tenham aliciado uma corrente de comercialistas a verem na aparência a chave do enigma derivado das especificidades do regime dos títulos de crédito — particularidades que insinuam a rejeição do enquadramento da conceptuologia civilística tradicional.

(9) Assim se satisfaz aquilo que foi sempre uma preocupação do direito germânico — a recondução a factos públicos das pretensões susceptíveis de serem invocadas perante qualquer pessoa. Cfr. sobre este ponto R. Corrado, *ob. cit.*, pág. 7.

(10) Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, págs. 130 e segs.

(11) A aplicação da teoria da aparência aos títulos de crédito foi sugerida pela primeira vez por Fischer e Jacobi, autores alemães. Cfr. *infra*, pág. 165.

4. — *A teoria da aparência e a legitimação formal.* Já se mencionou que certo sector da doutrina pretendeu descortinar nos casos anómalos, em que o direito meramente aparente é considerado pela lei como real, o fundamento de um princípio geral, «de uma exigência geral, imanente em qualquer ordenamento jurídico» (12). Na formulação de tal princípio surgiram, todavia, divergências e enquanto para uns o fenómeno jurídico da aparência se reduz à atribuição de legitimidade a quem não é titular, para outros a relevância da aparência é simples meio técnico de tutelar a boa-fé de terceiros. Porque tais concepções tornam inteligíveis as razões invocadas para sustentar a aplicação desta ideia ao regime cambiário, proceder-se-á à sua descrição em termos gerais.

Desenvolvido por Naendrup, Krueckmann, Finzi e Ennecerus (13), o conceito de legitimação aparente não teve grande sucesso junto dos comercialistas (14). Os seus defensores entenderam que a par dos casos usuais, em que a lei concede ao titular do interesse sobre que versa o negócio, a possibilidade de praticar um acto, e dos excepcionais em que, verificados certos pressupostos, também a terceiros é atribuída tal legitimidade (15), existiriam casos de negócios plenamente eficazes, não obstante serem celebrados por sujeitos desprovidos

(12) Cfr. Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, tradução portuguesa de Fernando Miranda, Coimbra, 1970, Vol. II, pág. 48.

(13) Cfr. R. Moschella, *ob. cit.*, pág. 18 e Messineo, *I Titoli di Credito*, Vol. I, Padova, 1934, pág. 28.

(14) Adoptaram a perspectiva da legitimação: Ascarelli, *Titolarità e costituzione del diritto cartolare in «Rivista di Diritto Commerciale»*, I, 1932, págs. 311 e segs.; Jacobi, *Handbuch des gesamten Handelsrecht*, Leipzig, 1917, IV, pág. 234, cit. por Corrado, *ob. cit.* pág. 15, nota 9 e F. Ferrara Jr., *La giratta della cambiale*, Roma, 1935, págs. 261 e segs. Entre nós, cfr. Paulo Meleiro Sendin, *Letra de câmbio*, Coimbra, 1970, Vol. I, págs. 71 e segs.

Estes autores recorreram à ideia de legitimação aparente para justificar a distinção entre legitimação conferida pelo título de crédito e titularidade do direito nele incorporado (Cfr. a este respeito o Art. 16.º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças).

(15) Seria o caso dos representantes, por exemplo.

de legitimidade normal ou excepcional. Esta eficácia derivava da necessidade de protecção do tráfico jurídico que, por sua vez, postulava a legitimação dos intervenientes no negócio. Estaríamos, pois, perante um *tertium genus* de legitimação. A atribuição da possibilidade de agir não se poderia qualificar de excepcional, porque se filiava na existência, ainda que aparente, dos requisitos *normais* que integram o substrato da legitimidade na maioria dos casos ⁽¹⁶⁾.

Esta visão da aparência não é aceitável. Pretendendo explicar as aquisições *a non domino* da perspectiva do sujeito activo que dispõe do direito, recorre, para tanto e em última análise, à boa-fé daquele que deverá beneficiar da aquisição.

No entanto, deixa sem qualquer explicação o facto que consiste na atribuição ao *non dominus*, que aliena, da faculdade de dispor do direito.

É que a boa-fé do adquirente pode neutralizar a possível má-fé do alienante, mas nunca conceder-lhe legitimidade. Ela pode, quando muito, fundamentar a legitimidade do terceiro para adquirir, mas não justificar a legitimação do alienante.

Como admitir, pois, na ausência de preceito legal expresso nesse sentido, a possibilidade de terceiro alienar, eventualmente de má-fé, coisa alheia, pelo simples facto de estar investido numa titularidade aparente?

A procedência das considerações expendidas justifica o escasso apoio dispensado pelos defensores da aparência a esta tentativa de fundamentar, em termos genéricos, as aquisições *a non domino*.

5. — *A teoria da aparência e a tutela da legitima expectativa.* Perante as ponderosas objecções sempre postas à explicação que parte de uma perspectiva da legitimidade do sujeito activo, a grande maioria dos autores que preconizam a rele-

(16) Aderiu a esta concepção da legitimação aparente, E. Betti, *ob. cit.*, Vol. II, págs. 47 e segs. Para maior desenvolvimento pode consultar-se J. Ladaria-Caldentey, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, págs. 133 e segs.

vância da aparência prefere fundá-la na tutela da legítima expectativa do terceiro de boa-fé.

Afirmando o carácter geral do princípio da boa-fé, nomes como Meyer, Wellspacher, Oertmann, Falzea e Laurent (17) apontaram a iniquidade que resultaria de a lei tratar de forma dispar situações idênticas, para concluir que a boa-fé de terceiros deveria ser tutelada sempre que na sua origem houvesse uma situação objectiva de aparência. Para estes autores se a lei, nos casos do herdeiro aparente, da simulação e em vários outros, equiparou a situação meramente aparente à situação real, em atenção à expectativa de terceiros, tal equiparação poderá e deverá, igualmente, aceitar-se todas as vezes que o aspecto exterior induza em erro o terceiro de boa-fé (18).

Mas também esta tentativa de conferir categoria de princípio geral à aparência se gorou. Nenhum dos argumentos em que se esteia pode ser considerado procedente.

Em primeiro lugar, deve esclarecer-se que, se o princípio da boa-fé é indiscutivelmente genérico, correspondendo a sua consagração à utilização da técnica das chamadas «cláusulas gerais» muito frequentes no direito das obrigações, o mesmo já não sucede com as circunstâncias que estão, ou podem estar, na origem de tal boa-fé.

Quer isto dizer que a tutela legal da boa-fé prescinde da consideração da causa que gerou no terceiro uma expectativa legítima, atendendo apenas ao estado subjectivo, normalmente identificado com a ignorância.

Ora, se a boa-fé e as circunstâncias que eventualmente podem determinar o seu nascimento são realidades distintas e autónomas e como tal devem ser consideradas, é, de todo em todo, impossível extrapolar o carácter geral dos efeitos jurí-

(17) Cfr. R. Corrado, *ob. cit.*, pág. 21, nota 13 e R. Moschella, *ob. cit.*, pág. 39.

(18) Esta foi a orientação que colheu os sufrágios dos comerciantes. Mossa, D'Amelio, Stotgia, alguns dos mais convictos defensores da aplicação da teoria da aparência ao direito comercial e aos títulos de crédito, invocam para tanto a boa-fé de terceiros. Cfr. *infra*, págs. 165 e segs.

dicos da aparência, (causa da boa-fé), do carácter geral da própria tutela legal da boa-fé. É que esta pode ter outras causas (19).

Nem se diga que face à nossa ordem jurídica uma projecção mais ampla dos efeitos da aparência poderia ser conseguida através da aplicação analógica das normas que os prevêem.

A aparência só produz efeitos quando existem preceitos legais que no caso concreto lhos imputem. Estes traduzem soluções singulares, excepcionais e, como tal, insusceptíveis de aplicação por analogia (cfr. Art. 11.º do Código Civil).

Corroboram tal conclusão, que aliás se infere de uma simples leitura dos textos legais já enumerados (20), a referência à teoria do erro comum constante do n.º 3 do Art. 2076.º do Código Civil e a eliminação na primeira revisão ministerial do Art. 431.º do Anteprojecto Vaz Serra, que estatuiu a eficácia do pagamento efectuado a credor aparente.

Face ao Código Civil vigente, e ao contrário do que acontecia no âmbito do Código de Seabra (21), o erro comum é relevante, tornando anulável o negócio que vicia. Esta solução resulta do regime geral do erro contido nos Arts. 251.º a 254.º do Código Civil (22). O n.º 3 do Art. 2076.º consagra pois, e obviamente, uma excepção. O que não abona em favor da teoria da aparência. Na verdade, sendo o erro comum fonte de aparência enganosa, a nossa lei não deixaria de o considerar irrelevante se quisesse tutelar, em termos gerais, a boa-fé que de tal aparência pode resultar.

(19) Como escreve Calais-Auloy, *ob. cit.* pág. 30: «C'est donc la bonne foi qui devient efficace en s'appuyant sur l'apparence e non l'apparence en s'appuyant sur la bonne foi».

(20) Cfr. *supra*, pág. 154.

(21) Cfr. Art. 664.º do Código Civil de 1867.

(22) Cfr. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1976, pág. 242 e Rui Alarcão, *Breve Motivação do Anteprojecto sobre o Negócio Jurídico na parte relativa ao Erro, Dolo, Coacção, Representação, Condição e Objecto Negocial*, in «BMJ» n.º 138, pág. 94.

Se outras razões não houvesse, seria esta suficiente para demonstrar o carácter excepcional de que se reveste, entre nós, a tutela da aparência. Mas ainda mais elucidativo neste sentido é o facto de o nosso legislador, ao contrário do que acontece em inúmeras legislações estrangeiras e do que era sugerido no Anteprojecto Vaz Serra, ter considerado ineficaz o cumprimento ao credor aparente, ficando o *solvens* adstrito a nova prestação perante o credor e com direito de repetir a prestação, nos termos do n.º 2 do Art. 476.º do Código Civil. Trata-se de solução que demonstra, por forma inequívoca, não ter querido a lei portuguesa preceituar, em termos gerais, a relevância da aparência, antes preferindo atribuir-lhe efeitos caso a caso (23).

Tudo nos conduz à conclusão de que por ser a aparência, *em situações rigorosamente delimitadas*, causa de um estado subjectivo de erro, legalmente coincidente com a boa-fé, beneficia reflexamente da tutela que a ordem jurídica lhe concede e mediatamente ao tráfico jurídico. Tal protecção traduz-se normalmente em a aparência produzir os mesmos efeitos que seriam imputáveis à realidade e tem carácter indubitavelmente excepcional.

Pode, pois, dizer-se que os autores acima citados acertaram ao fundar a importância jurídica da aparência na necessidade de salvaguardar os interesses de terceiros de boa-fé. Os preceitos legais, que face à nossa lei atribuem efeitos à aparência, fazem-nos em atenção à boa-fé e, na generalidade dos casos, ela é referida *expressis verbis* (24).

Mas foi-se longe de mais ao querer erigir a aparência, como meio de defesa da boa-fé, em regra geral.

Perante a nossa lei trata-se de solução evidentemente inadmissível, como procurámos demonstrar. A aparência só

(23) Cfr. por exemplo os Arts. 583.º, n.ºs 1 e 2, e 645.º, n.º 1, do Código Civil, que contemplam casos em que o pagamento a credor aparente é eficaz.

(24) Os raros artigos, em que a boa-fé não é mencionada, têm claramente subjacente a ideia da sua defesa. Cfr. por exemplo, os Arts. 583.º, n.ºs 1 e 2, e 645.º, n.º 1 do Código Civil.

releva quando isso resultar indiscutivelmente de um texto legal.

E bem andou o legislador ao adoptar este sistema de equilibrada ponderação entre protecção do titular do direito e defesa do tráfico jurídico. Conseguiu evitar uma concepção antinómica, nos termos da qual a satisfação de um desses interesses, que seriam irredutíveis, só se obteria através da subordinação ao outro.

Com efeito, o sistemático sacrifício do direito adquirido à expectativa do terceiro, para além das evidentes desvantagens que comportaria, poderia redundar na difusão de uma pouco salutar atitude de negligência, causa possível do estado de ignorância eventualmente identificado com a boa-fé (25).

6. — *A aplicação da teoria da aparência ao direito comercial.* Em face do que ficou escrito, é facilmente compreensível o apoio e adesão que esta teoria mereceu a uma corrente de comercialistas (26).

Num ramo do direito onde é constante a preocupação com o profícuo desenvolvimento das trocas, e que se caracteriza pela maior protecção ao crédito e pela necessidade de garantir a celeridade das transacções, a ideia da consagração da aparência estava destinada a ter, num primeiro momento, inevitável sucesso. Efectivamente, a segurança proporcionada pela eficácia da aparência não só incrementaria o crédito como determinaria, dispensando indagações morosas, a própria rapidez na celebração dos negócios.

Consequentemente, entendeu-se que a aparência fornecia a explicação e o enquadramento conceitual apropriado para

(25) Contra cfr. Luis Fernando Martinez Ruiz, *La apariencia en el Derecho Privado*, in «Revista de Derecho Privado», Tomo XLV, 1961, pág. 926, que defende a ideia de que uma teoria geral da aparência traria uma solução para os inúmeros problemas que, impensados pelo legislador do século passado, reclamam hoje solução urgente.

(26) A par do escasso número de adeptos que encontrou entre os civilistas.

figuras como a sociedade irregular (27) e o regime da posição do terceiro possuidor de boa-fé, nos títulos de crédito abstratos. É precisamente desta última questão que nos iremos ocupar.

II — A TEORIA DA APARÊNCIA E A RELAÇÃO JURÍDICA CAMBLÁRIA

1. — *Razão de ordem.* 2. — *A concepção de Jacobi.* 3. — *A concepção de Mossa.* 4. — *Análise crítica da teoria da aparência.*

1. — *Razão de ordem.* Os títulos de crédito, criados para facultar a rápida e segura circulação dos direitos que neles se incorporam, através da protecção concedida à posição dos portadores de boa-fé, por meio da possibilidade da sua realização antecipada e por consignação em garantia ao credor, constituem campo da aplicação por excelência da teoria concebida em torno da eficácia da aparência.

E não se ignorando ser o regime dos títulos de crédito dominado pelas exigências da circulação que frequentemente reclamam o sacrifício dos interesses legítimos de quem, de facto, se não quis obrigar mas, *aparentemente*, se obrigou (cfr. Arts. 16.º e 17.º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças), compreende-se que alguns autores tenham sido tentados a não ir mais longe, defendendo ser a ideia de aparência suficiente para conceitualizar as especificidades do regime dos títulos de crédito.

A teoria da aparência aplicada nesta matéria tem, pois, como finalidade, em derradeira análise, justificar a posição jurídica do terceiro possuidor do título e a sua subtracção, mais ou menos intensa consoante o título que se considere, à influência da relação subjacente.

(27) Cfr. Rolf Serick, *Aparencia y realidade en las sociedades mercantiles*, tradução espanhola de Puig Brutau, Barcelona, 1958; Salandra, *Le società irregolari*, 1931, págs. 46 e 47; Dominedó, *Le anonime apparenti*, 1931, págs. 36 e 85.

É precisamente por isso que a aparência nunca forneceu explicação cabal para o regime dos títulos causais, dominados, como estes são, por um negócio específico e rigorosamente individualizado (28). Nestes casos a influência da relação fundamental sobre a cartular, priva de sentido as premissas da teoria da aparência.

O mesmo já não sucede, porém, com as letras, livranças e cheques. Em relação a eles, até os próprios adversários desta doutrina confessam existir certa «aproximação da verdade» (29).

E não há dúvida de que estes são os únicos títulos em relação aos quais a aparência pode eventualmente explicar alguma coisa: são títulos abstractos e, além disso, foram especificamente considerados pelos autores desta doutrina, quando da sua concepção. Se falhar em relação a eles, a teoria da aparência pode ter-se como definitivamente improcedente.

Tanto pareceu suficiente para justificar a confinação da análise da ideia de aparência ao respectivo confronto com a Lei Uniforme sobre Letras e Livranças.

Propomo-nos, pois, examinar, à luz do referido diploma, os argumentos invocados pelo qualificado sector de comercialistas que fundamentaram o regime cambiário na aparência.

Afigura-se para tanto necessário uma apresentação, ainda que breve, das posições doutrinárias fundamentais que sobre a matéria surgiram: a de Jacobi e a de Lorenzo Mossa.

2. — *A concepção de Jacobi.* Jacobi (30) foi um dos primeiros autores a aproveitar a ideia de aparência para explicar a disciplina da relação cambiária (31).

(28) Cfr. Ferri, *I titoli di credito*, Torino, 1965, pág. 62.

(29) Cfr. Ferri, *ob. cit.*, pág. 65.

(30) *Wertpapiere in Ehrenberg's Handbuch*, Leipzig, 1879, págs. 285 a 306, cit. por Bigiavi, *I vizi della volontà nella dichiarazione cambiaria*, Padova, 1943, pág. 22, nota 48 e por Messineo, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 27, que refere no entanto a primeira edição como sendo datada de 1901.

(31) Segundo Messineo, *ob. cit.*, pág. 27, foi Otto Fischer na sua obra *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1900, quem pela primeira vez adoptou esta teoria.

Tomando como premissa indiscutível a prevalência da necessidade de acautelar a circulação dos títulos, em relação a todos os outros interesses subjacentes à respectiva criação, concluiu que tal tutela da circulação postulava a sistemática protecção dos portadores legítimos desses mesmos títulos, desde que estivessem de boa-fé. A satisfação de tal objectivo pressupunha, evidentemente, o afastamento do regime de direito comum.

De acordo com esta orientação, distinguiu a posição jurídica do terceiro de boa-fé detentor do título, da dos demais signatários. E enquanto esta última, decorrente daquilo que a Lei Uniforme sobre Letras e Livranças designa por «relações pessoais»⁽³²⁾ e a doutrina por «relação imediatas», teria origem num contrato, já a criação daquela outra não podia ser relacionada com uma declaração de vontade negocial.

Efectivamente e no concernente a ela, o acto de criação do título teria a natureza daquilo que a doutrina germânica designa por *Tatbandlung*⁽³³⁾ e que corresponde ao nosso acto jurídico simples⁽³⁴⁾.

Ora a lei ligaria a este acto jurídico simples, como efeito necessário, a criação de uma aparência. Esta será precisamente a aparência do contrato subjacente à criação do título.

Nestes termos e no concernente às relações com terceiros possuidores de boa-fé, a obrigação cambiária fundamenta-se já não num contrato (ou mesmo em qualquer tipo de declaração de vontade negocial), mas sim na mera aparência de um contrato a qual deriva de um acto jurídico simples.

Como facilmente se verifica, na formulação de Jacobi, a teoria da aparência é conciliatória ou dualista: o contrato começa por ser a fonte da relação cambiária e só deixará de o ser se o título chegar às mãos de um detentor de boa-fé.

(32) Cfr. Art. 17.º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças.

(33) Em italiano «operazione giuridica» segundo Bigiavi, *ob. cit.*, pág. 23, nota 31.

(34) Existe uma vontade de acção mas não vontade funcional, dirigida a efeitos jurídicos.

Em casos normais, a obrigação funda-se na vontade do subscritor; em casos anómalos, num acto voluntário que desencadeia uma relevância específica de aparência, configurada na lei.

A justificação deste regime residirá, naturalmente, na tutela da legítima expectativa gerada no terceiro de boa-fé pela criação do título e no interesse da circulação.

Não se procederá agora à crítica da concepção de Jacobi, que se reserva para um momento posterior, em que será integrada na análise global da teoria da aparência⁽³⁵⁾.

É, no entanto, conveniente realçar desde já que esta construção se distingue, sobretudo, por atribuir dupla fonte a uma mesma relação cartular e por pressupor a possibilidade de aplicação de um regime totalmente diferente do que rege o negócio jurídico, ao acto jurídico simples. Regime que se traduziria neste caso na relevância da aparência. O pensamento do autor alemão enquadra-se, pois, na tendência dominante, que atribui aos títulos de crédito carácter constitutivo de um direito diferente do que resulta da relação fundamental⁽³⁶⁾.

3. — *A concepção de Mossa.* A tese defendida por Jacobi encontraria em Itália um entusiástico continuador — Lorenzo Mossa⁽³⁷⁾. Profundamente aberto à influência da doutrina germânica, este autor desenvolveu e levou até às últimas

(35) Seguiram esta teoria: H. Meyer, *Das Akzept. Die Annahme des Wechsels und der Anweisung*, Berlin, 1918, págs. 113 e segs.; Schliklum, *Terpflichtungstatbestud v. Einreden im Wechselrecht*, Bonn-Köln-Berlin, 1932, págs. 70 e segs. e Ulmer, *Das Recht der Wertpapiere*, Stuttgart-Berlin, 1938, págs. 35 e segs., cit. por Bigiavi, *ob. cit.*, pág. 22.

(36) A duplicação de relações constitui o ponto de partida de todas as doutrinas modernas e representa o culminar de uma evolução dogmática de alguns séculos.

(37) Este autor expôs a sua doutrina no *Trattato della Cambiale*, Padova, págs. 168 e segs. e em *La dichiarazione cambiaria*, in «Annali delle Università Toscane», 47 (1930), pág. 25, cit. por Bigiavi, *ob. cit.*, pág. 6.

consequências algumas ideias subjacentes ao pensamento do jurista alemão. A sua obra representa, sem dúvida, uma tentativa completa e sistematizada para aplicar a teoria da aparência aos títulos de crédito.

Mossa começou por receber da doutrina transalpina a ideia de que toda a regulamentação da letra e da livrança estaria dominada por exigências de política legislativa, reclamando a constante tutela do terceiro possuidor de boa-fé. Só que sentiu com muito maior acuidade do que os seus antecessores a indispensabilidade de, para tanto, afastar em definitivo o regime do direito civil (excessivamente transigente para com a protecção dos interesses do declarante, cuja vontade se formou com desvios).

Ora, segundo Mossa, o afastamento deste regime só se conseguiria privando de carácter negocial o facto criador da letra. É que, a admitir-se existência da declaração de vontade, ter-se-ia de recorrer aos princípios gerais que inspiram a respectiva disciplina.

A preocupação de excluir qualquer hipótese de aplicação da disciplina do direito civil está sempre presente na construção de Mossa e é afirmada à exaustão nos seus escritos (38). Para alcançar o desejado afastamento, o ilustre comercialista percorreu o caminho já trilhado por Jacobi, mas conguiu ir mais longe.

Como ficou escrito, Jacobi não foi capaz de apresentar uma solução unívoca para o regime das relações mediatas (dominadas pela aparência) e das imediatas (em cuja origem situou um negócio jurídico). Mossa eliminou esta dualidade, reconhecendo num único acto a fonte da relação cambiária. E a fim de qualificar tal acto, recorreu à nomenclatura criada por Gierke(39) e adaptada aos títulos de crédito por Eckhardt(40). A classificação discerne entre negócios jurídicos e declarações

(38) Cfr. *Trattato della Cambiale*, cit., págs. 169 e segs.

(39) Cfr. *Deutsches Privatrecht*, II (*Sachenrecht*), Leipzig, 1905, pág. 4, cit. por Bigiavi, *ob. cit.*, pág. 45.

(40) Cit. por Bigiavi, *ob. cit.*, pág. 45.

não negociais (*Rechtsakt*). Estas últimas distinguem-se-iam por não se dirigirem à constituição de direitos subjectivos, limitando-se a alterar a qualificação jurídica do objecto de um direito.

Considerando que a criação dos títulos de crédito não determinaria o aparecimento de um novo direito subjectivo, Eckhardt concluía não existir neste caso negócio jurídico, mas sim declaração de vontade não negocial. E corroborava a ausência de negócio jurídico com a verificação, para ele inequívoca, da falta de vontade funcional que caracterizaria a subscrição dos títulos.

Esta qualificação assenta, como é evidente, em premissa não demonstrada: a de que ao aparecimento dos títulos não corresponde um novo direito subjectivo; e é muito pouco rigorosa, identificando o critério da vontade funcional com o que atende à constituição de um direito novo.

Foi todavia esta classificação, distorcida e adulterada por Eckhardt, que inspirou Mossa. Lançando mão do conceito de declaração de vontade não negocial para determinar a natureza do acto de que a letra é originária, este autor tentou compatibilizar aspectos característicos da teoria legal (41) com outros que resultam da doutrina dominante, a qual defende ter a declaração de subscrição carácter negocial. Ao delimitar a «declaração de vontade não negocial», Mossa mostra-se, no entanto, confuso, quando não contraditório, não se ocupando do facto de a concepção de Eckhardt negar carácter constitutivo aos títulos de crédito, conclusão claramente oposta aos fundamentos da sua construção. Assim e enquanto em certas passagens parece considerar que é a lei que faz surgir o título («... l'obbligazione[...] surge per la legge che la detta nell'interesse della generalità»), logo a seguir parece já tender para considerar a «declaração de vontade não negocial», como

(41) A teoria legal foi formulada por Salandra, *Corso di diritto Commerciale*, Roma, 1939, págs. 132 e segs. e em termos gerais defende que a relação cartular resulta da transformação da relação subjacente, operada pela própria lei.

um facto jurídico «stricto sensu» («Non si domanda, dal diritto cambiario, altra volontà che quella della creazione del titolo, senza requisito o contenuto proprio delle dichiarazioni di volontà») (42).

A interpretação do pensamento de Mossa tem dado lugar às maiores incertezas e mesmo a alguma controvérsia (43). No entanto e apesar de se reconhecer, desde já, que a esta opinião são oponíveis alguns textos daquele autor, o entendimento dominante na sua obra parece ser o que atribui ao acto de criação do título a qualificação de acto jurídico simples (44).

Embora inicialmente adepto da classificação de Eckhardt, o comercialista italiano abandonou o aspecto concernente ao carácter não constitutivo do acto criador do título de crédito para apenas aproveitar as considerações atinentes à influência da vontade, as quais redundam na definição do acto jurídico simples (45).

E foi por isso que Mossa escreveu no seu *Trattato della Cambiale* «L'atto... non è un negozio giuridico, ma neppure un semplice atto materiale...» para, um pouco mais adiante e com maior clareza acrescentar: «nella creazione cambiaria inesistenza della volontà di dichiarazione o della coscienza di dichiarazione sono indifferenti, perchè gli effetti giuridici sorgono esclusivamente per una volontà di agire» (46).

A lei atenderia apenas à voluntariedade da conduta, abstractando completamente da voluntariedade quanto ao resultado. Pelo facto de ter criado o título, o subscriptor ficava sujeito a determinados efeitos, quer os tivesse querido, quer não. E note-se que, desta perspectiva, Mossa não pode ser acusado

(42) Cfr. *Trattato della Cambiale*, cit., pág. 178 e 179 respectivamente.

(43) Cfr. Bigiavi, *ob. cit.*, pág. 46, nota (III).

(44) É esta a opinião de Stótgia, um dos mais ilustres discípulos de Mossa, na sua obra *Apparenza giuridica e dichiarazione alla generalità*, Roma, 1930, pág. 128.

(45) A afinidade com a posição de Jacobi é grande, neste ponto.

(46) Cfr. *Trattato della Cambiale*, págs. 181 e 285.

de incoerência quando admite a relevância da coacção física que afecta a declaração cartular, a par da irrelevância dos demais vícios da vontade. Precisamente, o que caracteriza a coacção física é a ausência de vontade de acção (47).

Sem dúvida, esta faceta do pensamento de Mossa aproxima-o da teoria legal: os efeitos não resultam directamente da vontade do subscriptor, mas são ligados pela lei à conduta voluntária em que se traduz a subscrição. Apesar disto, não há identidade possível com aquela outra corrente. É que, para os autores que nela se integram, a criação do título é um facto jurídico *stricto sensu* a que a lei liga efeitos em atenção à sua materialidade física, e independentemente de qualquer voluntariedade porventura existente.

Pelo contrário, Mossa defende em geral que a subscrição do título corresponde a declaração de vontade — residindo nesta opinião um ponto de contacto ténue, mas importante, com a teoria dominante.

Assente que Mossa, embora utilizando termos obscuros, considera a subscrição da letra como acto jurídico simples, chegou o momento de procurar delimitar os efeitos que, no pensamento deste autor, a lei faz decorrer de tal acto. E é no respeitante a esta matéria que Mossa, até agora próximo de Jacobi, vai adoptar posições inequivocamente originais.

Defendendo que o acto de subscrição de um título de crédito cria a aparência de uma obrigação — aparência tutelada pela lei, reconhecida como efeito da subscrição e que asseguraria definitivamente a protecção de terceiros de boa-fé — ele autonomiza tal aparência da existência de um contrato ou de uma declaração de vontade.

Para Mossa a aparência é o próprio fundamento da criação de um direito autónomo e do correspondente dever, sem que a natureza e limites destes sejam condicionados pela realidade subjacente. A aparência não intervém acessoriamente, mas de forma principal.

Assim: para Jacobi existe uma aparência de contrato,

(47) Cfr. *Trattato della Cambiale*, págs. 286 e segs. e 292 e segs.

que consequentemente se substituí à realidade, desempenhando papel meramente secundário (nos casos normais é a realidade que cria o direito e o correspondente dever e só nos casos em que o elemento visível é contrário à realidade, a aparência desempenha papel criador); para Mossa, a aparência cria o direito de uma forma principal e autónoma. Isto é, o elemento visível cria o direito quer seja, quer não conforme à realidade.

Mossa não recorre, pois, a uma ficção de vontade. Esta é totalmente irrelevante para a produção de efeitos, apenas devendo existir no momento da subscrição — que terá de constituir um acto voluntário para desencadear a eficácia abstratamente configurada na lei. Mas cessa aí o papel do elemento volitivo.

Este empolamento da ideia de aparência tem subjacente a preocupação omnipresente na construção de Mossa: evitar que os resquícios contratualistas de que se encontra eivada a teoria de Jacobi possibilitem a aplicação do direito civil, contrário às exigências da circulação.

Foi para despojar a teoria dos títulos de crédito de toda e qualquer ligação com a vontade funcional e com o negócio jurídico que o autor italiano evoluiu da ideia de aparência do contrato e, portanto, de determinação da vontade cambiária, para a ideia mais pura da criação da aparência do título (48). O fundamento da relação cambiária passou a encontrar-se, não na aparência de contrato, mas sim no acto de criação de aparência («si parla per esso di apparenza della dichiarazione, noi parliamo, al contrario, di dichiarazione di apparenza e di affidamento») (49).

(48) Cfr. *Trattato della Cambiale, cit.*, pág. 176.

(49) Cfr. *Trattato della Cambiale, cit.*, págs. 218 e 219. No concernente à coacção física, depois de admitida a sua relevância, Mossa vem defender que a vítima de tal coacção nunca a deveria ocultar através do silêncio; caso contrário a aparência acabaria por prevalecer.

Assim, a existência de coacção física e a consequente invalidade da subscrição deveriam ser anunciadas através de proclamação pública.

Claro está que esta solução é inadmissível. Além de ser arbitrária, por não existir uma norma que a imponha, de modo algum evitará o

Mossa desenvolveu o conceito de aparência a tal ponto que suscitou a crítica do próprio Jacobi, segundo o qual a «declaração de aparência» não teria nada de declaração e o recurso à aparência era de molde a privar o pensamento do jurista italiano de autonomia científica (50).

Mas, apesar de confuso, obscuro e muitas vezes contraditório (51), Mossa conseguiu certo apoio por parte da doutrina italiana. Stotgia (52) e D'Amelio foram os discípulos mais fiéis, procurando esclarecer e desenvolver as teses defendidas no *Trattato della Cambiale*.

E, para além deles, a teoria da aparência chegou a ser defendida por nomes como Ascarelli (53) que, no entanto, se viria a retratar decorridos apenas alguns meses, e Bigiavi que no início da sua obra sobre os vícios da vontade e a declaração cartular refere com entusiasmo as soluções propostas por Mossa, para na conclusão as abandonar. A este respeito, é ainda curioso referir a posição de Ferri (54) que, não obstante rejeitar convictamente a tese da aparência, acolheu alguns dos seus mais importantes elementos. Assim, este autor escreve ser fundamental a «vontade de declaração» e não a «declaração de vontade», e reconduz a vontade de declaração à vontade de acção. A inspiração nos escritos de

aparecimento da boa-fé nos terceiros. Cfr. Messineo, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 251, nota 2.

(50) Cfr. Bigiavi, *ob. cit.*, págs. 56 e 57.

(51) A contradição mais evidente resulta da defesa da oponibilidade da coacção moral que é obviamente incompatível com a irrelevância da vontade funcional. Cfr. *La dichiarazione cambiaria*, cit., págs. 136 e segs.

(52) A originalidade do contributo de Stotgia reside na defesa de que o fundamento da aparência se encontraria na circunstância de a declaração se dirigir a pessoas indeterminadas. O art. 457.º do Código Civil torna esta ideia indefensável face à nossa lei.

(53) Ascarelli perfilhou a tese da aparência no já mencionado artigo do «Foro italiano» em 1932. Abandonou esta posição num outro escrito publicado nesse mesmo ano na «Rivista di Diritto Commerciale», I, pág. 541, nota 2, cit. por Bigiavi, *ob. cit.*, pág. 49.

(54) Cfr. Ferri, *Diritto e pratica commerciale*, I, 1941, págs. 254 e segs.

Mossa é evidente. Aliás, Ferri esclarece quaisquer dúvidas a este respeito, citando expressamente aquele autor⁽⁵⁵⁾.

E mesmo autores mais moderados, como Messineo, reconhecem que a legitimação, característica dos títulos de crédito, encontra, com facilidade aliciante, fundamento técnico na ideia de aparência⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾.

A indagação das razões que explicam a repetida circunstância de a aceitação inicial da teoria da aparência não resistir à reflexão prolongada e ao estudo mais profundo, conduz inevitavelmente à respectiva análise crítica. A ela se procederá em seguida.

4. — *Análise crítica da teoria da aparência.* A teoria da aparência tentou encontrar uma solução lógica unitária para explicar a diferente posição configurada pela lei para o terceiro possuidor de boa-fé e os demais signatários do título⁽⁵⁸⁾. Tem, pois, subjacente uma preocupação de enquadramento dogmático, de conceitualização. Porém, a esta exigência procurou responder com uma construção que tem, como premissa lógica essencial, a afirmação da necessidade de fazer prevalecer o interesse do terceiro de boa-fé, relativamente ao dos outros subscriptores do título de crédito.

Quer isto dizer que a teoria da aparência pretendeu edificar uma conceptuologia, partindo de um princípio que reduz as questões a conflitos de interesses. É neste paradoxo decorrente da influência decisiva da jurisprudência dos interesses na busca de pura explicação dogmática ou seja, na resolução de problema eminentemente conceitual, que pode encontrar-se a

(55) *Ob. cit.*, pág. 255, nota 4.

(56) *Ob. cit.*, págs. 29 e 30, onde se escreve «Ma é, tuttavia, certo, in taluni caso almeno, [...] siffato principio si rivela singolarmente calzante».

(57) Em Espanha a aplicação da teoria da aparência aos títulos de crédito foi defendida por Augustin Vicente Y Gella, *Los títulos de crédito en la doctrina y en el derecho positivo*, Zaragoza, 1933, págs. 12 e 124. Este autor aproxima-se muito da tese legal e das posições de Salandra.

(58) Cfr. Ferri, *ob. cit.*, pág. 36, nota 4.

razão mais profunda para a falta de consistência desta posição doutrinária. As diferentes críticas à ideia de aparência acabam todas por se reconduzir a uma objecção principal que consiste em demonstrar que o seu pressuposto (prevalência absoluta do interesse da circulação) não é aceitável.

Na verdade, não é possível apreender a realidade, reduzindo-a sistematicamente a conflitos de interesses (59). Foi por seguirem este caminho que os adeptos da teoria da aparência chegaram a conclusão errada: a de que a protecção da circulação, reconhecida unanimemente como um dos desideratos que devem presidir à disciplina dos títulos de crédito, exigia absoluto predomínio do interesse do possuidor de boa-fé e correspondente sacrifício dos subscritores.

Com efeito, a teoria da aparência assenta numa petição de princípio: a que se traduz na afirmação de que a disciplina dos títulos de crédito visa exclusivamente proteger o interesse do possuidor de boa-fé. Para esta afirmação peremptória com que sistematicamente se inicia a exposição da teoria da aparência, é apresentada como única justificação a necessidade de garantir a circulação dos títulos. Ora trata-se de asserção que carece, obviamente, de comprovação. Qualquer doutrina que procure fundamentar a relação cartular não poderá deixar de mencionar os interesses tutelados. Decidir, sem mais, que unicamente digno de protecção é o possuidor de boa-fé, é dar por demonstrado o que há a demonstrar. Evita-se o apriorismo dogmático para cair noutro, de natureza diversa.

Tanto mais que parece indiscutível não ter estado na *mens legislatoris* a defesa do possuidor de boa-fé em qualquer caso.

Na realidade, são inúmeras as disposições que se inspiram na tutela do interesse do subscritor. Pense-se, a título

(59) A jurisprudência dos interesses encontra-se hoje em franca crise. Acusada de escamotear a realidade, a imagem que reflecte é pela generalidade entendida como perigosa, por ser excessivamente neutral e não valorante. Cfr. sobre este ponto Orlando Carvalho, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, Coimbra, 1967, pág. 783, nota 157.

meramente exemplificativo, no Art. 7.º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças que tutela o interesse do subscritor em detrimento da posição jurídica do terceiro possuidor do título; ou então no Art. 40.º, III, do mesmo diploma, que não permite tornar mais onerosa a posição do devedor sacado, limitando a sua intervenção à confirmação da regularidade da sucessão de endossos.

Do mesmo modo, os caracteres gerais dos títulos, que os autores costumam descortinar na Lei Uniforme sobre Letras e Livranças, não resultam da consideração exclusiva do interesse de terceiros: o princípio da literalidade não funciona apenas em benefício do terceiro possuidor de boa-fé; também este não pode invocar contra o subscritor convenção em que ele não tenha intervindo (60).

E a distinção entre legitimação activa e passiva decorre igualmente da relevância do interesse dos subscritores, a par do interesse de terceiros.

Aliás, mesmo que existisse uma norma a preceituar, por exemplo, a irrelevância de vícios da vontade — problema que tanto preocupou os defensores da aparência (61) — não se poderia inferir, sem mais, intuito do legislador de sacrificar *sempre* os interesses dos subscritores aos dos terceiros. Como já foi salientado, os casos em que tal sacrifício se verifica, correspondem a anomalias e assim não podem fundar solução geral (62).

Mas, para além do mais, restaria ainda demonstrar que a protecção do tráfico jurídico exige, iniludivelmente, a defesa do portador de boa-fé. Efectivamente, afigura-se que, muito pelo contrário, a excessiva tutela do portador poderia conduzir ao declínio dessa circulação.

(60) A serem verdadeiros os pressupostos da teoria da aparência, o princípio *quod non est in cambio, non est in mundo* só poderia operar quando a sua aplicação favorecesse o terceiro de boa-fé, possuidor do título.

(61) E em que, de forma particularmente evidente, existe um conflito de interesses entre o subscritor e o terceiro.

(62) Cfr. Ferri, *ob. cit.*, págs. 64 e segs.

Se o subscritor souber que está a praticar um acto de puro risco, evitará tanto quanto possível tal subscrição e só dela lançará mão quando a puder rodear de garantias que se virão a traduzir em entraves ao incremento do tráfico. A aceitação da teoria da aparência teria, nestes termos, efeito inverso ao pretendido.

A prova da falsidade das premissas em que assentou esta concepção seria suficiente para justificar o seu abandono. Pode, todavia, acrescentar-se que as demais ideias em que se desenvolveu são, igualmente, destituídas de fundamento.

Assim, a qualificação da subscrição do título, como acto jurídico simples, com vista a obter o afastamento do regime civil, falha completamente face à nossa lei que, no Art. 295.º do Código Civil, preceitua: «Aos actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo precedente» (63).

A atribuição de natureza de acto jurídico simples serviria, quando muito, para afastar a relevância dos vícios concernentes à vontade funcional, inexistente naquele. No entanto, como já mencionámos, a disciplina dos desvios na formação de vontade negocial não é decisiva para a resolução do problema, uma vez que a sua aplicação se reveste, indiscutivelmente, de carácter anómalo (64).

Vem-se, até ao momento, a rebater as ideias acessórias ou complementares da aparência. E que dizer sobre esta, aplicada aos títulos de crédito? Em primeiro lugar não parece possível tal aplicação; depois, mesmo tendo lugar, ela não solucionaria a questão fundamental sobre que se debruçou.

É a própria Lei Uniforme sobre Letras e Livranças que torna pouco plausível o recurso à aparência para enquadrar

(63) A doutrina dominante em Itália e na Alemanha, na ausência de preceito semelhante ao nosso Art. 295.º, sempre defendeu a aplicação analógica do regime do negócio jurídico ao acto jurídico simples.

(64) É curioso notar que o próprio Mossa acabou, com sacrifício do rigor lógico da sua tese, por reconhecer relevância à coacção moral.

o regime dos títulos de crédito nela contemplados. É que, como se procurou demonstrar, a aparência tem necessariamente, como fundamento, a tutela da boa-fé. Ora o Art. 17.º daquela lei não se refere à boa-fé e, indo mais longe, exige o procedimento consciente em detrimento do devedor.

Tendo o regime legal em conta não a boa ou má-fé, mas sim a actuação deliberada em prejuízo do subscritor (65) pode concluir-se que a má-fé não é suficiente para desencadear a destruição do regime que seria a consagração da aparência.

Mas ainda mais significativo do que este aspecto é o que deriva da insuficiência desta ideia para resolver a questão primordial: a da descoberta de solução que consiga explicar, sem perder unidade lógica, a distinta posição do terceiro possuidor do título.

Elaborada em torno da inoponibilidade das excepções ao portador de boa-fé, o conceito de aparência é incapaz de explicar a oponibilidade nas relações imediatas. Se a subscrição é suficiente para criar a aparência e a obrigação cambiária, constituindo o seu bastante fundamento, como explicar o recurso às excepções decorrentes da relação subjacente, admitido pela legislação cambiária (Art. 16.º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças)? Trata-se de interrogação a que a teoria da aparência não responde (66).

Resta-nos, pois, concluir que a teoria da aparência, fornecendo embora um enquadramento sistemático, fácil e claro, para o regime dos títulos de crédito, não corresponde, verdadeiramente, a uma tentativa de conceitualizar o fundamento da relação cartular. Poderia, em suma, dizer-se que a teoria da aparência é uma aparência de teoria.

(65) Neste sentido Ferrer Correia, *Direito Comercial*, Vol. III, Coimbra, 1966, pág. 67 e J. G. Pinto Coelho, *Lições de Direito Comercial — Obrigações Mercantis*, fasc. 4.º, Lisboa, 1958, pág. 70.

(66) Jacobi procurou resolver a questão através de uma solução mista: contrato e aparência seriam simultaneamente fontes da relação cartular. Esta teoria dualista não tem, todavia, qualquer rigor lógico.