



Aval, Informação e Responsabilidade

Pedro Pais de Vasconcelos*

I. Introdução

A posição jurídica típica do avalista de uma letra ou livrança é simples; mas é simplesmente complexa, e complexa na sua simplicidade. Assim sucede porque se pode manifestar em dois universos, o cambiário, que é abstrato, e o extracambiário, que é causal. E pode manifestar-se em apenas um dos universos ou em ambos, sendo que cada um dos universos tem o seu próprio grau de complexidade.

A posição jurídica do avalista é simples, desde que não seja confundida com a posição subjacente, e que não se force a aplicação da posição subjacente ao aval. É, pois, necessário abordar o problema do avalista com um cuidado especial.

A posição jurídica cambiária do avalista tem o seu conteúdo jurídico tipificado, na totalidade, na Lei Uniforme sobre as Letras e

* O presente artigo corresponde, com aprofundamentos, ao tema apresentado no Colóquio organizado pela 6ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça e pelo Centro de Estudos Judiciários, sobre “Comércio, Sociedades e Insolvências”, em 22 de janeiro de 2020, tendo sido publicado no E-book disponível na página do Supremo Tribunal de Justiça, em www.stj.pt.



Livranças (LULL).

A posição jurídica extracambiária (subjacente) do avalista contém-se e decorre do que por ele tiver sido estipulado a propósito do seu aval e corresponde à respetiva relação subjacente. Envolve o pacto de aval, que contém tudo o que o avalista estipulou a propósito da prestação do seu aval.¹

A LULL não rege as relações subjacentes – e bem – e em matéria cambiária só contém aquilo que contém. No que falta, não é lícito aplicar, sem mais, o Código Civil, principalmente, o regime civil da fiança.

A LULL é direito objetivamente comercial cujo articulado foi retirado do Código Comercial (artigos 278º a 343º) para dar lugar ao regime introduzido pela Convenção de Genebra estabelecendo uma lei uniforme em matéria de letras e livranças², pelo que se considera como fazendo parte dele. Assim, o artigo 3º do Código Comercial só permite procurar no Direito Civil soluções para «questões sobre direito e obrigações comerciais que não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei comercial, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos nela prevenidos». A aplicação do Direito Civil só é lícita após esgotadas as soluções decorrentes (primeiro) da letra da lei comercial, (segundo) do espírito do Direito Comercial, (terceiro) da analogia a preceitos da lei comercial e só depois de esgotados todos estes recursos, é lícito recorrer ao Direito Civil e, dentro dele, ao

¹ PAIS DE VASCONCELOS, Aval em Branco, Revista de Direito Comercial, 2018, págs. 373 a 422 [www.revistadedireitocomercial.com/aval-em-branco].

² Assinada em 7 de junho de 1930, aprovada pelo Decreto-Lei nº 23.721 de 29 de março de 1934.



regime civil da fiança para resolver questões duvidosas ou para preencher lacunas do regime jurídico cambiário do aval. O recurso ao Direito Civil, em matéria cambiária, só pode ser feito por analogia e nunca por aplicação direta.

II. Aval e fiança: transtipicidade e sentido

O aval e a fiança são diferentes, e sempre o foram.³

São dois tipos jurídicos diversos que se relacionam horizontalmente, no mesmo plano, sem que um deles seja um subtipo do outro e sem que um deles corresponda a um conceito geral do qual o outro constitua uma espécie e que se relacionem em termos de género e espécie.⁴ Por isto, mesmo depois de esgotadas as soluções referidas no artigo 3º do Código Comercial, não é lícito aplicar a um dos tipos (aval) parcelas de regime que são típicas do outro (fiança), sem passar pelo filtro da analogia, isto é, sem proceder à comparação, distinção de semelhanças e diferenças de sentido, e da modificação por adaptação ao caso.⁵

O critério da comparação e da adaptação é o sentido.

³ Por todos, JOSÉ DA SILVA LISBOA, *Princípios de Direito Mercantil*, Tomo IV, Lisboa, Impressão Régia, 1811, págs. 38 e 39.

⁴ Sobre os planos e séries de tipos, e o modo como se relacionam e concretizam por analogia, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, págs. 61-72.

⁵ Sobre o modo de operação da analogia partindo da comparação, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., págs. 98 e seguintes.



O sentido jurídico do aval é de garantia em circulação.

É de garantia naquilo em que reforça o suporte patrimonial da garantia geral do credor e do seu crédito, acrescentado ao património pessoal do devedor.

Até aqui, é semelhante ao sentido da fiança. Mas importa ainda discernir a diferença.

Desde logo e ainda na função de garantia, o aval e a fiança divergem naquilo em que a responsabilidade do avalista não se limita a garantir o pagamento pelo avalizado e cobre ainda as dívidas dos demais obrigados na letra ou livrança.⁶

O sentido do aval difere, ainda, do da fiança em dois vetores: na diferente posição em relação ao devedor e na circulabilidade.

A posição do avalista é diferente da posição do fiador. O fiador está tipicamente por detrás do devedor, enquanto o avalista está ao lado dele. Esta diferença é revelada pelo poder do credor de acionar diretamente o avalista no caso do não pagamento pelo devedor principal do título, seja o aceitante, o sacador ou o subscritor, mesmo que não seja o seu avalizado, enquanto o fiador só pode ser acionado em caso de não pagamento pelo seu afiançado.

No regime geral da fiança civil, o pagamento só é exigível ao fiador, em princípio, após a excussão do património do afiançado. Se assim for especialmente estipulado, o pagamento pode ser exigido ao fiador independentemente do esgotamento do património do afiançado (sem benefício de excussão), mas só após o incumprimento, e o fiador pode discutir perante o credor se houve,

⁶ CAROLINA CUNHA, *Letras e Livranças*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 108.



ou não, incumprimento.

Surgiu no mercado, mais recentemente, uma modalidade de garantia, sem benefício de excussão e de discussão, a chamada garantia à primeira solicitação ou garantia autónoma, que se aproxima mais do aval naquilo em que não permite que seja chamada à discussão a relação jurídica entre o afiançado e o beneficiário do aval; o garante à primeira solicitação tem de pagar e não discutir. Se o pagamento da garantia à primeira solicitação tiver sido indevidamente exigido, o garante tem de pagar e pode acionar aquele com quem negociou a prestação da garantia, mas não pode discutir com o beneficiário nem atrasar o seu pagamento.

Diversamente, no regime do aval, o avalista, por exemplo, do sacador da letra pode ser acionado caso ela não seja paga pelo aceitante ou por um qualquer endossante, e caso a livrança não seja paga pelo subscritor ou por outro obrigado cambiário, o portador que cobra pode acionar o avalista mesmo que este tenha dado o seu aval por outro interveniente na cadeia cambiária que não aquele que não pagou.

O sentido do aval está muito mais ligado à circulabilidade da letra ou livrança. O título é tipicamente destinado a circular.⁷ Não é forçoso que circule em todos os casos, mas tem de poder circular. Do facto de haver casos em que não circula não pode concluir-se que tenha perdido essa função e tenha passado a existir um novo título de

⁷ A circulabilidade, ou destinação à circulação, é uma das características fundamentais das letras e livranças, cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial – Títulos de Crédito*, AAFDL, Lisboa, 1988/89, págs. 19-20 e *Direito Comercial*, I, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 301-302.



crédito, a letra ou livrança “não circulante”.

A circulação só é possível com segurança. O que é característico do regime de circulação da letra ou livrança é que, ao contrário da circulação civil (cessão), quanto mais a letra ou livrança circula por endosso, mais forte é a cobrabilidade do título porque cada um dos endossantes fica obrigado ao seu pagamento. A circulação exige a cobrabilidade.

A função da livrança, principalmente no caso da letra ou livrança em branco e do aval em branco não é apenas a segurança, ao modo da fiança, mas a cobrabilidade. O que o credor visa, quando exige a letra ou livrança em branco, com o aval em branco, não é uma maior garantia do pagamento, ou não é apenas isso, mas é sobretudo uma maior facilidade de cobrança do seu crédito. A subscrição dum letra ou livrança em branco, avalizada também em branco, faculta – isso sim e principalmente – uma maior facilidade de cobrança. A cobrabilidade é necessária para o crédito e o Direito Comercial não prescinde dela. Daí decorre o princípio do *favor creditoris*, que é característico do Direito Comercial e que se contrapõe ao *favor debitoris*, que é característico do Direito Civil.

A diferença de sentido entre a fiança civil e o aval cambiário está na diferença entre o *favor debitoris*, que rege em Direito Civil e que protege a posição do devedor, e o *favor creditoris*, que rege em Direito Comercial e que protege a posição do credor.⁸

Não podem, pois, na concretização transtípica analógica, ser adotadas soluções concretas que enfraqueçam a posição do credor,

⁸ PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, I, cit., págs. 22-23.



que dificultem a cobrabilidade do crédito ou reforcem a posição do devedor.

III. Posição cambiária, posição subjacente e pacto de aval

Em relação ao aval, como em relação aos demais atos cambiários, é doutrina comum a separação entre relação cambiária e relação subjacente, entre a posição jurídica cambiária do avalista e a sua posição jurídica extracambiária subjacente. A primeira é abstrata e a segunda é causal.

A posição jurídica cambiária do avalista decorre diretamente da LULL, principalmente dos seus artigos 30º a 32º.

O aval garante o pagamento da letra e não propriamente o seu pagamento pelo avalizado (artigo 30º I),⁹ no todo ou em parte (artigo 30º II). É prestado por um terceiro ou mesmo por um signatário da letra, ou da livrança (artigos 30º III e 77º III), é escrito na própria letra ou numa folha anexa (artigo 31º I), exprime-se pelas palavras «bom para aval» ou por qualquer fórmula equivalente e é assinado pelo dador do aval (artigo 31º II), considera-se como resultado da simples assinatura do dador de aval aposta na face anterior da letra, salvo se se trata das assinaturas do sacado ou do sacador (artigo 31º III), e deve indicar a pessoa por quem se dá; na falta de indicação é pelo sacado ou pelo subscritor (artigos 31º IV e 77º III). O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele *afiançada*

⁹ CAROLINA CUNHA, *Letras e Livranças*, ob. cit., pág. 108.



(artigo 32ºI). A sua obrigação mantém-se mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu seja nula por qualquer razão que não seja o vício de forma (artigo 32º II). Se o dador de aval paga a letra, fica sub-rogado nos direitos emergentes da letra ou da livrança contra a pessoa a favor de quem foi dado o aval e contra os obrigados para com esta em virtude do título (artigo 32º III).

A posição cambiária do avalista é duma simplicidade e singeleza como dificilmente se encontra fora do direito cambiário: o avalista tem de pagar, sem discutir. Só pode recusar-se no caso de a sua assinatura ser falsa ou de vício de forma (artigo 32º II LULL), ou em caso de prescrição (artigo 70º LULL).

Ainda no domínio cambiário, no caso de aval em branco, o artigo 10º LULL permite-lhe opor-se quando demonstre que a letra ou livrança foi preenchida «contrariamente aos acordos realizados» e que o portador que exige o pagamento a adquiriu de má-fé ou cometendo «falta grave», por exemplo, tendo-a furtado ou tendo-a adquirido por endosso mancomunado com o portador com quem foi celebrado o pacto de preenchimento com o fim de evitar a oponibilidade da exceção de preenchimento abusivo nos termos do artigo 17º LULL.

O pacto de aval contém o que tiver sido convencionado pelo avalista por ocasião da prestação do aval, como seu fundamento e a seu propósito. Ninguém no seu pleno juízo avaliza uma letra por razão nenhuma. A motivação (*quia*) e o fim (*ut*) da prestação do aval, o seu valor, a sua duração, o modo de desvinculação e a contrapartida, se convencionados, preenchem o conteúdo do pacto de aval, acrescido de outras matérias que o avalista tenha eventualmente pactuado.



O pacto de aval existe sempre, salvo o caso de falta de consciência da declaração, de declaração não séria ou de coação física, mas para ser relevante tem de ser alegado e provado. Pode suceder que não seja provado, o que depende das vicissitudes do processo, caso em que é irrelevante, mas nem por isso prejudica a validade e eficácia cambiárias do aval. Também pode suceder que nada tenha sido estipulado no pacto de aval que, será, então, um pacto vazio, mas não deixa por isso de haver, entre avalista e quem lhe pediu o aval, um entendimento comum em nada se estipular.

IV. Partes no pacto de aval

O pacto de aval tem pelo menos duas partes, mas pode ter mais.

O avalista é uma das partes do pacto de aval. A outra é, na maior parte dos casos, o avalizado, mas podem também, conjuntamente, ser o avalizado e o credor da obrigação subjacente, ou apenas o credor da obrigação subjacente, ou mesmo um estranho. Além do avalista, podem intervir como partes alguns dos titulares das posições jurídicas mencionadas, ou mesmo todos.

A outra parte no pacto de aval é quase sempre a pessoa que lhe pediu a prestação do aval. Na maior parte dos casos, é o avalizado que procura a pessoa do avalista e que combina com ela o que houver a acordar.

Sucedem, também correntemente, que entre as partes do contrato que constitui a relação subjacente (por exemplo, financiamento bancário, empreitada, fornecimento ou prestação de serviços) é



expressamente convencionada a emissão de uma livrança,¹⁰ por vezes em branco, subscrita pelo devedor na relação subjacente e avalizada por um dos intervenientes na mesma relação subjacente. Na prática bancária consolidou-se um uso de celebrar, por exemplo, com uma sociedade por quotas um contrato de financiamento, por exemplo, por abertura de crédito renovável, de cujo articulado contratual consta que, para garantir o cumprimento daquele contrato, a sociedade devedora subscreve uma livrança com a data de vencimento e o valor em branco, avalizada pelos respetivos sócios gerentes (e pelo seus cônjuges, se forem casados), ficando desde logo o banco financiador autorizado a preencher e executar o título em caso de incumprimento por parte da sociedade mutuária. Neste caso, que de tão frequente corresponde já a um tipo social, as pessoas dos avalistas participam no próprio contrato de financiamento que constitui a relação subjacente à subscrição da livrança e dos respetivos avals e estão no que se chama as “relações imediatas” com o banco portador-credor-exequente. Não é invulgar que o avalista seja um outro banco.

O pacto de aval pode, pois, ser simples, entre o avalista e o avalizado, ou complexo, entre o avalista e outros intervenientes ou não intervenientes no título.

¹⁰ Nos dias de hoje constitui prática geral a emissão de uma livrança em branco, avalizada pelos sócios, mas não tem necessariamente de ser assim.



V. Dever de informação e direito a ser informado (na relação subjacente)

Na Doutrina e na Jurisprudência têm sido abordadas matérias que tocam aspetos muito relevantes do regime jurídico do aval. Um deles tem a ver com o dever ou direito de ou à informação.

Trata-se, mais concretamente, de saber se o portador de uma letra ou livrança em branco, ao proceder ao seu preenchimento para cobrança sobre o avalista, tem de lhe comunicar que o vai ou está a fazer.

É dos usos da praça que o portador credor da letra ou livrança em branco, antes de a preencher e executar, avise o seu subscritor e lhe dê um prazo, normalmente curto, para proceder ao seu pagamento.

Pagamento do quê? Não da dívida cambiária propriamente dita, mas da dívida subjacente. Seja ela emergente de um financiamento bancário, ou de um contrato de fornecimento, ou de empreitada, seja do que for, o preenchimento e execução da livrança são feitos quando a dívida subjacente não é paga e o credor já não tolera mais mora.

Segundo os usos da praça, a livrança em branco desempenha normalmente uma função de recurso de segunda linha para a cobrança do crédito. É isso o que é quase sempre convencionado na convenção executiva, entre o subscritor e o beneficiário, entre o devedor e o credor.

A convenção executiva faz parte da relação subjacente e tem natureza de pacto obrigacional entre as partes, não oponível a terceiros nem por eles invocável. Poderia ter sido nela



convencionada uma função de meio primário de pagamento, em que o credor se obriga a cobrar primeiro o título e, só em caso de este não ser pago, acionar o devedor com base na relação subjacente.¹¹ Nada o impede, mas não é assim que sucede normalmente. De acordo com os usos da praça, usualmente, a sua função é secundária, quer dizer, a livrança só é preenchida e cobrada quando o devedor não cumpre a responsabilidade subjacente. A sua função principal não é, pois de garantia, mas de execução, de cobrança. Na verdade, a cobrança, com a livrança, não é melhor garantida, é mais fácil, entra logo em execução, dispensando a ação de condenação e, em princípio, não permite exceções. O credor-portador pode também obter os fundos correspondentes ao seu crédito, na sua totalidade ou quase totalidade, através do endosso do título. Pode endossá-lo para pagamento, total ou parcial, dum quantia que deva ao endossatário e pode também descontá-lo.

A posição jurídica do avalista em branco é – na prática – de sujeição. Está sujeito a que, a qualquer tempo, o portador credor da letra ou livrança lhe preencha o valor e a data, e envie para tribunal em ação executiva. Ele não sabe antecipadamente quando nem com que valor. É uma situação de forte dependência.

De acordo com os usos, a posição do avalista em branco, diferencia-se em duas modalidades. Ele pode ser, ou não, parte na relação subjacente com o portador/credor. Há casos em que o avalista em branco é um puro terceiro que tem contacto jurídico apenas com o avalizado e há casos em que tem contacto jurídico com

¹¹ Esta função primária de pagamento com o título de crédito costuma ser convencionada, quase sempre tacitamente, em pagamentos por cheque, mas não nos casos de letras e livranças.



o avalizado e também com o beneficiário do aval, o primeiro portador credor do título.

Atenta ainda a dualidade da relação cambiária e da relação subjacente, a questão tem de ser analisada de um modo plúrimo.

a. O direito ou dever de informação na relação cambiária e na relação subjacente

Na relação cambiária, não há direito nem dever de informação do ato de preenchimento da letra ou livrança em branco. Esse direito de ser informado e esse dever de informar, a existirem, inserem-se na relação subjacente.

Na LULL nada consta sobre deveres do portador ou direitos do avalista nesta matéria. Não há, pois, nem direitos nem deveres de informação com natureza cambiária. O único regime cambiário de informação refere-se ao protesto (artigos 45º e 54º LULL) e nada tem a ver com a questão que aqui nos ocupa.

Mas pode havê-los de natureza extracambiária.

No campo extracambiário, regem as regras gerais dos pactos, no que tange ao pacto de preenchimento e ao pacto de aval, e regem os negócios subjacentes. Mas independentemente da enorme diversidade que podem assumir as convenções subjacentes, importa desde logo distinguir dois tipos de situações: aquelas em que o avalista é um verdadeiro terceiro face à relação subjacente e ao ato cambiário relacionado com o aval, e os casos em que o avalista participa nessa relação subjacente. Ambas as situações são



frequentes, mas importa distinguir.

Há casos em que o avalista é mesmo terceiro, em que não participou no contrato ou na relação de negócio que é subjacente ao ato cambiário do avalizado. O avalizado não tem de ser necessariamente o sacador ou o aceitante da letra nem o subscritor da livrança. É mais frequente que assim seja, mas pode ser outro interveniente na cadeia cambiária, por exemplo, um qualquer dos endossantes. Há casos em que o avalista é um puro terceiro, tanto formalmente como substancialmente. Nestes casos, não existe, entre o avalista e o portador que cobra o título, qualquer relação subjacente; o avalista e o exequente do aval estão no que, imprópria, mas tradicionalmente, se designa por “relações mediatas”.

Noutros casos, muito frequentes, o avalista participou no contrato, na relação jurídica ou mesmo no negócio que constituem a relação subjacente ao ato cambiário do avalizado. Nesses casos, existe uma relação tripartida, trilateral ou triangular que envolve o portador que cobra o título, o avalizado (subscritor, ou sacador, ou aceitante, ou endossante) que deve o título e o avalista. Nestes casos, o avalista encontra-se naquilo que tradicionalmente se designa por “relações imediatas” e pode deduzir, contra o portador exequente, exceções emergentes da relação subjacente em que é parte conjuntamente com ele.

b. Natureza do dever de informação e do direito a ser informado

É útil debruçarmo-nos sobre a natureza jurídica do ato de informar o preenchimento do título em branco.



No mercado e na praça constata-se uma prática, de parte dos Bancos (principalmente de Bancos, mas não necessariamente só de Bancos), de informar o cliente de que vão proceder ao preenchimento e execução do título caso a dívida subjacente não seja paga num prazo geralmente curto. Assim sucede quando já há incumprimento da dívida emergente da relação subjacente e cessa a tolerância da mora. Esta comunicação, geralmente por carta registada com aviso de receção tem, no mercado, como conteúdo, uma última interpelação do devedor, no âmbito material da relação jurídica creditícia subjacente, para que pague, sob a cominação do preenchimento e execução da letra ou livrança em branco. A comunicação é feita tipicamente ao devedor da dívida subjacente, o avalizado, e nem sempre é feita também ao seu avalista.

Esta comunicação, além de conter a interpelação contém também um aviso de que o título vai ser preenchido e executado imediatamente ou muito brevemente. O aviso envolve também uma pressão sobre o devedor em relação ao avalista. Com ele o credor coloca o devedor principal perante o facto de a execução ser movida também contra o avalista. Esta é uma pressão que muitas vezes é eficiente. É socialmente típico, no mercado, que o avalizado tenha garantido ao avalista, quando o persuadiu a avalizar, que tal aval não virá a ser exigido porque ele, avalizado, pagará a dívida ou negociará o seu pagamento de modo a que o avalista não venha, nunca, a ser incomodado, que nunca lhe venha a ser exigido o pagamento. Na maior parte dos casos, a informação pelo credor ao avalizado, de que o título está prestes a ser preenchido e executado, funciona como pressão suficiente para que ele proceda ao pagamento. Normalmente, o devedor avalizado só deixa que o título vá para execução quando não consegue mesmo pagá-lo antes, quando está



insolvente ou insuperavelmente privado de liquidez e incapaz de o pagar. A informação de que o título vai ser preenchido e executado tem um fortíssimo efeito de pressão para o pagamento.

Pode problematizar-se se este aviso corresponde ao cumprimento de um dever de informação?¹²

Tem sido sustentado tratar-se de um dever de cortesia, de um dever de boa fé e de um ónus.

i. Informação como ato de cortesia

A qualificação como dever de cortesia encontra-se, por exemplo, num acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa¹³ segundo o qual «são atuações de mera informação e cortesia, de relacionamento institucional entre banco e cliente e não correspondem a uma qualquer exigência da legislação cambiária». Esta decisão corresponde à realidade, embora não a toda a realidade. A informação não é exigida nem sequer aludida na LULL e não tem natureza cambiária. Pode existir e pode ocorrer no âmbito da relação subjacente. No caso do Acórdão, entre o Banco credor e o devedor estava estipulado que, em caso de incumprimento da obrigação subjacente, o Banco poderia preencher e cobrar o título. Neste âmbito extracartular, o Banco, antes de preencher e executar, informou o seu cliente, devedor na relação subjacente. Este

¹² A desnecessidade de protesto v. STJ 30-09-2003 (Moreira Alves) proc. 03A2113 e STJ 10-09-2009 (Lopes do Rego) proc. 380/09.2YFLSB

¹³ TRLisboa 12-02-2009 (Rui Moura) proc. 9001/2008-1.



comportamento nada tem de cambiário.

Contudo, este comportamento informativo pode – conforme os casos – ser considerado como algo mais do que uma simples ou mera cortesia. No próprio acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa supracitado, as informações prestadas pelo Banco são qualificadas como «atuações de mera informação e cortesia, de relacionamento institucional entre banco e cliente e não correspondem a qualquer exigência da legislação cambiária».

Embora o Acórdão em questão não se tenha debruçado sobre essa matéria, a referência, ao «relacionamento institucional entre banco e cliente» convoca a relação de clientela entre o banco e cliente, relação esta que tem natureza jurídica contratual. É uma relação de grande relevância no Direito Comercial em geral e no Direito Bancário em especial, onde se insere, *inter alia*, o dever de conhecer o cliente (*know your client*). Apesar de, no caso do Acórdão, ser um mero ato de cortesia, poderia – e pode (conforme os casos) – não se tratar apenas de um mero dever de mero trato social sem relevância jurídica.

Fora do âmbito do caso que foi decidido no acórdão, poderia, no âmbito da relação subjacente, do pacto de preenchimento que faz parte do seu conteúdo e de uma relação de clientela, estar incluído tal dever de informação. Mas, e isto é muito importante, esse dever pode não existir, assim como pode não existir a relação de clientela se o subscritor avalizado e informado não for cliente do Banco que informou, e pode também não haver relação subjacente.

O dever de informação não existe na relação cambiária, que só contém o que conste da LULL. Na relação subjacente, pode existir ou não, mas a sua existência, o seu facto constitutivo e o seu conteúdo



concreto, para relevarem, têm de ser alegados e provados pela parte a quem aproveitam e que os invoca.

Não pode surgir como um *Deus ex machina* para solucionar uma injustiça que possa resultar ou parecer resultar do regime cambiário.

ii. Informação como ónus

Surgiu recentemente uma linha de decisão segundo a qual a prestação de informação não é objeto de um dever, mas antes de um ónus. Esta orientação decorre duma construção segundo a qual, sem ser propriamente obrigatória, a informação é necessária para que o credor não perca os juros de mora posteriores ao vencimento. Em três acórdãos de Tribunais da Relação,¹⁴ a prestação, pelo portador exequente ao devedor avalista, da informação tempestiva sobre o preenchimento e decisão de executar a livrança corresponde a um ónus do exequente. Este ónus, nessa linha de pensamento, tem fundamento em que, se tivesse sido tempestivamente informado do preenchimento do título, o avalista teria tido a oportunidade de pagar imediatamente, evitando ter de pagar os juros de mora contados desde a data do vencimento preenchida no título e a data do efetivo pagamento. Tendo o aval sido executado sem que o

¹⁴ TRPorto 16-06-2016 (Pedro Martins), proc. 1187/06.4TNVNG-A, TRLisboa 14-09-2017 (Pedro Martins), proc. 818/150T8AGH-A-2 e TRLisboa 28-06-2019 (Pedro Martins), proc. 74/14.7TCLRS.L1-2. Estes arestos foram precedidos de outros que, embora com diferenças, iam já na mesma direção: TRLisboa 20-01-2011, proc. 1847/08.5TBRR-A.L1-6, TRLisboa 08-11-2012, proc. 5930/10.9TCLRS-A.L1-6 e TRPorto 03-04-2014, proc. 1033-/10.4TBLSD-A.P2.



portador exequente tenha previamente informado o avalista do preenchimento do título, este só vem a ter conhecimento do valor e data da sua responsabilidade quando citado na execução para pagar o valor que no título tiver sido preenchido, acrescido de juros de mora contados desde a data que no título foi preenchida com data do vencimento.

Por facilidade de expressão, designamos esta construção como “teoria do ónus de informar”.

Segundo a teoria do ónus de informar, é injusto que o avalista venha a ter de suportar juros de mora contados desde uma data anterior à da citação. O avalista ficou assim privado da possibilidade de ter pago, na data aposta na livrança como de vencimento, o valor nela preenchido como de dívida. Esta injustiça deveria então ser corrigida reduzindo os juros de mora aos que se vencerem apenas da data da citação, perdendo o exequente os juros de mora vencidos entre a data do vencimento do título e a data da citação do avalista.

Em termos técnico-jurídicos, este regime é qualificado como um ónus de informação pelo portador ao avalista do preenchimento da livrança, cujo desrespeito tem como consequência a perda dos juros que se venceriam desde a data do vencimento aposta na livrança e até à data da citação do avalista na execução da mesma.

Não acompanhamos esta orientação, que não deve ser seguida.

Resulta de uma concretização transtípica incorreta e padece de diversos vícios de concretização jurídica:

- porque não é necessária, podendo a informação em questão ser prestada ao avalista pelo avalizado ou por aquele com quem está ligado pelo pacto de aval;



- porque no processo analógico da concretização transtípica, inverte o sentido contrariando o princípio do *favor creditoris*, próprio do Direito Comercial;
- porque não existe no regime jurídico do aval uma lacuna que exija o recurso ao regime jurídico da fiança para dar solução à questão, dado que o regime do aval contém norma e critério de decisão para a mesma;
- porque não distingue e mistura, mesmo, a relação cambiária com a relação subjacente, desconsiderando o pacto de aval;
- e porque desiguala os valores das responsabilidades do devedor do título e do avalista, com violação direta e insanável do artigo 32º, I, da LULL;
- porque viola o regime dos juros que decorre da própria LULL.

Esta teoria parte de uma concretização transtípica do regime do artigo 634º do Código Civil, interpretado como consagrando um dever de o credor informar o fiador do vencimento da dívida objeto da fiança quando esta obrigação seja pura ou tenha data de vencimento indeterminado, de tal modo que o fiador não possa saber do vencimento e tenha a oportunidade de cumprir tempestivamente, evitando assim o agravamento da dívida com juros de mora.¹⁵ Esta orientação que, mesmo em Direito Civil, é contrariada pela autoridade de Antunes Varela,¹⁶ não colhe. Do facto

¹⁵ JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 941-952.

¹⁶ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pág. 621 (em anotação ao artigo 634º): «3. Em consequência ainda do disposto neste artigo, para que a obrigação se tenha por não cumprida e se vençam juros



de se entender que o fiador deve conhecer a data do vencimento da obrigação afiançada, não se pode concluir, sem mais, que o credor deva ter o dever de interpelar o fiador nem que tenha o dever de o informar.

É compreensível o interesse do fiador em ter conhecimento tempestivo do vencimento da dívida afiançada, para que a possa pagar de imediato, evitando o seu agravamento com juros de mora. Mas daí não decorre que o credor tenha um dever acessório de boa fé, nem um ónus, de o interpelar ou de o informar. Tal informação pode melhor ser feita pelo devedor que tem normalmente uma maior proximidade com o fiador e que com ele está juridicamente relacionado pelo contrato de fiança. Para que possa usar dos meios de defesa que o artigo 637º do Código Civil lhe confere, o fiador necessita de ter conhecimento do vencimento da dívida afiançada, seja do vencimento, por interpelação da dívida a prazo incerto ou mesmo sem prazo, seja por vencimento antecipado. Tal conhecimento, pode obtê-lo do credor ou do devedor, qualquer deles o satisfaz, mas nada na lei exonera o devedor nessa matéria ou constitui o credor no dever exclusivo de o fazer. A lei nada diz sobre a questão mas, atendendo ao poder que a lei confere ao fiador de usar contra o credor os meios de defesa que assistem o devedor (artigos 637º a 642º do Código Civil), parece ser mais adequado e mais razoável que seja o devedor a informar o fiador, tanto do vencimento da obrigação afiançada, como de todos os incidentes de crédito que a possam afetar e, principalmente, agravar (como adiante fica demonstrado). É, pois, de concluir que a informação do

moratórios contra o fiador, não é necessária a interpelação deste; basta que tenha sido interpelado o devedor, nos termos do artigo 805º».



fiador sobre o vencimento da dívida afiançada, a dever ser-lhe prestada, mais razoavelmente o será pelo devedor do que pelo credor.

Sem desenvolver mais esta questão, que o Código Civil suscita no regime do tipo legal da fiança civil, no tema que aqui nos ocupa importa salientar que esta problemática é, toda ela, supérflua em tema de aval. Simplesmente não é necessária, e a sua convocação vem importar do Direito Civil para o Direito Comercial cambiário uma dificuldade que ele não tem e que ele próprio, de acordo com o seu sistema e função, deve evitar. A concretização transtípica analógica só se funda e justifica na necessidade, isto é, na falta, no regime do tipo, de uma regra ou de um critério de decisão que sejam necessários para a concretização num caso concreto. Quando tal regra ou critério de decisão já existam (ou, noutra metodologia, quando não seja justificada uma lacuna) não é lícito aplicar uma parcela de regime de outro tipo que não o que está em questão, principalmente quando se tratar dum tipo legal fechado, como é o do aval.

É, pois, ilícita a convocação da problemática do dever ou do ónus de informar ou de interpelar o fiador, para o regime jurídico do aval, no âmbito do qual tal matéria é totalmente impertinente.

Ainda que, no caso, se verificasse uma falta de regras ou de critério de decisão e que fosse necessária a concretização transtípica analógica (noutra metodologia: se verificasse uma lacuna que fosse necessário preencher por analogia) nesta matéria, o processo padeceria de uma incorreção consistente no desrespeito pelo sentido da regulação onde a lacuna se verifica. O processo analógico não corresponde à aplicação de uma parcela de regime a um caso



omisso dela carecido, sem qualquer modificação ou adaptação. Tal corresponderia a uma aplicação direta dessa parcela de regime a um facto ou complexo de factos não correspondentes à respetiva previsão, o que seria ilegal. Se os factos correspondessem à previsão da parcela de regime, então tratar-se-ia de aplicação direta não analógica. Aplicar uma parcela de regime a um complexo fáctico diferente da sua previsão sem modificação ou adaptação seria uma ilegalidade, se estivéssemos no âmbito da aplicação da lei, ou a uma violação do contrato no caso de concretização contratual.

A concretização (noutra metodologia: aplicação) analógica não dispensa alguma modificação ou adaptação. O processo analógico parte da comparação entre o caso e o tipo (entre a lacuna e a parcela de regime a aplicar) e do discernimento das semelhanças e diferenças entre um e outra, e conclui-se pela adaptação ou modificação da parcela de regime a analogar. O critério da comparação, do discernimento das semelhanças e diferenças, da sua relevância e da adaptação ou modificação é o sentido.

O direito cambiário, como se disse já supra, é direito objetivamente comercial, pelo que o seu sentido está preenchido *inter alia* pelo princípio jurídico do *favor creditoris*, segundo o qual deve proteger o credor em detrimento do devedor, e que se relaciona em contradição com o princípio do *favor debitoris*, que é um princípio do Direito Civil segundo o qual, ao contrário do anterior, se protege o devedor em detrimento do credor.

A orientação ora em crítica inverteu o sentido e concretizou a questão de acordo com o *favor debitoris* em vez de o fazer – como devia – de acordo com o *favor creditoris*, isto é, favoreceu o devedor em detrimento do credor em vez de favorecer o credor em



detrimento do devedor. Ao fazê-lo, contrariou o artigo 3º do Código Comercial que impõe que «se as questões sobre direitos e obrigações comerciais não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei comercial, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos nela prevenidos, serão decididas pelo direito civil». Este artigo contém direito imperativo e a sua violação é ilícita, ilegal.

Além de contrariar o sentido que deve reger a analogia, esta concretização padece ainda de mais uma incorreção por ter sido feita desnecessariamente. A concretização transtípica analógica (noutra metodologia: a aplicação analógica) duma parcela do regime do tipo da fiança a um caso de aval só seria admissível e lícita quando no regime do aval faltasse uma parcela que devesse existir. Não é suficiente que se entenda que não existe uma parcela de regime no que respeita ao aval, é necessário ainda que essa não existência corresponda a uma falta, que falte, que esteja em falta; que devesse haver essa parcela de regime, quer dizer, que fosse necessário recorrer ao regime da fiança para poder resolver e decidir o caso em questão. Mas não é.

Não é necessário convocar e aplicar analogicamente uma parcela do regime da fiança para resolver esta questão com justiça, eficiência e adequação. O regime jurídico do aval da letra ou livrança contém uma solução para a questão dentro do âmbito do seu regime jurídico próprio.

A solução facultada pelo regime do aval para a questão da informação do avalista sobre o preenchimento da letra ou livrança pelo portador está na dualização da relação cambiária e da relação subjacente, mais concretamente do pacto de aval em branco. Se a LULL não confere ao avalista o direito a ser informado do



preenchimento do título, o pacto de aval celebrado, expressa ou tacitamente, pelo avalista contém, ou não, alguma estipulação sobre a matéria; e esse pacto de aval e essa estipulação provam-se ou não, no caso.¹⁷

Existindo uma solução, uma norma e um critério no regime jurídico das letras e livranças, não há justificação nem fundamento para concretizações transtípicas analógicas, isto é, na metodologia tradicional, não há lacuna, pelo que não há fundamento para procurar soluções no regime jurídico da fiança. Por mais esta razão é incorreta a construção segundo a qual o portador tem o ónus de informar o avalista do preenchimento da letra ou livrança.

Mas há mais.

A referida construção é ainda incorreta porque não distingue e mistura, mesmo, a relação cambiária com a relação subjacente, desconsiderando o pacto de aval.

Como já ficou bem explicitado supra e está muito bem explicado pelo Supremo Tribunal de Justiça,¹⁸ o aval é um ato abstrato que se distingue bem da respetiva relação subjacente. Esta é a doutrina clássica aceite em geral sem divergências relevantes. A construção que onera o portador que preenche a livrança (ou letra) com um ónus de informar o avalista, sob a cominação de perder o valor dos juros de mora vencidos entre a data de vencimento aposta no título e a data da citação do avalista, – a teoria do ónus de informação –

¹⁷ Sobre esta matéria mais desenvolvidamente supra.

¹⁸ STJ 10-05-2011 (Gabriel Catarino) proc. nº 5903/09.34TVLSB.L1.S1 disponível em www.dgsi.pt.



mistura a relação cambiária com a relação subjacente.

Mas esta teoria reduz o valor do crédito cambiário por influência da relação subjacente. Uma influência como esta só é admissível quando a LULL o permite, e os únicos casos em que o permite são os do artigo 10º, quando aplicável, e o artigo 17º, além do artigo 30º II. Porém, estes preceitos não admitem o que a teoria do ónus de informação do avalista postula. A informação, seja um ónus, seja um dever, seja ainda uma cortesia, não emerge da posição cambiária do portador ou do avalista, porque a LULL não o prevê e as posições e relações cambiárias esgotam-se rigorosamente na LULL. É matéria extracambiária que só pode emergir da relação subjacente. O valor da responsabilidade do avalista, diferentemente, é matéria exclusivamente cambiária. A teoria do ónus de informação do avalista reduz o valor da dívida cambiária por força da relação subjacente e fora do âmbito de aplicação dos artigos 10º, 17º e 30º II da LULL. Os artigos 10º e 17º funcionam num modo bem característico consistente na oposição de duas pretensões cruzadas, uma cambiária a uma subjacente, que se compensam parcial ou totalmente. O artigo 30º II funciona pela limitação cambiária no próprio título, com literalidade. Os regimes dos artigos 10º e 17º da LULL são as únicas limitações ao regime de abstração das letras e livranças constante da LULL.¹⁹ A teoria do ónus de informação do

¹⁹ Sobre a abstração, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, págs. 322 a 326, A abstração é um regime legal que pode ser mais ou menos intensa ou ampla, conforme o que constar da lei. Só raramente é total. No direito cambiário o único caso de abstração total é o das notas de banco que, por isso, são consideradas moeda. Têm origem em notas promissórias (livranças) do Banco Central. Constitui



avalista pelo portador que preenche a letra ou livrança em branco é, por mais esta razão, incorreta, por permitir opor à pretensão cambiária de valor do aval uma pretensão extracambiária fora dos casos permitidos pela LULL e com a sua violação.

Além desta violação da LULL, a construção do ónus de informação desconsidera o pacto de aval. Um ónus ou um dever de informação do avalista pelo portador que preenche a letra ou livrança em branco só pode encontrar fundamento no pacto de aval. Neste pacto, o avalista, ao apor o aval no título, pode pactuar com o portador que preenche o título que este o deva informar de tal preenchimento, ou que, se não o fizer, o avalista só deva ter de suportar juros de mora contados desde a data da sua citação, mas não aqueles que se venceram desde a data de vencimento preenchida no título até à data da citação. Se tal tiver sido pactuado, poderá ser oposto ao portador com quem tiver sido pactuado, nos termos do artigo 17º da LULL. Mas a construção do ónus de informação do preenchimento dispensa o pacto de aval, que desconsidera, dispensa a relação subjacente, que também desconsidera, e extrai ónus de uma pura consideração de justiça do caso concreto. Assim, e transcrevendo do acórdão TRPorto 16-06-2016 (Pedro Martins) proc. 1187/06.4TBVNG-A, «Para que a possa pagar no momento do vencimento, sem incorrer no agravamento da dívida, tem que saber a data em que ela se vence. Pelo que se justifica que se ponha a cargo do credor o ónus de se lhe dar conhecimento dessa data».²⁰

vestígio dessa origem a assinatura do presidente do Banco Central que ainda se mantém, por tradição, nas notas de banco.

²⁰ Transcreve-se em seguida, a parte da fundamentação do aresto (TRPorto 16-06-2016, proc 1187/06.4TBVNG-A) no que se refere ao ónus de informação do



devedor, pelo credor, de ter preenchido a livrança, que nos parece o mais fiel e elucidativo:

Se a obrigação do subscritor da livrança em branco é uma obrigação que não é de termo certo (como parece ser o caso dos autos, porque se trata de uma obrigação de prazo renovável por igual período de tempo dependendo a não renovação de denúncia do tomador ou do subscritor), aquele que avaliza a livrança não pode saber em que data é que ele se vencerá porque está dependente de um acontecimento a que é estranho. Para que a possa pagar no momento do vencimento, sem incorrer no agravamento da dívida, tem que saber a data em que ela se vence. Pelo que se justifica que se ponha a cargo do credor o ónus de se lhe dar conhecimento dessa data. Note-se que não se trata de exigir a interpelação do pré-avalista, mas sim de lhe dar conhecimento do vencimento da livrança que já ocorreu e operou os seus efeitos na esfera do subscritor, abrindo caminho para o seu reflexo, por relação (a determinação dita *per relationem*), no âmbito da obrigação daquele que, com o preenchimento da letra, passa então a ser avalista (parafraseou-se, adaptando, a lição do Professor Januário Gomes, Assunção fidejussória de dívida, Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador, Almedina, 2000, n.ºs. 139 e 140, págs. 941 a 951, e conclusões 235 a 237).

Trata-se, assim, de exigir ao credor que dê conhecimento ao pré-avalista do vencimento da obrigação do subscritor, sob pena de este ser ineficaz quanto ao avalista e de por isso não lhe poder exigir a cobertura da garantia para todo o crédito.

Continuando a parafrasear Januário Gomes, diga-se que ao assinar o aval na livrança em branco quanto ao vencimento, o pré-avalista aceita, *ex-ante*, poder ter de cumprir, na data do vencimento, a prestação que, então, for devida e, a partir, daí, as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor (art. 32/I da LULL). A assunção do risco tem esse limite. Assim sendo, se não for informado pelo credor do vencimento da obrigação, isto é, se não for colocado em condições de poder cumprir nos mesmos termos em que o pode fazer o subscritor, daí não poderá resultar um aumento do risco do pré-avalista. Ou seja: o pré-avalista, quando for, mais tarde, intimado para cumprir, não estará vinculado a mais do que aquilo que estaria se fosse esse o momento do vencimento da obrigação.

É este o regime que Januário Gomes explica para a fiança, apesar de, por força do art. 634 do CC, também aí se poder dizer que o credor não tem de dar



Perguntamos, então, porque é que «se justifica»?

O Acórdão não convoca a relação subjacente para fundar uma contra pretensão que pudesse ser oposta ao credor nos moldes do artigo 17º da LULL, não convoca também um dever de informação fundado na boa-fé, que aliás refuta expressamente. Nas palavras do Acórdão, «o tomador da livrança em branco não tem o dever de informar o pré-avalista de que vai preencher a letra mas, se quiser que o avalista cubra o crédito total representado pela livrança preenchida, tem o ónus de lhe comunicar o preenchimento da livrança com o conseqüente vencimento da obrigação e daí que também não se possa falar de uma atuação de cortesia». Recusa, ainda, o recurso à relação subjacente, a um acordo expreso: «Note-

conhecimento ao fiador do vencimento da obrigação para que o fiador responda também pela mora. Daí que Antunes Varela e Pires de Lima digam que não é necessário a interpelação do fiador. Só que, como lembra Januário Gomes isso só pode ser assim em relação às obrigações de termo certo, não em relação às outras. Ora, o regime deve ser o mesmo para o pré-aval de uma obrigação que não tem termo certo conhecido, pois que a obrigação do pré-avalista é também uma obrigação que se vai medir pela do outro obrigado. Nesta parte não há diferenças entre o pré-avalista e o fiador de uma fiança de uma obrigação sem termo certo. A consequência da não observância desse ónus, pelo credor, é a de ele não poder fazer responder o avalista pelo agravamento da dívida a partir do vencimento dela. É como se o vencimento da obrigação só tivesse ocorrido, do ponto de vista do avalista, a partir da citação para a execução, se esse tiver sido o primeiro momento em que teve conhecimento do vencimento da obrigação do subscritor. Em suma: o tomador da livrança em branco não tem o dever de informar o pré-avalista de que vai preencher a letra mas, se quiser que o avalista cubra o crédito total representado pela livrança preenchida, tem o ónus de lhe comunicar o preenchimento da livrança com o conseqüente vencimento da obrigação e daí que também não se possa falar de uma atuação de cortesia.



se que tudo isto seria diferente se alguma coisa a este respeito tivesse sido expressamente acordada, ao abrigo da liberdade contratual (art. 405º do CC) entre as partes do pacto de preenchimento (o que é o caso dos pré-avalistas que a ele aderiram)».

Esta teoria fundou-se em considerações puramente conceptuais e racionais, independentemente de se ter provado que o devedor tinha tido a possibilidade e a vontade de pagar na data de vencimento preenchida na livrança. Tal fundamentação, como consta do Acórdão, tem origem na obra de Januário Gomes sobre a fiança,²¹ que foi transposta tal e qual para o aval, como se do mesmo se tratasse.

Finalmente, a última incorreção da teoria do ónus de informação do preenchimento da livrança pelo credor ao devedor, consiste na direta contrariedade à lei. O artigo 32º I da LULL impõe que o valor da responsabilidade do avalista seja o mesmo da responsabilidade do devedor, salvo o caso em que o avalista tenha limitado, no próprio título e nos termos do artigo 30º II da mesma lei. De acordo com a construção em crítica, a responsabilidade, o valor devido pelo devedor da letra ou livrança, e o valor devido pelo avalista são diferentes, mantendo ambas as responsabilidades a natureza cambiária emergente do mesmo título e da LULL. Esta ilegalidade é indesmentível e insanável.

Mais se poderia dizer, mas concluímos aqui a refutação da teoria que impõe ao portador da letra ou livrança em branco que informe o

²¹ JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 578 e seguintes, 941 e seguintes.



avalista da mesma do facto de a ir preencher ou de a ter preenchido com a data de vencimento para a cobrar, como um ónus, com a cominação de, não o fazendo, perder os juros de mora vencidos entre a data de vencimento preenchida e a data da citação na ação de cobrança.

iii. Informação como dever extracambiário

O dever de informação ao avalista pode ser ainda qualificado como um dever extracambiário emergente da relação subjacente.

Pode ter sido estipulado entre o avalista e o subscritor da livrança (ou outro sujeito cambiário), no pacto de preenchimento, que o primeiro portador, com quem o pacto foi celebrado, informe do preenchimento o subscritor e o avalista. Pode também ter sido estipulado pelo avalista, no pacto de aval, que o preenchimento da livrança avalizada em branco lhe deva ser informado.

Nestes casos, o primeiro portador que preenche o título está obrigado a informar que o preencheu e como o preencheu.

A natureza deste dever é pactícia (contratual) e extracambiária.

Estas estipulações não têm de ser escritas, embora isso seja muito conveniente, para evitar controvérsia e insegurança quanto à sua celebração e conteúdo.

O conteúdo das estipulações pode variar muito no caso concreto. Pode ser estipulado que a informação seja prévia e com quanta antecedência; ou que seja contemporânea; ou que seja subsequente e dentro de um prazo. Pode estipular-se que a execução judicial da letra ou livrança não seja feita antes do decurso de um certo prazo



ou que do requerimento inicial seja enviada cópia.

Pode ainda estipular-se que a informação seja prestada, não apenas do preenchimento do título, mas do seu endosso, ou também do seu endosso, o que pode ser de muito interesse para o subscritor (ou para o sacador ou aceitante da letra) e o avalista. Pode mesmo ser estipulado que o título não seja endossado em branco, devendo ser antes preenchido. Pode ser estipulado que o primeiro portador, se ou quando endossar o título, deva informar o endossatário da existência e conteúdo do pacto de preenchimento e que fique responsável perante o subscritor (ou o sacador ou aceitante da letra) e perante o avalista pelo eventual preenchimento incorreto ou abusivo por um portador subsequente.

Podem ser estipuladas cláusulas penais.

Importa ainda apreciar as posições jurídicas do portador, do subscritor (ou pelo sacador ou aceitante da letra) e do avalista.

Do lado passivo, cabe, desde logo, questionar sobre qual dos portadores está obrigado a informar. Recordando que a letra ou livrança é um título à ordem, tipicamente circulante, cujo regime jurídico está funcionalmente construído para permitir essa circulação, é incorreto pensar o direito cambiário contando apenas com o primeiro portador.

A posição jurídica do primeiro portador, em matéria de dever de informar o preenchimento, depende de tal dever ter sido estipulado no pacto de preenchimento. Se o tiver sido, depende ainda do conteúdo da estipulação.

O primeiro portador pode ter-se obrigado pacticiamente a informar apenas o subscritor (sacador ou aceitante) ou também o



avalista, ou apenas o avalista. Este pacto pode ainda ser apenas bilateral, entre o primeiro portador e o subscritor (sacador ou aceitante), ou plurilateral envolvendo também o avalista. Pode ainda no pacto ter sido estipulada muita coisa relativamente à informação, se prévia, se posterior, se acompanhada de outras prestações, etc.

A posição jurídica dos portadores endossatários subsequentes depende de terem recebido o título já preenchido ou ainda em branco. Se o tiverem recebido já preenchido, a questão do preenchimento não se coloca em relação a eles, salvo se o tiverem recebido de má fé ou, adquirindo-o tenham cometido falta grave (artigo 10º II LULL). Se o tiverem recebido em branco, podem reendossá-lo em branco ou podem preenchê-lo. Subsequentemente ao seu preenchimento podem endossá-lo ou cobrá-lo. No seu preenchimento, só estão vinculados pelo que eventualmente tiverem pactuado com o seu endossante, se algo tiverem pactuado, mas não estão vinculados a um pacto de preenchimento que não tenha sido com eles celebrado.

A posição jurídica do avalista distingue-se em duas componentes: a posição cambiária e a posição extracambiária.

A posição cambiária do avalista está toda limitada à LULL e ao título avalizado, dentro do regime da literalidade. A sua posição extracambiária decorre do que tiver sido convencionado no pacto de aval. Pode limitar o valor da sua responsabilidade no aval, porque a LULL, no artigo 30º II, permite o aval parcial, através da menção escrita do seu valor máximo, no texto do aval. Se o pacto de aval tiver sido celebrado entre o avalista e o avalizado – numa configuração simples que se limite a subscritor, primeiro portador e avalista – ele poderá exigir o cumprimento do pacto de aval, mas



apenas a quem com ele o tenha celebrado. Se o pacto de aval tiver sido celebrado com o avalizado e ainda com o primeiro portador, como por vezes sucede, o avalista poderá exigir de ambos o respeito pelo que tiver sido convencionado. Mas não pode opor, nem exigir o cumprimento de quaisquer pretensões extracambiárias perante alguém com quem nada tenha estipulado.

Pode suceder também que este dever de informação tenha sido estipulado apenas no pacto de aval, mas não no pacto de preenchimento. Neste caso, a contraparte obrigada perante o avalista é apenas aquele com quem tiver assim estipulado, na maior parte dos casos, o subscritor. Nesta configuração, o portador tem o poder (não o dever) de informar apenas o subscritor e este, por sua vez, tem o dever de informar o avalista.

Se o dever de informar tiver sido estipulado apenas entre o subscritor e o portador, o avalista, que não estiver ligado por uma estipulação como esta, nem ao subscritor nem ao portador, não poderá exigir de qualquer deles aquela informação, nem poderá opor a qualquer deles a sua falta.

O direito à informação sobre o preenchimento do aval pode não existir, se nada for estipulado nesse sentido, ou se nada tiver sido provado.

iv. O papel da boa fé

Não nos parece sustentável a concretização de um dever de informar o avalista do preenchimento da livrança (ou da letra) com



fundamento na boa fé, como por vezes se faz, com invocação do artigo 762º, nº 2 do Código Civil. A boa fé não pode ser invocada para fundar tudo o que quer que seja no direito dos negócios jurídicos privados. A literalidade no direito cambiário não permite surpresas e impede que um portador seja posto perante questões, oposições ou exceções com que não possa contar, por constarem do próprio título (literalidade), ou por terem sido por ele próprio estipuladas extracambiariamente com a pessoa a quem, no caso concreto, esteja a exigir o seu pagamento.

Não existe no direito cambiário um direito à informação sobre o preenchimento do título emergente de um dever de boa fé.

A boa fé pode modelar o modo de prestar a informação, clara, completa e tempestiva, quando esse direito-dever exista com outra fonte, mas não pode fundar, não pode constituir a fonte daquele direito e daquele dever.²² O regime jurídico cambiário, pela sua própria natureza, tem de ser literal, completo, global, integral e internacionalmente uniforme. Não se compadece com particularismos, salvo os expressamente previstos na Convenção de Genebra de 1930 e no texto da Lei Uniforme, nem com decisões-surpresa contrárias à letra da lei.

O avalista, quando toma a decisão de apor o seu aval numa letra ou livrança, deve pensar nas responsabilidades que está a assumir.

Pode limitar cambiariamente o valor do aval (artigo 30º II LULL), mas nada mais pode estipular cambiariamente.

²² CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 395 e seguintes.



Extracambiariamente, pode pactuar sobre muitas matérias, incluindo sobre o preenchimento do título, quando seja avalizado em branco, e também pode nada estipular. Ao contrário dos atos cambiários, que são unilaterais, a estipulação extracambiária é bilateral ou plurilateral e só ganha validade e eficácia jurídica com o consenso da contraparte. Na falta desse consenso, não pode ser invocada a boa-fé para suprir o desacordo ou a falta do acordo da contraparte.

Antes de tomar a decisão de avalizar, o avalista pensa no risco que vai assumir. No valor, que pode limitar cambiariamente, se não quiser pôr em risco o seu património em mais do que certo valor. No mais, só pode estipular extracambiariamente, no pacto de aval.

Em ambos os casos, necessita do assentimento de outrem.

Para limitar o valor do aval cambiariamente basta-lhe escrever no título que dá o seu aval até certo valor. Todavia, o beneficiário do aval não é obrigado a aceitar esta limitação. A benefício da clareza, podemos exemplificar com o caso simples em que um Banco aprova uma operação de financiamento em conta corrente caucionada com uma livrança em branco subscrita pela sociedade mutuária e avalizada pelo seu sócio gerente. É um caso banal. O avalista pode limitar o valor do seu aval, nos termos do artigo 30º II da LULL, mas o Banco pode recusar o financiamento em tal caso. O ato cambiário é unilateral, mas a relação subjacente é bilateral e a discordância do Banco não afeta a validade do aval limitado no valor, mas pode impedir o financiamento. O Banco não é obrigado a aceitar aquela caução como boa.

O mesmo acaba por suceder, em parte, com as estipulações extracambiárias introduzidas pelo avalista no pacto de aval. O



avalista pode estipular extracambiariamente no pacto de aval tudo o que for acordado com a outra parte, mas só o pode impor à outra parte. Não pode impor a outrem. O que for estipulado no pacto de aval só é oponível ao portador ou aos portadores com quem tiver sido celebrado. A informação sobre o preenchimento da livrança só pode, pois, ser exigida do portador que se tiver, ele próprio, obrigado no pacto de aval.

Se o avalista em branco quiser ser informado do preenchimento do título terá, pois, de assim o estipular no pacto de aval e só o pode exigir de quem for parte nesse mesmo pacto. Se o pacto tiver sido celebrado com o subscritor avalizado, caso mais frequente, o avalista só pode exigir informação e obtê-la desse mesmo subscritor; se tiver sido celebrado também como o primeiro portador, como também sucede embora menos frequentemente, a informação poderá ser exigida de ambos e deverá ser prestada por ambos.

Se a obrigação de informação tiver sido acordada, em separado, no pacto de preenchimento celebrado apenas entre o subscritor e o primeiro portador, e no pacto de aval celebrado entre o avalista e o subscritor, o portador deve informar o subscritor e este deve informar o avalista, não havendo obrigação nem pretensão direta entre o avalista e o portador que preenche o título.

Se nada estiver estipulado com o portador que preenche o título, ou porque tal não ocorreu aos intervenientes, ou porque não chegaram a acordo sobre tal estipulação, não pode ser a boa fé a fundar esse dever ou mesmo um ónus.

É mesmo contrário à boa fé – é má fé – que o avalista não suscite, em fase pré-contratual ao pacto de aval, a questão de uma sua pretensão a ser informado do preenchimento do título ou, pior



ainda, que nada tenha sido estipulado nessa matéria por discordância do portador, e venha, depois, o avalista pretender obter aquele efeito por via da boa fé, na fase da execução. Num caso como este, muito dificilmente tal não constituirá mesmo litigância de má fé.

A boa fé não constitui, pois, fonte de um direito do avalista à informação sobre o preenchimento do título em branco, quando este nada tenha estipulado nessa matéria no pacto de aval.

VI. Informação sobre eventos de crédito

A informação mais relevante para o avalista não é tanto a que tem como objeto o preenchimento do título em branco, mas antes a que incide sobre eventos de crédito.

Para o avalista e para o próprio subscritor, naquilo em que são extracambiariamente garantes do cumprimento duma responsabilidade emergente da relação subjacente, é de crucial importância saber o que se passa com a relação subjacente, como vai sendo executada e cumprida, quais as suas vicissitudes. Se a relação subjacente for, por exemplo, uma grande empreitada, com execução prolongada no tempo e intervenção de subempreiteiros sectoriais e fornecedores específicos, sujeita a problemas de execução como intempéries e conflitos laborais, a responsabilidade do subscritor e do avalista envolve os riscos que são inerentes à execução da própria empreitada. O mesmo sucede com outra relação subjacente com execução complexa e prolongada.



Em casos como estes, que são correntes, é do maior interesse para subscritor e avalista, e outros intervenientes cambiários a quem possa vir a ser exigido o pagamento de quantias importantes, saber como vai sendo executado o contrato ou o que se vai passando com a relação jurídica que constituem a relação subjacente. Não se trata já, agora, da informação a prestar sobre um facto, mas sobre a evolução permanente da relação jurídica subjacente à relação cambiária.

Estes casos são frequentes. Envolvem responsabilidades muito avultadas emergentes de relações subjacentes complexas e duradouras. Os subscritores e avalistas das letras ou livranças de garantia não são já, tipicamente, a pessoa do sócio ou do gerente, e o seu cônjuge, não são já, como sucede muito no crédito para habitação, o mutuário e os seus pais, mas antes são empresas com dimensão importante e até Bancos. O âmbito pessoal em que estas relações se desenvolvem é tipicamente mais empresarial e profissional.

Justificar-se-á, neste tema, a concretização de deveres de informação emergentes da boa fé?

A boa fé não é fonte de direitos ou de deveres autónomos, mas antes critério do modo de os exercer e de os cumprir. O princípio da boa fé tem um sentido moral profundo e pode exprimir-se pelo mandamento de que “cada um fique vinculado em fé da palavra dada, que a confiança que constitui a base imprescindível de todas as relações humanas não deve ser frustrada nem abusada e que cada um se deve comportar como é de esperar de uma pessoa honrada”,



de uma pessoa de bem.²³ A boa fé não é fonte de direitos ou de deveres autónomos, mas antes critério do modo de os exercer e de os cumprir. A boa fé não pode ser instrumento para a quebra da palavra dada nem para a frustração da confiança depositada.

No caso da letra ou livrança sacada, aceite ou subscrita em caução do cumprimento duma qualquer relação subjacente e avalizada, ou não, completamente ou incompletamente preenchida, o interesse do sacador, aceitante, subscritor ou avalista em ser informado sobre o modo como vai correndo a execução ou o cumprimento da relação subjacente pode ser regulado extracambiariamente e só pode sê-lo extracambiariamente. O regime cambiário, contido exclusivamente na LULL, não comporta nem permite a sua regulação.

A sua regulação extracambiária é do interesse dos garantes: sacador e aceitante da letra, subscritor da livrança e avalista de ambas. É eles que interessa ter a informação. A outra parte, está já diretamente informada porque é parte no contrato ou na relação contratual ou de negócio que constitui a relação subjacente e, por isso, não necessita que o informem, ela detém a informação.

Sendo o sacador e aceitante da letra, subscritor da livrança e avalista de ambas quem tem o interesse, cabe-lhe a eles a iniciativa da regulação extracambiária. Mas este interesse não constitui um dever e podem prescindir de o fazer. São livres de o fazer ou não. Podem prescindir.

No caso de algo ter sido estipulado quanto à prestação de

²³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pág. 21, e KARL LARENZ, *Schuldrecht*, I, 14 Aufl., Beck, München, 1987, pág. 125.



informação sobre o cumprimento e andamento da relação subjacente, essa estipulação deve ser cumprida. Em caso de nada ter sido estipulado, este comportamento omissivo tem um sentido e relevância jurídica que pode ser de duas ordens. Pode significar que não houve acordo acerca de um dever de informação, que houve dissenso, que houve entre eles um desacordo que não conseguiram ultrapassar. Pode também significar que nenhuma das partes se interessou pelo assunto, que nenhuma delas entendeu que a informação era tema relevante, que nenhuma delas teve a vontade de obter a informação.

Não tendo havido acordo entre as partes, não pode ser a boa fé, nem a tutela da confiança, a fundarem a imposição sobre o portador de um dever de informação perante o aceitante ou sacador na letra, o subscritor na livrança, ou o avalista em ambas que não aceitou assumir extracambiariamente.²⁴ A boa fé e a tutela da confiança não são fontes de direitos ou de deveres de prestação. A sua eficácia está em modelar o modo do exercício do direito e do cumprimento do dever. Admitir deveres de agir ou de omitir conforme as expectativas de terceiros, independentemente da fonte legal ou contratual corresponderia a uma inadmissível limitação e mesmo perda da liberdade privada de atuação, incompatível com a própria cidadania, liberdade e autonomia privada (artigo 61º da Constituição da República). Cada um ficaria adstrito a comportamentos antecipadamente desconhecidos emergentes de um dever de satisfazer ou de não prejudicar interesses de pessoas terceiras, sem saber antecipadamente quem, nem o quê, nem como. Estaria em

²⁴ CARNEIRO DA FRADA, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, cit., pág. 398.



estado de servidão.

Para além da informação sobre o andamento e execução da relação subjacente, importa finalmente aludir à informação sobre outros eventos de crédito. São outros acontecimentos relativos às pessoas envolvidas na relação cambiária e que possam vir a agravar a responsabilidade do subscritor ou do avalista da livrança em garantia ou do aceitante, sacador ou avalista da letra em garantia. Trata-se, por exemplo, de incumprimentos, temporários ou definitivos, cumprimentos defeituosos e outras perturbações do cumprimento de obrigações, que possam desencadear o vencimento antecipado (através, por exemplo, de cláusulas de *cross default*) ou revelar estados de fragilidade patrimonial com relevância quase falimentar ou mesmo falimentar. Esta informação é útil e existem no mercado modos de a obter, através de empresas privadas de prestação de informações comerciais, da Central de Responsabilidade de Crédito do Banco de Portugal e até da publicidade das contas dos comerciantes. Tal como deixámos já claro, se não for estipulado e apenas entre quem o estipular, não há um dever de informar emergente da boa fé.

O Supremo Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar nesta matéria pelo Acórdão de 25 de maio de 2017 em que decidiu que «a lei cambiária não impõe ao portador do título que antes de acionar o avalista do subscritor lhe dê informação acerca da situação de incumprimento que legitima o preenchimento do título que o próprio autorizou».²⁵

²⁵ STJ 25-05-2017 (Fonseca Ramos) proc. 9197/13.9YYLSB-A.L1.S1 disponível em www.dgsi.pt., com o sumário seguinte:



I - O pacto de preenchimento é um contrato firmado entre os sujeitos da relação cambiária e extracartular que define em que termos deve ocorrer a completude do título cambiário, no que respeita aos elementos que habilitam a formar um título executivo, ou que estabelece em que termos se torna exigível a obrigação cambiária.

II - O regular preenchimento, em obediência ao pacto, é o *quid* que confere força executiva ao título, mormente, quanto aos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade.

III - O aval é o ato pelo qual uma pessoa estranha ao título cambiário, ou mesmo um signatário (art. 30.º da LULL), garante por algum dos co-obrigados no título, o pagamento da obrigação pecuniária que este incorpora. O aval é uma garantia dada pelo avalista à obrigação cambiária e não à relação extracartular.

IV - Intervindo no pacto de preenchimento e estando o título no domínio das relações imediatas, o executado/embargante/avalista pode opor ao exequente/embargado a violação desse pacto de preenchimento.

V - No caso, o avalista pode opor ao credor exequente as exceções no que concerne ao preenchimento abusivo da livrança, mas, antes de o portador do título o completar, não é condição de exequibilidade do mesmo, que o credor/exequente informe e discuta com o avalista o incumprimento da relação extracartular, de que o primeiro não foi parte.

VI - A lei cambiária não impõe ao portador do título que antes de acionar o avalista do subscritor lhe dê informação acerca da situação de incumprimento que legitima o preenchimento do título que o próprio autorizou.

VII - A certeza, a liquidez e a exigibilidade da dívida incorporada no título cambiário, em relação ao qual foi acertado *pacto de preenchimento*, nos termos do art. 10.º da LULL, alcança-se após o preenchimento e completude do título que, assim, se mostra revestido de força executiva.



VII. Responsabilidade civil por falta de informação

O dever de informação, quando existe, tem natureza contratual – pactícia – e a sua violação dá lugar a responsabilidade obrigacional, com presunção de culpa, mas sem presunção de causalidade ou de dano, nos termos gerais de Direito.

O avalista, se tiver sofrido dano por causa da perda de oportunidade de cumprir em tempo, deve pedir a indemnização do seu prejuízo contra quem o deveria ter informado, mas com fundamento na relação subjacente. De qualquer modo, sempre teria de alegar e provar, não só a relação subjacente, mas ainda que teria pago logo no momento do vencimento. Note-se que só pode compensar com a dívida a pagar ao exequente se tiver com ele a relação subjacente da qual conste o dever de informar; se não, terá de pagar o aval e pedir indemnização contra o avalizado que não o informou devidamente.

O avalista – enquanto tal – não tem necessidade de o fazer porque, tendo pago nessa qualidade, o artigo 49º da LULL confere-lhe a faculdade de cobrar sobre o seu avalizado tudo o que tiver gasto com esse pagamento, o que lhe permitirá recuperar integralmente a sua despesa. Poderá, todavia, continuar a sofrer danos de outra ordem, por exemplo, reputacionais ou de perda de oportunidades de negócios, ou outros, cuja indemnização terá de exigir em separado, com fundamento em causa diferente do aval.

O crédito cartular do avalista que pagou sobre os então responsáveis cambiários (entre os quais, muito provavelmente o avalizado) poderá vir a ser prejudicado por uma eventual insolvência destes, mas esse é um risco sistémico de mercado que afeta todos os



créditos cambiários. Naturalmente, quanto mais forem os responsáveis cambiários, menor o risco de insolvência. Também a pretensão de indemnização por violação do dever extracambiário de informação que tenha fonte no pacto de aval sofre este risco, mas sem os benefícios típicos da dispersão de risco que decorre da circulação cambiária.

A pretensão de responsabilidade civil por violação do pacto de aval tem, portanto, mera natureza obrigacional, sem desvios do regime comum, e não tem natureza cambiária nem extra obrigacional ou aquiliana.

Pedro Pais de Vasconcelos



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2020-05-28