

EXECUÇÃO DE CHEQUE SEM FUNDO *

WALDIRIO BULGARELLI

1. Introdução — 2. O dilema da teoria cambiária — 3. A ação executiva para cobrança de cheque — 4. A abolição do protesto — 5. A solidariedade cambial — 6. O local de execução — 7. A prova e o extravio do cheque — 8. Os valores exigíveis — A compensação pela perda do valor aquisitivo da moeda — 9. As defesas do executado — 10. A má fé e a redação da nova lei.

1. Inicialmente, gostaria de realçar que possivelmente nenhum dos institutos do Direito Comercial, consegue trazer à tona, com tanta evidência, como o chamado Direito Cambiário, a questão — hoje, aliás tão debatida — do formalismo do Direito. Se é impossível deixar de apontar em toda visão do Direito o formalismo de que está impregnado, ocorre contudo, em relação ao Direito Cambiário, uma espécie de excesso, um verdadeiro abuso, já identificado como exacerbação do formalismo. Esta posição evidentemente que se choca com a visão realista do Direito, hoje tão viva e presente aos juristas. Sob a ótica da Filosofia e mesmo epistemológica se observa que a forma é afinal inafastável dando existência ao conteúdo; o que entretanto, e isso não é nenhuma novidade, vem gerando entrechocos é o excessivo formalismo de que veio se revestindo a ciência e a técnica do Direito, não apenas pela sua abstração e generalidade, aliás consideradas exageradas embora necessárias — à custa do seu alheamento à realidade viva, ao jogo de interesses que integram a fenomenologia social. Daí as tentativas, em grande parte vitoriosas, da conciliação entre a visão formalista e a sociológica, o que se fez, ao que tudo parece indicar, por via da chamada jurisprudência dos interesses.

Entre nós, como veremos melhor ao ser tratado o tema das defesas cambiais, têm sabido a doutrina e a Jurisprudência encaminhar-se para um afinado ajuste entre a *concretidade* (termo da preferência do Prof. Miguel Reale) dos casos isolados e a abstração e generalidade das normas.

2. É, pois, em decorrência do dilema que se põe, que se exprime a dúvida: até onde a certeza e a segurança devem prevalecer sobre a realidade, o que leva ao próprio conceito de justiça, entendida como o consenso em relação a aplicação das normas e a sua própria existência.

Nesse sentido, vale sempre lembrar a colocação de Carnelutti, em sua *Teoria Cambiária*, que em tradução livre minha, é posta nestes termos: “Cada passo dado para satisfazer a necessidade de certeza contribui para comprometer a

* Conferência proferida no *Ciclo de Estudos sobre a Nova Lei do Cheque* promovido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, no dia 13.9.85.

necessidade de justiça — no fundo é o eterno drama do Direito. Portanto há de se tentar, a medida de conciliação buscando obter, nos limites do possível — o máximo de certeza com o mínimo de injustiça. Na análise do mecanismo dessa conciliação está o segredo da teoria cambiária”.

Estas observações parecem fundamentais na análise do tema proposto, não só em relação ao cabimento da própria execução, mas também quanto às defesas oponíveis.

3. Dado que este auditório é constituído por profissionais afeitos às questões executórias, não recorrerei à didática discursiva (quase sempre indispensável nos cursos de graduação) e sim optarei pela retórica problemática, examinando o tema perante os problemas — verdadeiros muitos, falsos e/ou hipotéticos outros — que apresenta e entregando a solução ao descortínio dos senhores.

Gostaria de lembrar que Thaller não reprimia um certo espanto perante à ação executiva, tipo que considerava *sumário* e *violento*.

Limitar-me-ei pois a colocar o fato incontroverso de que a ação por falta de pagamento do cheque é em princípio do rito executivo, considerado o cheque, título extrajudicial pelo Código de Processo Civil de 1973 (arts. 566-585).

E justamente porque os senhores estão como disse afeitos às ações executivas, começarei por dizer que a Lei 7.357 de 2.9.85 — que por amor à brevidade chamarei dora em diante de a *nova lei* — (sem deixar de reparar que por alguns pontos inéditos que traz é também uma *lei nova*), ao contrário da lei antiga, o Dec. 2.591, de 7.8.12, que remetia à Lei 2.044/1908, as disposições sobre ação de cobrança, traz capítulo expresso, o VIII, arts. 47 a 55, regulando o matéria. Poderiam ser levantados desde logo, ao menos dois falsos/verdadeiros/hipotéticos problemas, a saber: 1) não se ter referido à ação executiva, só execução (art. 47); 2) não ter mencionado as defesas admissíveis ao executado. Parece evidente, que numa interpretação sistemática, impõe-se a auto-integração do sistema normativo, e em conseqüência, pode-se pensar que supletivamente atuam aqui, o art. 51 da Lei 2.044; os arts. 745 e 741 do CPC e o art. 40 da LUG. Do que decorre que o credor pode exercer amplamente o seu direito de ação; que o tipo de ação é executiva; que as defesas do executado são as previstas no Código de Processo Civil.

4. Na seqüência, nota-se que a nova lei aboliu a obrigatoriedade do protesto contra os endossantes/avalistas, pois para o emitente já era dispensado. Exigiu porém a nova lei, a apresentação em tempo hábil e a comprovação da recusa, verificada através de 1) protesto; 2) declaração do sacado; 3) declaração de Câmara de Compensação. A propósito, comentando essa colocação da nova lei, Egberto L. Teixeira (in *A Nova Lei Brasileira do Cheque*, ed. 1985, pp. 84-85) acentua que: “A maior conquista da nova lei brasileira foi dispensar a obrigatoriedade do *protesto* formal como pressuposto ou medida preliminar ao início da ação de cobrança do cheque. Hoje, tanto vale o protesto quanto a declaração escrita e assinada pelo sacado ou por câmara de compensação. Aboliu-se o fantasma do protesto, instrumento de pressão contra os devedores muitas vezes culpados de mera negligência ou descuido na emissão do cheque. A nova colocação do protesto, como instrumento facultativo e não mais obrigatório do início do processo de execução do cheque é reafirmada no § 1.º do art. 47: “Qualquer das declarações previstas neste artigo dispensa o protesto e produz os efeitos deste”. E aduz o § 4.º do mesmo artigo: “A execução independe do protesto e das declarações previstas neste artigo, se a apresentação ou o pagamento do cheque são obstados pelo fato de o sacado ter sido submetido a inter-

venção, liquidação extrajudicial ou falência". (Esta última norma não consta da Lei Uniforme, mas pode defender-se a sua inclusão na lei, nacional dada a liberdade conferida às Partes Contratantes)".

Cabe lembrar a esta altura que a meu ver ficam obrigados ao protesto para fim falimentar, consoante dispõe o art. 10, do Dec.-lei 7.661/45, a saber: "Os títulos não sujeitos a protesto obrigatório devem ser protestados para o fim da presente lei, nos cartórios de protesto de letras e títulos, onde haverá um livro especial para o seu registro".

Também a cláusula *sem despesa e sem protesto* não dispensa a apresentação (§ 1.º, art. 50).

Gostaria de observar que sempre entendi que o protesto em relação aos obrigados secundários constituía mais que simples meio de prova, manifestação endereçada a conservação de um direito. Afinal é esta a construção das cambiais, atuando o protesto em tempo útil como meio assecuratório do exercício do direito de regresso contra os coobrigados endossantes. E tanto isso é verdade, que o sistema de títulos de crédito rural (seguido pelos títulos de crédito industrial, de exportação e comercial) ao pretender a dispensa desse protesto de regresso, teve que fazê-lo expressamente, como se lê no art. 60 do Dec.-lei 167, de 14.2.67: "Aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, inclusive quanto a aval, dispensado porém o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossantes e seus avalistas".

Compare-se com o art. 32 da Lei 2.044/1908, que reza: "O portador que não tira, em tempo útil e forma regular, o instrumento do protesto da letra, perde o direito de regresso contra o sacador, endossadores e avalistas".

Deve-se entender então que neste caso o regime normativo do cheque subtraíu-se ao regime geral das cambiais? Pode-se chegar a admitir essa hipótese, até porque inovadoramente o art. 21 da lei, admitiu a exoneração da responsabilidade do endossante, dispondo: "Salvo estipulação em contrário, o endossante garante o pagamento". Portanto, pode este eximir-se da garantia "bonitas", e assim não haveria porque assegurar-se o direito de regresso. Tudo indica, pois, que o regime normativo do cheque configura-se como específico. O que parece ser comprovado pela exigência da *apresentação em tempo hábil*; entretanto, veja-se que a sanção para o portador que não o apresenta em tempo hábil, é a perda do direito de execução contra o emitente, se este tinha fundos disponíveis durante o prazo de apresentação e os deixou de ter, em razão de fato que lhe não seja imputável (§ 3.º, art. 47). Em relação aos endossantes e seus avalistas, a sanção ao que parece, é a perda do direito de recesso, e para tanto chamaria a atenção para as disposições do art. 55, quanto aos eventuais impedimentos da apresentação do cheque.

5. Manteve a nova lei a solidariedade das relações entre os obrigados do mesmo grau (art. 51, § 3.º), respondendo todos os obrigados solidariamente para com o portador do cheque, podendo o portador demandar a todos, individual ou coletivamente, **sem estar sujeito a ordem em que se obrigaram**.

6. Quanto ao local, vale lembrar o disposto no art. 576 do CPC, que estatui a regra da execução no lugar onde a obrigação deve ser satisfeita, o que encaminha o tema para o local do pagamento. Como requisito essencial suprível incluiu o art. 1.º, IV, "a indicação do lugar de pagamento", trazendo o art. 2.º, I e II as formas de suprimento, estabelecendo uma ordem: 1) o lugar designado junto ao nome do sacado; 2) se designados vários lugares, o primeiro deles;

3) não existindo qualquer indicação, o lugar de sua emissão, e 4) não existindo este último, o lugar indicado junto ao nome do emitente.

Em tema de local de pagamento, deve-se ter em conta a permissibilidade do *cheque domiciliado*, feita pelo art. 11 que dispõe: “O cheque pode ser pagável no domicílio de terceiro, quer na localidade em que o sacado tenha domicílio, quer em outra, desde que o terceiro seja Banco”.

7. Quanto à prova, formou-se convicção entre nós, da obrigatoriedade da exibição da cártula, acompanhada do protesto ou da declaração de falta de fundos ou ambas; chega a Jurisprudência a admitir a falta da juntada do título, desde que ele se encontre em local acessível e possa ser verificado. Em relação a isso não dispôs em contrário a nova lei, apenas chamando a atenção o teor do art. 54, que reza: “O obrigado contra o qual se promova execução, ou que a esta esteja sujeito, pode exigir, contrapagamento, a entrega do cheque, com o instrumento de protesto ou da declaração equivalente e a conta de juros e despesas quitada”.

Causa perplexidade, entretantes, a solução dada pela lei no caso de *perda, extravio, furto, roubo* ou *apropriação indébita* do cheque, em que manda aplicar as disposições legais à anulação e substituição de títulos ao portador, no que for aplicável (parágrafo único, art. 24).

Neste caso, pelo direito anterior, aplicando-se as normas das cambiais, invocava-se o procedimento previsto no art. 36 da Lei 2.044/1908, a anulação de cambial. Por este processo, a decisão final, em caso afirmativo, é a decretação, pelo juiz, da invalidade do título, e a possibilidade de o autor promover a execução da sentença.

A invocação das normas aplicáveis à anulação e substituição dos títulos ao portador encaminha a questão para o procedimento do CC, arts. 521, 1.509 e 907 a 913 do CPC. Neste procedimento, o desfecho está previsto no art. 911 CPC: “Julgada procedente a ação, o juiz declarará caduco o título reclamado e ordenará ao devedor que lave outro em substituição, dentro do prazo que a sentença lhe assinar”. Independentemente, da esdrúxula disposição do art. 1.510 do CC sobretudo a sua parte final, não só em termos de *sede materiae*, como do próprio conteúdo, não se pode deixar de observar a diferença de efeitos entre o procedimento do art. 36 da Lei Cambial e dos títulos ao portador.

Então tem-se o problema de saber se a solução foi a melhor. Contra a orientação da nova lei pode-se dizer que de certa forma subtraiu também aqui as normas do cheque ao direito cambiário propriamente dito; que em termos efetivos, os efeitos do procedimento de títulos ao portador aplicados ao cheque poderão ser complexos. É que basicamente o sistema da anulação e recuperação de títulos ao portador foi concebido mais voltado para os títulos emitidos por companhias, sendo relativamente fácil a elas, em casos assim, a emissão de novos títulos emitidos em substituição a ações, apólices, debêntures, etc. Já em relação ao cheque teme-se que não seja assim, pois a substituição está voltada também para particulares que poderão se recusar a emitir novo título, daí novas complicações, como a execução por perdas e danos, pois certamente que mesmo sendo obrigação de fazer, ninguém pensará que o juiz poderá substituir a vontade da parte emitindo novo cheque. Por essas razões que submeto ao juízo dos mais doutos, tudo indica que a adoção do procedimento de anulação de títulos ao portador não foi a melhor, em termos de eficácia.

8. Dispõe o art. 52 da nova lei: “O portador pode exigir do demandado: I — a importância do cheque não pago; II — os juros legais desde o dia da

apresentação; III — as despesas que fez; IV — a compensação pela perda do valor aquisitivo da moeda até o embolso das importâncias mencionadas nos itens antecedentes”. E ainda o art. 53 reza: “Quem paga o cheque pode exigir de seus garantes: I — a importância integral que pagou; II — os juros legais, a contar do dia do pagamento; III — as despesas que fez; IV — a compensação pela perda do valor aquisitivo da moeda, até o embolso das importâncias mencionadas nos itens antecedentes”.

No sentido de, precisão do direito do credor, as disposições são certamente elogiáveis, afastando-se certos equívocos existentes no direito anterior.

Contudo, cabem algumas observações de ordem problemática: 1) a questão da disparidade de quantias lançadas no texto, art. 12, e o completado sem observância do convencionado com os emitentes (art. 16); 2) o cheque emitido em moeda estrangeira; neste caso, o art. 42 dispõe que o “cheque em moeda estrangeira é pago, no prazo de apresentação, em moeda nacional ao câmbio do dia do pagamento obedecida a legislação especial”, dispositivo que parece claro à primeira vista, dado que o parágrafo único inclui outra opção: “Se o cheque não for pago no ato da apresentação, pode o portador optar entre o câmbio do dia da apresentação e o do dia do pagamento para efeito de conversão em moeda nacional”. Aqui já se tem pelo menos a impressão de que a Lei afastou o *favor debitoris*, pois que sem dúvida, o credor só optará pelo mais vantajoso. Trago ainda à colação o que poderá ser considerado até como pseudoproblema, mas que merece ser apreciado, ou seja, a que câmbio se refere à lei? Certamente que temos leis que estatuem qual a cotação das moedas estrangeiras, entretanto, quando se pensa no dólar, moeda que perante os olhos de todos aparece diariamente com duas cotações, fica-se a pensar na realidade perante o formalismo legal; 3) a lei ao mencionar *compensação*, a que critério se refere? À correção monetária prevista na Lei 6.899/81, ao INPC; ao valor ouro, ao dólar, à ORTN, à UPC, ao salário mínimo, ao valor de referência, ao índice de construção civil, ao INPA? Vale este exercício não só para se buscar a *ratio legis* como também, ainda que de passagem para pôr em relevo o extraordinário número de moedas ou de índices de valorização da moeda existente entre nós. Certamente que será mais cômoda a aplicação pura e simples da ORTN, o que não afasta contudo a visão crítica da questão.

9. Por último, algumas questões sobre as defesas do executado. Como vimos, o art. 15 do revogado Dec. 2.591 remetia o cheque às disposições da Lei 2.044/1908, “em tudo que lhe for adequado, inclusive a ação executiva”. Agora, ao ter disciplinado a execução do cheque em capítulo próprio e não mais tendo incluído a norma de remissão, parece razoável concluir que procurou dispor autonomamente a questão executória. Assim fazendo, contudo, deixou de fora as limitações sobre as defesas cabíveis ao executado impostas pelo art. 51 do Dec. 2.044/1908, a saber: “Na ação cambial, somente é admissível defesa fundada no direito pessoal do réu contra o autor, em defeito de forma do título e na falta de requisito necessário ao exercício da ação”. Com isso, certamente, mais uma vez se afastou do regime cambiário trazendo o cheque para o direito comum das obrigações (aliás, o art. 64, parágrafo único, manda aplicar expressamente o direito comum na contagem dos prazos estabelecidos na lei) e para o âmbito do direito econômico, sujeitando-o ao Conselho Monetário Nacional (cf. art. 69 e parágrafo único).

Essa nova visão do cheque, afasta-o do formalismo rígido do Direito Cambial e dá-lhe uma nova perspectiva muito mais real. Lembraria a propósito como

reforço desta minha opinião, o art. 62 que dispõe: “Salvo prova de novação, a emissão ou a transferência do cheque não exclui a ação fundada na relação causal, feita a prova do não-pagamento”, e ainda o parágrafo único do art. 28: “Se o cheque indica a nota, fatura, conta cambial, imposto lançado ou declarado a cujo pagamento se destina ou outra causa da sua emissão, o endosso pela pessoa a favor da qual foi emitido e a sua liquidação pelo Banco sacado provam a extinção da obrigação indicada”, que encaminham o cheque para o regaço dos títulos causais retirando-o do pretense abstracionismo em que sempre se quis envolvê-lo.

É verdade que a nova lei não deixou de reiterar o disposto no art. 22 da LU, no art. 25, dispondo: “Quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor”.

Veja-se contudo que se trata de cheque que circulou, e ainda assim admite-se a exceção de dolo geral (salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor).

10. Quanto a questão da má fé, é curiosa a formulação da lei a respeito, valendo fazer uma incursão ainda, que rápida para se apurar a forma como o legislador se exprime. Veja-se que além do disposto no citado art. 25, encontra-se o art. 16 que reza: “Se o cheque, incompleto no ato da emissão, for completado com inobservância do convencionado com o emitente, tal fato não pode ser oposto ao portador, a não ser que este tenha adquirido o cheque de má fé”. Nestes dois dispositivos, a linguagem empregada está a significar certamente que a má fé do adquirente deve ser provada por quem alega. Já o art. 24 para significar o mesmo emprega outra linguagem: “Desapossado alguém de um cheque, em virtude de qualquer evento, novo portador legitimado não está obrigado a restituí-lo se não o adquiriu de má fé”. Essas fórmulas empregadas pelo legislador não poderiam significar já de si ao contrário, ou seja, de que o portador terá de provar que não o adquiriu de má fé?

Deixo-os assim, com o último problema ou se preferirem falso ou pseudo-problema, juntamente com os demais levantados ao sabor da análise crítica que fizemos da nova lei em relação à execução do cheque sem fundo.