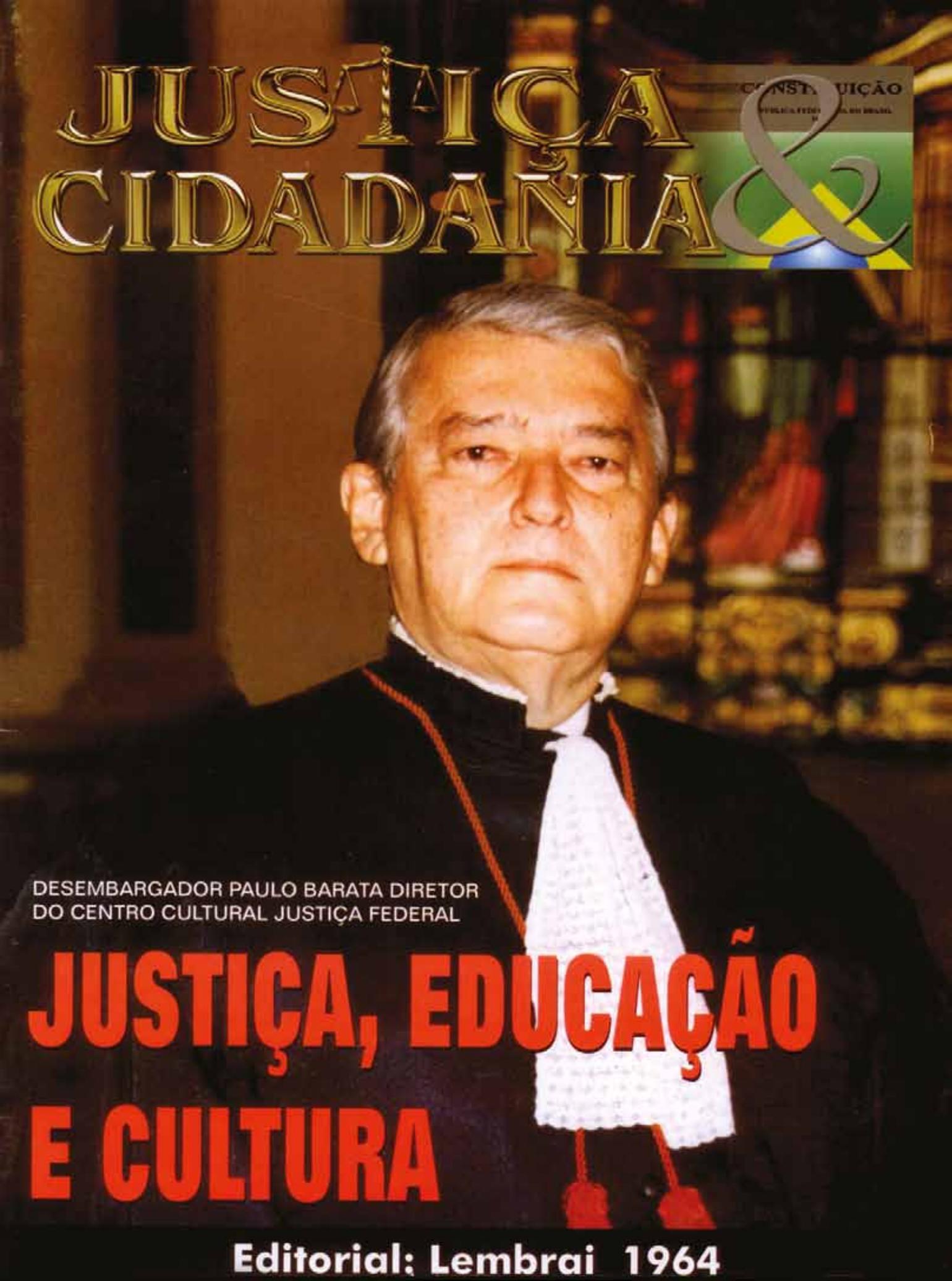


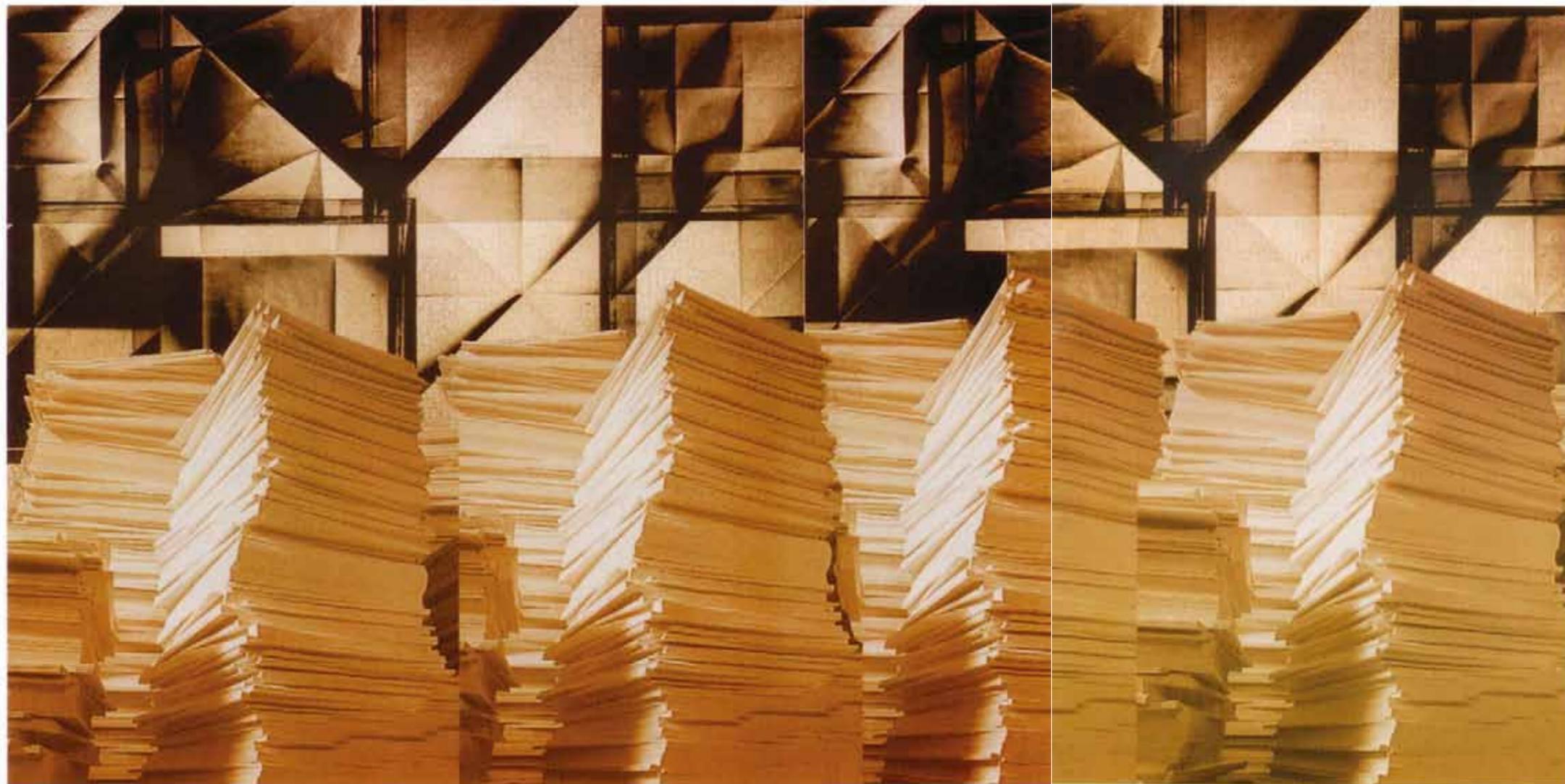
JUSTIÇA CIDADANIA &



DESEMBARGADOR PAULO BARATA DIRETOR
DO CENTRO CULTURAL JUSTIÇA FEDERAL

JUSTIÇA, EDUCAÇÃO E CULTURA

Editorial: Lembrai 1964



PROTESTO DE TÍTULO DE CRÉDITO SEM ACEITE

Dr. Theophilo de Azeredo Santos

Inicialmente, queremos realçar a chamada desmaterialização dos títulos de crédito, de que são exemplos, entre nós, a apresentação, pelas instituições financeiras, de fitas magnéticas com a indicação dos documentos a serem protestados, técnica acolhida pela Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, em seu art. 39.

"A reprodução de microfilme ou do processamento eletrônico da imagem, do título ou de qualquer documento ar-

quivado no Tabelionato, quando autenticado pelo Tabelião de Protesto, por seu Substituto ou Escrevente autorizado, guarda o mesmo valor do original, independente de restauração judicial".

A lei não faz nenhuma outra exigência na reprodução dos títulos de crédito, merecendo esse comentário do Prof. Newton de Lucas: "... um fato é absolutamente inquestionável: a cobrança eletrônica ou duplicata-escritural, como

normalmente se designa essa sistemática de cobrança que prescinde da existência do título tradicional, enquanto cártula, passou a encontrar sério óbice para a sua operacionalização de vez que, para que se efetive o protesto por indicação, passou a ser exigida declaração da instituição financeira apresentante no sentido de que ela efetivamente, enviou ao sacado a duplicata correspondente" ("Comentário ao novo Código Civil", Editora Forense, 2003, vol. XII, p.140), concluindo: "Haveria possibilidade, sim, com base nos institutos do aceite presumido, do protesto por indicação e assim por diante, de ser perfeitamente aparelhada uma execução com base num título eletrônico".

Fábio Ulhoa Coelho, depois de afirmar que "O protesto da duplicata pode ser feito, em qualquer caso, mediante simples indicação do credor, dispensada a exibição do título em cartório", revela a realidade: "Com a desmaterialização do título de crédito, tornaram-se as indicações a forma mais comum de protesto. A duplicata, hoje em dia, não é documentada em meio papel. O registro dos elementos que a caracterizam é feito exclusivamente por meio magnético e assim são enviados ao banco, para fins de desconto, caução

ou cobrança" ("Curso de Direito Comercial", Editora Saraiva, 2002, vol.1, nº 4.1, pp. 460).

E o Código Civil curvou-se à verdade no § 3º do art. 889, permite: "O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previsto neste artigo".

Breve nota doutrinária

A partir da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, ampliou-se o conceito de protesto: "é o ato público e solene, impondo-lhe a lei a forma escrita *ad substantiam*, mediante a qual se traduz a apresentação, pelo credor, de título de crédito, contratos ou documentos de dívida, *opportuno tempore et loco*, certificando o descumprimento ou negativa das obrigações neles declaradas e a falta ou recusa do aceite".⁽¹⁾

(1) A Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988, dispendo sobre serviços notariais e de registro, em seu art. 11, ao fixar a competência privativa dos tabeliães, indica: "inciso I – protocolar de imediato os documentos de dívida, para a prova do descumprimento da obrigação legal."

Parece-nos que os documentos de dívida são todos aqueles em que há, inequivocamente, a indicação de relação de débito e crédito entre instituições financeiras, sociedades empresárias, sociedades simples⁽²⁾ e firmas individuais e seus clientes (compradores ou usuários) e, ainda, entre pessoas físicas.

Assim, com visão de futuro, o legislador deixou margem para que outros documentos que vierem a ser criados por lei posterior ou pelos usos ou costumes (v.g., faturas de cartão de crédito, contratos de "projects finance", os créditos transferidos por cessão pelas empresas de "factoring") sejam agasalhados pelo citado artigo 1º da Lei 9.492.

É inválida qualquer limitação que se pretenda impor à norma legal comentada, pois a Constituição, entre os direitos e deveres individuais, assegura, no art. 5º, inciso II, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Conseqüentemente, somente quando houver proibição expressa, o documento identifique uma dívida não poderá ser protestado.

Outro argumento: uma das recentes modificações do Direito Processual Civil Brasileiro foi a introdução, pela Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, da Ação Monitória, que compete a quem pretender, com base em prova escrita, sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bom móvel".

Se uma simples prova lastreada em papel sem liquidez serve para fundamentar ação judicial contra o devedor, por que impedir que documentos de dívida, legítimos, possam ser protestados?⁽³⁾

Exemplifica José Rogério Cruz e Tucci: "... desse modo,

os advogados e arquitetos, por exemplo, possuidores de cartas, fac-símiles, telegramas, que declarem a concordância com os honorários cobrados, poderão valer-se de ação monitória. E ainda: com base em “guias de internação, prontuário hospitalar, requisição de serviços protéticos, etc., igualmente se viabiliza tal demanda”.⁽⁴⁾

Portanto, está desprovida de legalidade qualquer conceito restritivo de “outros documentos de dívida”, que se pretenda impor, deixando à desvalia a nova lei de protesto.

OS EFEITOS DO PROTESTO

O principal efeito do protesto cambial é provar a falta de aceite ou de pagamento, sendo ato público insubstituível, identificando “a não realização da promessa contida na letra”.⁽⁵⁾

Assiste razão a José Maria Whitaker quando registra: “Na vertigem da vida moderna, que tudo sacrifica à celeridade, o protesto parece, à primeira vista, exigência arcaica e dispensável, sobrevivência supersticiosa de um período de exagerado formalismo”.

(2) Redação do Código Civil, copiando a “*società semplice*” do Código Italiano de 1942.

(3) Aldo Carvalho considera prova escrita “qualquer documento desprovido de certeza absoluta, merecedor de fé, pelo juiz, quanto à autenticidade e eficácia probatória” (“La Prova nel procedimento per ingiunzione” Milão, Giuffrè, 1994, p.46).

(4) “Ação Monitória”, Editora revista dos Tribunais, 1196, pp.60 e 61.

(5) José Maria Whitaker – “Letra de Câmbio”, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, p.227, nº 146, segundo José A. Saraiva: “O protesto é meio de prova. É o meio legal da prova ou recusa do aceite. Se o protesto, inexistente a prova de não haver sido honrada a delegação do emitente, a letra de câmbio não deve ser considerada vencida” (“A Cambial”, Editor José Konfino, Rio de Janeiro, 1947, vol. I, §89, p.358).

“Há, entretanto, interesse real em fixar de modo incontestável o momento em que a letra se transforma de coisa móvel em crédito exigível. Compreende-se, em vigor, a inutilidade de fazê-lo em face do aceitante, isto é, daquele que diretamente prometer realizar, e não realiza, o valor que a letra representa; mas não se pode negar aos outros signatários o direito de se certificarem se esse valor foi efetivamente reclamado no dia e lugar designados, ou se só não foi recebido em virtude de negligência do portador, ou da confiança que lhe depositara no devedor principal”.⁽⁶⁾

Daí reconhecer BONELLI⁽⁷⁾ que em todos os tempos, a obrigação do sacado foi subordinada à prova de que o possuidor esgotara as diligências necessárias para receber a soma daquele sobre quem a letra fora sacada.

O protesto é condição para que o portador adquira o direito de regresso contra os coobrigados, sendo ato essencial para o exercício do direito de ação e não pode ser substituído, nem completado por nenhum outro meio de prova. É

insuprível, “ainda que o sacado declare no título a recusa do aceite ou do pagamento, na lição do Mestre J.X. Carvalho de Mendonça”.⁽⁸⁾

Daí denominar-se esse protesto de necessário⁽⁹⁾, representando a “única solução, portanto, para a comprovação pronta, fácil e prática do cumprimento de certos atos é determinar a sua realização perante ou por intermédio de serventuários, com fé pública. Só assim, de forma precisa e segura, pode obter-se a certeza probatória que o direito cambiário requer” (Rubens Requião, “Curso de direito comercial”, 18ª ed., São Paulo, 1922, vol. 2º, nº354).

Ainda no caso do chamado protesto facultativo⁽¹⁰⁾, que alcança todos os obrigados diretos, ele oferece ao credor outra oportunidade – reclamar o pagamento ou realizar composição com o seu devedor.

Os juros de mora e a correção monetária são devidos a partir do vencimento⁽¹¹⁾, mas o pagamento em cartório, com *op escopo* de evitar o protesto, deve compreender, além do valor do título, esses encargos, bem como o reembolso das despesas e custas incorridas pelo credor, na tentativa de efetivar o protesto.

(6) Obra cit., nº146, pp.227 e 228. Consideramos sempre útil p protesto.

(7) “Commentario al Codice di Commercio”, Milão, vol. 3º, nº241.

(8) “Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, Rio de Janeiro 1922, volume V, livro III, Parte II, nº874, p.424.

O Dr. Alfredo Pinto, no parecer que, em nome da comissão de Justiça e Legislação do Instituto dos Advogados Brasileiro, apresentou em 16 de agosto de 1915, conclui: O protesto deve ser ato público e constar de um instrumento da lavra do respectivo oficial” (“Revista Jurídica”, vol. 3º, p.37).

(9) O Prof. Rubens Requião discorda, pois considera que o instituto do protesto um só, não havendo motivo para dividi-lo em necessário e facultativo, uma vez que ambos se integram e não há distinção formal entre os dois tipos (“Aspectos Modernos de Direito Comercial” – estudos e pareceres, editora Saraiva, São Paulo, 1977, p.330).

(10) Pedro Sampaio subdivide o protesto necessário em: a) necessário excepcional – quando o sacado ou aceitante não satisfizer o pagamento a dois credores e quando a execução promovida contra os devedores se torna infrutífera por carência absoluta de bens; b) protesto declaratório: o intentado pelo portador da letra contra o aceitante que não consigna a data do aceite, sendo necessário para suprir a falta da data; c) protesto necessário recuperatório: efetua-se quando os títulos enviados para aceite não são devolvidos pelo sacado (“Letra de Câmbio e Nota Promissória Consoante a Lei Uniforme”, São Paulo, Saraiva, 1975, p.194).

(11) Contra a maioria está o Mestre João Eunápio Borges, que se baseia na Lei de Usura – Decreto nº 22.626, para determinar a fluência de juros moratórios da data do “protesto cambial” (obra cit., p.112, nº145).

No mesmo sentido – Waldemar Ferreira (“Tratado

de Direito Comercial”, vol. 8º, nº1.810, p.390).

Declara a Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça: “Nota Promissória. Falta de pagamento. Correção monetária. Incide a partir da data do vencimento do título, e não a partir do ajuizamento da ação” (Resp. 93.031/RGS, relator Ministro Nilson Naves, 3ª Turma, v.u., 23/2/1999, SJU 26/4/1999).

Pela Lei Uniforme Genebra, os juros de mora fluem do vencimento do título.

A caracterização da impontualidade para o pedido de falência do devedor comerciante (comerciante individual ou sociedade empresária) reclama o protesto.

Mas a Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.660 de 21 de junho de 1945) apresenta redação imprópria ao dizer: “Os títulos não sujeitos a protesto obrigatório devem ser protestados, onde haverá um livro especial para o seu registro”.

Traiano de Miranda Valverde, ao redigir o anteprojeto de lei que serviu de base para a Lei de Falências quis referir-se aos obrigados diretos, pois também os títulos de crédito que não têm signatários que sejam coobrigados, mas apenas devedores principais, para efeitos falimentares, devem ser protestados.

Outra observação: de acordo com o art. 23 da Lei de Protesto, todas as modalidades de protesto devem ficar assentadas num único livro, constando o motivo do protesto, inexistindo o referido “livro especial”.

E, ainda, os títulos, que leis especiais dispensam o protesto dos endossantes e seus avalistas⁽¹²⁾, para o requerimento da falência, também devem ser protestados.

Outro relevante efeito do protesto: a fixação do termo legal da falência, também chamado de “período suspeito”, poderá basear-se no “primeiro protesto por falta de pagamento” (art. 14, inciso III, da Lei de Falências), pois os atos nesse período serão considerados ineficazes, não terão nenhum efeito relativamente à massa falida⁽¹³⁾.

Novidade trazida pelo Código Civil de 2002: entre as causas interruptivas da prescrição, que inutilizam a prescrição iniciada, de modo que o seu prazo recomeça a correr da data do ato que a interrompeu está, expressamente mencionado, o protesto cambial (art. 202, inciso III).

Corregedoria de justiça não tem competência para legislar sobre protesto cambial

O protesto tem seus efeitos e atos regulados pelo Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908 – a lei cambial – baseada no substitutivo de autoria de JOSÉ A. SARAIVA, cujo texto mereceu elogios de juristas de vários países; Lei Uniforme de Genebra, aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966; Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, que disciplina as duplicatas e Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, que define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida; Medida Provisória nº 1.638, de 1998 que altera a redação do art. 29 da Lei nº 9.492.

(12) Em palestra que fizemos no STJ – Superior Tribunal de Justiça, em 1998, indicamos quais são esse títulos: 1º) Os “Commercial Papers”, hoje denominados Notas Comerciais (Instrução nº 134, da CVM, de 1º/11/90); 2º) Os “Export Notes” (Circular do BCB nº 1.845); 3º) Os Conhecimentos de Transporte (Decreto nº 19.473, de 10/12/30, art. 6º); 4º) A Nota Promissória Rural e a Duplicata Rural (Decreto-Lei 167, de 14/02/67 e os endossadores da Cédula de Produto Rural); 5º) Os Conhecimentos de Depósito e “Warrants” (Decreto-Lei 1.102, de 21/11/1903); 6º) em Resolução nº 18, de 18/02/66; 8º) As Cédulas de Crédito Bancário (Medida Provisória nº2.160-25, de 23/08/01, art.20) e 9º) para os títulos que não tiverem cláusula expressa de responsabilidade do endossante (Código Civil, Lei nº 10.406, de 10/01/02, art. 914).

(13) Sobre esse tema vide a obra clássica de Jayme Leoni – “Ação Revocatória no direito de Falência”, ed. Saraiva, São Paulo.

Ato jurídico *stricto sensu*, o protesto cambiário se realiza num processo extrajudicial, sob a égide do direito comercial, de competência privativa da União, nos termos do inciso I do art. 22 da Constituição Federal de 1988.

A competência concorrente por lei estadual ou do Distrito Federal não pode elidir a competência legislativa federal ao estabelecimento de normas gerais.

A dicção do art. 236 de nossa Carta Magna é inequívoca: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.

“§1º. Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§2º. Lei federal estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”

O legislador não deu oportunidade a geração de qualquer dúvida: a regulação administrativa dos serviços são da competência do Poder Judiciário, com a finalidade organizar a sua fiscalização e favorecer o seu desempenho. E não poderia jamais conferir ao Judiciário o poder de alterar a lei ou de suprir-lhe suas lacunas.

O Provimento nº 43/99 considera que “não podem ser tidos como inadimplentes, sacados que constarem em letras de câmbio, duplicatas mercantis ou de prestação de serviços não aceitas, porque estas necessitam da apresentação de documento que promove a transação mercantil e a entrega da mercadoria, ou a efetiva prestação do serviço e o vínculo obrigacional”.

A exigência da Corregedoria- a prova da causa debendi- não consta como condição para que o protesto seja tirado

e nenhum jurista brasileiro, especializado em direito comercial, sustenta essa imposição descabida.

EMERJ-Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, onde já lecionamos e fizemos conferências, não ensina aos seus alunos essa manifestação daquele Provimento, que só teria legitimidade se estivesse acobertado por norma legal, o que não ocorre.

Carece, portanto, de legalidade

Observe-se o absurdo: não será inadimplente o sacado-devedor que se recusou a aceitar ou pagar a letra de câmbio, pois a impontualidade não seria identificada pelo protesto, mas condicionada à apresentação de documento relativo à obrigação por ele contraída, violentando a legislação brasileira que desde 1908 já estabelece, no art. 28, do Decreto 2.044: “A letra que houver de ser protestada por falta de aceite ou de pagamento deve ser entregue ao oficial competente, no primeiro dia útil que se seguir ao da recusa do aceite ou do vencimento, e o respectivo protesto tirado dentro de três dias úteis”, independentemente de qualquer outra exigência, regra que não foi alterada pela Lei nº 9.492, de 1997, que também se refere ao protesto por falta de devolução.

E ainda destaco o Parágrafo 4º da Lei 9.492:

“Os devedores, assim compreendidos os emitentes de notas promissórias e cheques, os sacados nas letras de câmbio e duplicatas, bem como os indicados pelo apresentante ou credor como responsáveis pelo cumprimento da obrigação, não poderão deixar de figurar no termo da lavratura e registro de protesto”

Falece à Corregedoria competência para legislar sobre direito comercial.

Descabe, como se vê, o art. 3º do Provimento nº 43/99: “A inclusão do nome de sacado é proibido quando a letra de câmbio, duplicata mercantil ou de prestação de serviços estiver sem aceite, salvo se nas cédulas seu aceite ficar demonstrado o recebimento da entrega da mercadoria ou o vínculo contratual e a prova da efetiva prestação de serviços”.

O endossatário-credor da letra de câmbio também não poderá como ocorre hoje – protestar o título e, por essa razão, perderá o direito de regresso contra o sacador-endossante.

6. Também no caso do protesto de duplicatas, não compete ao oficial de protesto o poder de perquirir sobre a causa do saque, pois a sua função restringe-se à análise de caracteres formais dos documentos⁽¹⁴⁾.

A Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, que disciplina as duplicatas, trata do protesto no capítulo IV, arts. 13 e 14, não exige o exame do negócio jurídico subjacente, formalidade que o legislador recusou e não cabe ao intérprete agazalhar.

Elaborada com base na experiência da vida empresarial, a Lei 5.474, no art. 13, fixa as regras do protesto:

“A duplicata é protestável por falta de aceite, de devolução ou de pagamento.

§1º. Por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, o protesto será tirado, conforme o caso, mediante apresentação da duplicata, da triplicata, ou ainda, por simples indicações do portador, na falta de devolução do título.

§2º. O fato de não ter sido exercida a faculdade de protestar o título, por falta de aceite ou de devolução, não elide a possibilidade de protesto por falta de pagamento”.

E o art. 14 dispõe:

“Nos casos de protesto por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, ou feitos por indicações do portador, o instrumento de protesto deverá conter os requisitos enumerados no art. 29 do Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, exceto a transcrição mencionada no inciso II, que será substituída pela reprodução das indicações feitas pelo portador do título”.

Está evidente que o Provimento nº 43/99 pretendeu assumir competência privativa do legislador federal ao exigir “o recebimento da entrega da mercadoria ou o vínculo contratual e a prova da efetiva prestação de serviços”, em inequívoca ilegalidade.

(14) Orlando de Assis Corrêa: “Ao oficial de protesto não cabe indagar se o título tem causa ou não. Estando formalmente legal, não cabe discussão. E “o oficial do registro de protestos deve cumprir a lei. Apresentando um título para protesto, revestido das características legais (inclusive letra de câmbio não aceita, fazendo-se o protesto para aceite) o oficial avisa o devedor. O prazo dado é de três dias (art. 28 da Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908), não importa qual a resposta dada pelo devedor, não importa que motivos alegue para não pagar. Se não apresenta prova de pagamento, ou se não paga, no prazo, o principal, juros e despesas de cartório, o protesto é lavrado” (“Processo Cautelar e Sustação de Protesto”, Editora Síntese, 2ª. Edição, pp. 47/48). No mesmo sentido: Hélia Márcia Gomes Pinheiro – “Aspectos Atuais do Protesto Cambial”, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2001, nº 3.2.2., p.22)

Conclusão

O Provimento nº 43 não apenas se afasta da doutrina cambial brasileira, mas, ainda, invade a competência exclusiva do legislador federal fixando regras que sem nenhuma razão válida inviabilizarão o protesto de letras de câmbio e duplicatas, perturbando as atividades que se socorrem de capital de giro e restringindo drasticamente as operações bancárias indispensáveis ao setor produtivo e ao desenvolvimento sustentado.

Sua patente ilegalidade justifica urgente alteração das normas editadas em conflito com a Constituição de 1988.

Presidente da Comissão de Direito Comercial do Instituto dos Advogados Brasileiros e ex-presidente da FEBRABAN