

Atualidades

PROTESTO DE DUPLICATA SIMULADA E PROCEDIMENTOS JUDICIAIS DO SACADO

CELSO BARBI FILHO

1. Introdução. 2. O protesto cambiário. 3. O protesto cambiário e a duplicata simulada ou "fria". 4. Os procedimentos do sacado. 5. A legitimação passiva no procedimento judicial do sacado. 6. Procedimentos no exercício do direito de regresso do endossatário. 7. Indenização por danos ao sacado. 8. Breve conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Tema de grande interesse prático e que vem sendo abordado com certa vacilação nos tribunais é o protesto cambiário das chamadas duplicatas simuladas ou "frias". Tais duplicatas, como se sabe, são aquelas sacadas pelo empresário sem que tenha realizado a venda de mercadorias ou a prestação de serviços a que deveriam corresponder os títulos.

Dito procedimento é comumente adotado para o chamado "desconto" desses títulos. As duplicatas são irregularmente criadas por empresários em dificuldades financeiras, a fim de obterem recursos com sua transferência, por endosso traslativo, a bancos ou empresas de *factoring*, que adiantam ao sacador-endossante parte da importância das cédulas, na expectativa de receber seu valor integral do sacado por ocasião do vencimento.

Se o sacado, por nada ter adquirido do sacador, recusa o aceite ou o pagamento da duplicata, o protesto do título será necessário ao portador que, tendo recebido-o por endosso, deseja voltar-se regressivamente contra aquele que, sacando a duplicata, nela obrigou-se anteriormente.

Ocorre que, quem será intimado da realização do protesto e terá seu nome registrado nos assentamentos do cartório e nas certidões respectivas não será o sacador, mas sim o chamado devedor principal que, nos títulos sujeitos a aceite como a letra de câmbio e a duplicata, é o sacado, a despeito de não ter ainda sequer se obrigado cambiariamente.

Assim, quando esse sacado é vítima da emissão contra si de duplicata não correspondente a qualquer relação negocial com o sacador, surge um conflito de direitos tuteláveis entre o sacado vitimado e o portador de boa-fé, relativamente ao protesto do título.

Enquanto o portador necessita do protesto para se voltar contra o sacador-endossante, que lhe transferiu o título não honrado, o sacado vê-se prejudicado, pelo menos do ponto de vista comercial, com o registro de seu nome no protesto de duplicata que não aceitou e de que não é devedor.

Nesses casos, o aludido confronto de interesses jurídicos entre o sacado vitimado e o endossatário de boa-fé, quanto ao protesto da duplicata simulada, tem sido levado aos tribunais, que ainda não definiram solução técnica e justa, que tutele adequadamente os interesses de ambos.

E o tema ganha relevo com a recente edição da Lei n. 9.492/97, que passou a disciplinar vários aspectos do protesto cambiário no Brasil.

Em seqüência dessa Lei vieram polêmicas normatizações regionais como o Provimento n. 30/97, da Corregedoria da Justiça do Estado de São Paulo, que, amparado em norma da própria Lei de Duplicatas (n. 5.474/68, art. 20, § 3º) proíbe aos cartórios daquele Estado lavrarem protestos de duplicatas sem aceite que não estiverem acompanhadas de prova da efetivação da compra e venda ou da prestação de serviços (nota fiscal-fatura e comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço).

Dá porque a questão merece ser melhor analisada no plano doutrinário, justificando ensaios como o presente que, sem pretender definir o que seja acertado, propõe-se apenas a levantar e encaminhar idéias para uma futura solução da controvérsia.

2. O PROTESTO CAMBIÁRIO

Protestar tem o sentido etimológico de afirmar solenemente ou declarar publicamente um fato. Há em direito pelo menos três tipos de protesto: o cambiário, o falimentar e o judicial.

Os dois primeiros realizam-se por uma serventia de registro público, que é o tabelionato de protestos, podendo, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.492/97, efetivar-se quanto a títulos de crédito e "outros documentos de dívida",¹ como, por exemplo, um contrato ou uma sentença judicial. Já o protesto judicial nada tem a ver com isso, sendo apenas manifestação formal de uma parte a outra, feita através do juiz, para se

prevenir responsabilidades e ressaltar direitos concernentes a determinado fato jurídico (art. 867 do CPC).

Note-se que, tanto no protesto extrajudicial quanto no judicial, seu autor é quem o requer e não o tabelião ou o juiz, simples agentes do ato público de tutela do interesse privado.²

O protesto que aqui interessa é o cambiário. Pode ser definido como o registro formal, de natureza administrativa, praticado por oficial de registro público, o titular do cartório de protestos, sem intervenção judicial, e destinado a comprovar a falta da prática de ato a que estava obrigado o devedor principal de um título ou outro documento de crédito. Esse ato poderá ser o pagamento, o aceite ou a devolução do título, sendo os dois últimos casos aplicáveis às letras de câmbio e duplicatas. O protesto, portanto, na clássica definição de José Maria Whitaker "é o ato oficial pelo qual se prova a não realização da promessa contida no título".³

O protesto se faz necessário porque "as obrigações oriundas dos títulos cambiais, entre os quais se encontra a duplicata, envolvem a responsabilidade de várias pessoas, motivo por que a comprovação da falta de aceite ou de pagamento não deve ficar adstrita a uma declaração particular do sacado para o tomador".⁴ Assim, o protesto, como registro público, tem finalidade probatória e publicitária, destinando-se a atestar que todos os coobrigados no título tenham ciência, pelo menos presumida, da falta de aceite ou pagamento da cártula, assumindo as conseqüências jurídicas desses fatos sobre as obrigações cambiárias.

É incomum a concorrência de tantos diplomas legais disciplinando um mesmo instituto, como ocorre com o protesto cam-

1. O texto desse dispositivo da nova Lei de Protestos, pela indefinição e incerteza que traz, tem sido criticado pela melhor doutrina, como se vê em Villela, João Baptista, "Inadimplência e descumprimento? A propósito do art. 1º, da Lei n. 9.492/97", *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 3/98, 1º quinz. fev./98, pp. 68-69.

2. Santos, Cláudio, "Do Protesto de Títulos de Crédito", *RT* 678, 1992, pp. 14-22.

3. Whitaker, José Maria, *Letra de Câmbio*, 3ª ed., Saraiva, 1942, p. 214.

4. Cunha Peixoto, Carlos Fulgêncio, *Comentários à Lei de Duplicatas*, 1ª ed., Forense, 1970, p. 131.

biário no Brasil. Cronologicamente, tem-se o Decreto n. 2.044/08, em seu art. 28, regulando o prazo e o local do protesto da letra de câmbio e da nota promissória. Na Lei Uniforme de Genebra, promulgada pelo Decreto n. 57.663/66, encontram-se os arts. 44, 45 e 46, prevendo a finalidade do protesto daqueles títulos, os prazos de aviso dos coobrigados de regresso e a possibilidade de dispensa do protesto. A Lei n. 5.474/68, em seus arts. 13, 14 e 20, disciplina o prazo, local e peculiaridades do protesto das duplicatas mercantis e de prestação de serviços. No Código de Processo Civil de 1973, estão os arts. 883 a 885, regulando a forma de intimação do devedor no protesto de títulos, bem como a possibilidade de apreensão judicial de título enviado para aceite ou pagamento e não devolvido, além da prisão civil de quem o reteve indevidamente. Mencione-se ainda a Lei n. 7.357/85, que cuida em seu art. 48 do prazo, local e de outras particularidades do protesto dos cheques.

Surge agora a Lei n. 9.492/97 que, sem revogar expressamente os citados diplomas legais, passa a disciplinar o protesto de títulos e "outros documentos de dívida", definindo-o, em seu art. 1º, como o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada desses títulos e documentos de dívida.

Não se pode concluir que nenhum dos mencionados textos legais esteja integralmente revogado pela nova Lei. Ela cuidou basicamente dos procedimentos internos dos cartórios na lavratura dos protestos, respeitando as normas particulares que existiam sobre o protesto de cada espécie título de crédito. Todavia, destacam-se dois relevantes pontos, que eram disciplinados concorrentemente pelos diplomas anteriormente referidos, e passaram a ter regulamentação única na nova lei, quais sejam, o prazo em que o oficial deve tirar o protesto (art. 12) e os elementos do registro de protesto que constam do respectivo instrumento (art. 22).

Vigentes ainda as normas especiais sobre local e prazo de apresentação a protesto de cada espécie de título, tem-se sobre a duplicata que, de acordo com o art. 13, § 4º, da Lei n. 5.474/68, deve ser levada a protesto nos trinta (30) dias que se seguirem ao vencimento, o que significa dever o título ser entregue ao tabelião de protestos nesse prazo. Recebido o título, o oficial intimará o obrigado principal, sacado, para aceitar, pagar ou justificar porque não o fez, lavrando o protesto em três dias úteis, contados da protocolização do título no cartório.

Até o advento da Lei n. 9.492/97, face ao disposto no art. 25, da Lei de Duplicatas, considerava-se que esse prazo de três dias úteis para a lavratura do protesto era o previsto no art. 28, do Decreto n. 2.044/08, cujo texto, não absolutamente claro, admitia a interpretação de que os dias fossem contados da data em que o devedor recebeu a intimação do protesto, e não daquela em que título deu entrada no cartório. Com efeito, havia nos tribunais o entendimento de que "o prazo de três dias para ser tirado o protesto conta-se a partir da efetiva intimação do sacado. Não se pode contá-lo a partir da apresentação do título em cartório, porque a intimação do devedor pode não ocorrer e ela é da essência do ato".⁵

Essa exegese da Lei Cambial, mais benéfica aos devedores, restou prejudicada pela nova Lei n. 9.492/97, cujo art. 12 foi claro ao estabelecer que "o protesto será registrado dentro de três dias úteis contados da protocolização do título ou documento de dívida". Dispôs mais a nova Lei que, na contagem desse prazo, exclui-se o dia da protocolização e inclui-se o do vencimento, entendendo-se por dias úteis aqueles em que houver expediente bancário com horário normal. Excepcionalmente, quando a intimação for efetivada no último dia do prazo ou além dele, o protesto será tirado no primeiro dia útil seguinte (art. 13).

5. TAPR, AC 65.193-8, Rel. Juiz Rosene Arão de Cristo Pereira, DJPR 12.4.96, e *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1º quin. jun./96, Código 3/12.056.

Conforme dispõe o art. 13, § 4º, da Lei n. 5.474/68, o protesto da duplicata pode ser por falta de pagamento, aceite ou devolução do título, norma coincidente com a do art. 21, da Lei n. 9.492/97. Assim, o protesto cambiário das duplicatas presta-se à comprovação da falta de pagamento do título aceite; da falta de aceite e de pagamento do título não aceite; e ainda da falta de devolução do título remetido ao sacado e não pago, aceite ou restituído.

O protesto da duplicata, ou de qualquer outro título, é sempre facultativo ao seu portador, mas pode lhe ser necessário em quatro situações: se a duplicata não contém aceite, a fim de se suprir tal declaração cambial para execução do título, na forma do art. 15, II, da Lei n. 5.474/68; se o portador é endossatário, com a finalidade de assegurar seu direito de regresso contra o endossante, como determina o já citado art. 13, § 4º, da mesma Lei; se o portador deseja requerer a falência do sacado, aceitante ou não, ou impedir o pedido de concordata preventiva deste, conforme preceitua o Decreto-lei n. 7.661/45, em seus arts. 10, 1º, § 3º e 158, IV; e se o portador deseja constituir em mora do devedor, com fito de cobrar-lhe os encargos correspondentes.

Só o protesto para assegurar direito de regresso contra o endossante tem prazo de realização, devendo efetivar-se em trinta dias do vencimento da duplicata, na forma do citado art. 13, § 4º, da Lei de Duplicatas. Os protestos para suprimento de aceite, previsto no art. 15, inciso II; para pedido de falência, exigido pelo art. 10, do Decreto-lei n. 7.661/45; e para constituição do devedor em mora podem ser tirados a qualquer tempo, tendo como limite máximo de apresentação o último dia do prazo prescricional da ação de execução.⁶

Para a execução singular do aceitante ou de seus avalistas, não é necessário o protesto da duplicata aceita, a não ser com o fim de caracterizar a mora do devedor, fa-

zendo contra ele computarem-se os juros moratórios, na forma do art. 1º, § 3º, do Decreto n. 26.626/33 (Lei de Usura).⁷ A correção monetária, a despeito de haver ou não protesto, corre desde o vencimento do título, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.899/81, que instituiu a atualização monetária dos débitos judiciais.

O protesto destinado a comprovar a mora do devedor e o chamado protesto especial para a falência são sempre por falta de pagamento.⁸ Já aquele tirado para se assegurar o direito de regresso do portador contra os coobrigados será apenas por falta de aceite, quando o sacado recusá-lo, ou por falta de pagamento, quando o aceitante não pagar o título.

O protesto por falta de devolução, que pode ser realizado conjuntamente aos demais, somente se dá quando o título foi enviado ao sacado para aceite ou pagamento e não devolvido. Presta-se o protesto por falta de devolução a justificar a ausência do original da duplicata instruindo a ação de execução⁹ ou o pedido de falência, bem como para se pedir a apreensão do título retido, ou até a prisão do sacado, na forma do art. 885, do CPC. De outro lado, os efei-

7. Cunha Peixoto, C.F., ob. cit., p. 132.

8. A doutrina é enfática nesse ponto, como se vê das palavras de Fran Martins, quando assinala que "só o protesto por falta ou recusa de pagamento pode ensejar o pedido de falência do devedor comerciante; o por falta ou recusa de aceite não facultará o pedido de falência, pois, na hipótese o sacado não assumiu nenhuma obrigação no título". *Títulos de Crédito*, v. I, 6ª ed., Forense, 1989, p. 289.

9. Nesse sentido, recente decisão do STJ: "Em tese, a falta dos originais das duplicatas nos autos da execução não constitui vício passível de impugnação via exceção de pré-executividade, tendo em vista que os mesmos podem ser dispensados na hipótese de retenção dos títulos, atendidos os demais requisitos previstos em lei". REsp 40.078-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 6.3.98. E também, julgado do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: "Duplicata - Protesto por indicação Desnecessidade da juntada do título original - Execução fundada no próprio instrumento de protesto. Duplicata - Prova da efetiva prestação de serviços e do vínculo contratual - Impossibilidade de apresen-

6. Santos, Cláudio, ob. cit., p. 19.

tos cambiários desse protesto são idênticos àqueles por falta de aceite.¹⁰

Embora o protesto possa ser tirado por falta de pagamento, aceite ou devolução que, como visto, são fundamentos distintos, com motivos e finalidades diferentes, alguns cartórios adotavam a praxe, tecnicamente incorreta, de efetivar o protesto sempre pelos três motivos ao mesmo tempo: pagamento, aceite e devolução, que já vêm inclusive impressos nas certidões emitidas. Esse procedimento, a princípio, simplifica as providências do credor leigo, que já obtém de uma vez todos os efeitos que poderia pretender com o protesto. Porém, cria outros problemas muito graves, em face da inadequação jurídica de um protesto fundamentado nos três motivos possíveis, quando ele só pode destinar-se a comprovar a obrigação cambial efetivamente descumprida.

Tais problemas ocorrem, comumente, nos casos das chamadas duplicatas simuladas ou "frias".

E a questão ganha mais relevo porque o protesto assumiu no cenário dos negócios função de autêntico atestado de insolvência. Doutrina e jurisprudência reconhecem que a prática comercial deu ao protesto cambiário uma dimensão que não corresponde à sua correta aceção técnica e nem aos seus efeitos jurídicos. Isso decorre, a meu ver, de dois fatores.

O primeiro concerne à possibilidade legal e conhecida de que, tendo o devedor um título protestado, qualquer de seus outros credores possa, com base nesse protesto, pedir sua falência.¹¹ Contudo, trata-se de uma má interpretação da lei e da alu-

tação do título por ter o mesmo ficado retido com o executado – Desnecessidade de extração de triplicata – Regularidade formal do título – Possibilidade de execução – Recurso não provido" (Ag. 740.306-3, Rel. Juiz Roberto Bedaque, *DJSP* 3.9.97, p. 81 e *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2ª quinz. fev./98, p. 79).

10. Santos, Cláudio, ob. cit., p. 19.

11. A propósito, veja-se Abrão, Nelson, "Protesto e Direito de Regresso", *RDM* 113, 1975, pp. 113-115 e Santos, Cláudio, ob. cit., p. 22.

dida prática dos cartórios. O protesto que autoriza o pedido de falência é apenas aquele por falta de pagamento, como já referido. Mas, como os cartórios, por vezes, tiram o protesto pelos três motivos, aquele que não se prestaria a tal fim, como o de uma duplicata simulada ou "fria", acaba ensejando a mencionada temeridade de seu registro.

O segundo fator de desvirtuamento do real efeito jurídico do protesto decorre do primeiro, vindo da própria incompreensão do sentido técnico do protesto, que não é feito contra ninguém, sendo apenas um registro público sobre o título. O protesto não significa necessariamente desabono creditício do obrigado principal da duplicata, contra o qual, se não aceite o título e não provada a entrega da mercadoria, nada se pode fazer.

João Eunápio Borges, há muitos anos, já advertia que "o protesto não é feito contra ninguém e destina-se apenas, como prova legal insubstituível, a documentar a falta de aceite ou de pagamento. Tanto assim, que o sacado — a quem a intimação é feita — não é um devedor cambial e, como sacado, nunca poderá ser responsabilizado pelo pagamento da letra que não aceitou, da qual não é signatário".¹²

E, em matéria de duplicatas mercantis e de prestação de serviços, as conseqüências da utilização inadequada do protesto cambiário se fazem sentir de forma especialmente intensa, como se passa a verificar.

3. O PROTESTO CAMBIÁRIO E A DUPLICATA SIMULADA OU "FRIA"

Um expediente comum que se desenvolve em tempos de recessão econômica é a emissão das chamadas duplicatas simula-

12. Borges, João Eunápio, *Títulos de Crédito*, 2ª ed., 5ª tir., Forense, 1975, p. 111. No mesmo sentido, Requião, Rubens, *Curso de Direito Falimentar*, v. I, 14ª ed., Saraiva, 1991, p. 101.

das, vulgarmente conhecidas como “frias”, que são títulos não correspondentes a verdadeiras faturas de compra e venda ou prestação de serviços.

Os empresários lançam mão desse procedimento porque, emitindo tais duplicatas, podem negociá-las por via de endosso traslativo com bancos ou empresas de *factoring*, obtendo recursos imediatos, através das chamadas operações de desconto.

Esses títulos simulados são, por vezes, emitidos com base na perspectiva de negócios futuros ou em andamento, que os vendedores têm expectativa de ultimar com potenciais clientes. Assim, é comum que estes confirmem verbalmente aos gerentes de bancos ou *factorings* a existência do relacionamento comercial, sem, contudo, aceitarem as duplicatas descontadas. Outras vezes, os títulos são simulados mesmo, inexistindo qualquer relação negocial entre sacador e sacado.

Os empresários sacam tais duplicatas na esperança de que, quando chegar seu vencimento, já disporão de recursos para resgatá-las junto aos bancos ou *factorings*. Quando assim sucede, nenhum problema há. A discussão só surge quando o título não é saldado no vencimento e o credor/endossatário precisa tomar suas providências legais.

Vejamos, então, alguns dos problemas que ocorrem nesse contexto e sua possível solução jurídica.

De acordo com o art. 13, § 4º, da Lei de Duplicatas, o portador que não tirar o protesto do título em até trinta dias do seu vencimento perderá direito de regresso contra os endossantes e respectivos avalistas.

Com isso, a primeira providência que o credor, banco ou *factoring*, tem a tomar após o vencimento do título é protestá-lo para poder exercer seu direito de regresso contra o sacador/endossante.

A teor dos arts. 14 e 21, § 4º, inc. VII, da Lei n. 9.492/97, que atualmente disciplina o protesto cambiário, quem deve ser intimado do protesto, e, portanto, ficar com o

nome registrado no respectivo instrumento, é o devedor do título, no caso da duplicata, o aceitante ou, inexistindo aceite, o sacado.

Ocorre que, sendo a duplicata simulada, esse sacado não tem nenhuma obrigação pelo título e será vitimado pelo registro do seu nome no protesto da cártula. Diante disso, é comum em tais casos o sacado sustar, por via judicial, a realização do protesto, movendo a seguir ação para declarar que nada deve ao sacador ou ao endossatário, impedindo-se definitivamente o protesto. O pedido contido nessa ação é, regra geral, pois a duplicata foi simulada.

Contudo, em não se efetivando o protesto da duplicata “fria”, como poderá o portador/endossatário exercer seu direito de regresso contra o sacador/endossante, à luz do citado art. 13, § 4º, da Lei n. 5.474/68?

Surge aí uma questão tormentosa, sobre a qual a jurisprudência apresenta incertezas.

Os tribunais, inclusive STF e STJ,¹³ nunca negaram o direito do portador/endossatário levar o título a protesto para exercício do regresso cambial, mesmo quando seja uma duplicata simulada. Por isso mesmo, a jurisprudência, tanto daqueles pretórios superiores,¹⁴ quanto das cortes estaduais, repele os pleitos indenizatórios de sacados contra os endossatários que levam duplicatas simuladas a protesto. Assentou-se o entendimento de que “não se pode responsabilizar por perdas e danos o endossatário que leva duplicata a protesto, pois tal ato é necessário para a preservação do direito de regresso contra o sacador/endossante, afastando-se, com isso, qualquer caráter abusivo de conduta”.¹⁵

13. STF, REExt 97.571-3-RJ, Rel. Min. Neri da Silveira, citado em acórdão do 1º TACSP, RT 737, 1997, p. 281, e STJ, REsp 43.849-7-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 9.5.94.

14. STJ, REsp 5.337-RJ, Rel. Min. Athos Carneiro, Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 21, 1991, p. 329.

15. 1º TACSP, AC 675.631-8, Rel. Juiz Álvaro Lobo, RT 737, 1997, p. 281.

Entretanto, persiste o problema do sacado vitimado com o protesto da duplicata simulada, pois, a despeito desse protesto não modificar sua situação jurídica, são graves as repercussões na esfera comercial. Os tribunais partiram então para a busca de uma solução para o conflito de interesses entre portador/endossatário e sacado prejudicado, quanto ao protesto da duplicata "fria".

Em acórdãos mais antigos, o STJ reconheceu ser o protesto realmente necessário ao portador/endossatário, face ao art. 13, § 4º, da Lei de Duplicatas, mas ressaltou que "embora legítimo o protesto, poderá a pessoa a quem o ato cartorial haja prejudicado em seu crédito mercantil e em sua reputação, requerer o respectivo cancelamento, após haver o requerente do protesto dele extraído as conseqüências em lei previstas". Esse julgado contém ainda a assertiva de que "a perpetuidade não é inerente ao protesto".¹⁶

Referida solução judicial, além de não ser técnica, permite que a indefinição persista. Afinal, por quanto tempo ficaria pendente esse protesto? Até o final da execução movida pelo endossatário? Até seu ajuizamento? E como ficaria a situação do sacado nesse entrecho?

Note-se, inclusive que, atualmente, a teor do art. 30, da Lei n. 9.492/97, é vedada ao tabelião a exclusão ou omissão, em suas certidões, de nomes e de protestos, ainda que provisória ou parcial.

No próprio STJ, vieram depois julgados em sentido um pouco diverso, entendendo que o protesto poderia ser impedido judicialmente, mas seus efeitos permaneceriam apenas em relação ao endossante, para ressalva do direito de regresso do credor. Admitiu-se então uma "permissão do protesto apenas concernentemente ao endossante". Entendeu aquela Corte que, "em princípio, cuidando-se de protesto necessário

16. STJ, REsp 17.227-0-ES, Rel. Min. Athos Carneiro, DJU 30.8.93.

ao ajuizamento de ação regressiva, Lei n. 5.474/68, art. 13, § 4º —, estaria o portador da cambial no exercício regular de um direito. Mas como o protesto visa a comprovar a negativa do aceite, tal negativa já exsurge evidente da propositura da ação de sustação do protesto. Tal ação poderá, pois, em princípio, ser julgada procedente, embora com a expressa ressalva do eventual direito de regresso em caso de endosso por desconto bancário".¹⁷

Nessa linha, surgiram várias decisões daquela Corte superior, assentando o entendimento de que "declarada nula duplicata sem lastro, com sustação definitiva do pretense protesto da mesma, faz-se necessário constar ressalva à endossatária da possibilidade de exercer seu direito de regresso contra endossantes e avalistas, uma vez que imprescindível o protesto para tal mister".¹⁸

Semelhante orientação também teve o 1º TACSP, decidindo ser cabível na ação contra o endossatário apresentante de boa-fé, a sustação definitiva do protesto, com "ressalva do protesto necessário promovido pelo endossatário, para assegurar-se do direito de regresso".¹⁹

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira expressou bem tal entendimento em voto proferido no STJ, no qual diz que "considerando a obrigatoriedade do protesto pelo endossatário para o exercício de seu direito de regresso contra endossante e avalistas, a solução dada pela jurisprudência está em fazer constar expressa ressalva com o escopo de possibilitar o regresso,

17. STJ, REsp 12395-0-SP, DJU 2.8.93, no mesmo sentido dessa ressalva, RTJ 24/478.

18. STJ, REsp 38.517-MG, DJU 10.6.96, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Do mesmo relator nesse sentido, REsp 20.148-MG, RSTJ 45/309 e 43.489-RS, DJU 9.5.94. Relatados pelos Ministros Eduardo Ribeiro e Costa Leite, respectivamente, REsp 2.166-RS, DJU 25.6.90 e 63.212-9-MG, DJU 2.10.95.

19. 1º TACSP, AC 558.567-7, Rel. Juiz Campos Mello, DJSP 11.10.95, e Repertório IOB de Jurisprudência, 1º quinz. nov./95, Código 3/11.383.

mesmo ante a efetivação do cancelamento do protesto”.²⁰

Essa solução, todavia, também não me parece a mais acertada juridicamente, porquanto nunca existiram, e agora o art. 30, da Lei n. 9.492/97, deixou bem claro, protesto cambiário parcial, ressalva em protesto sustado, ou protesto apenas contra o endossante.

Surgiu ainda outra linha de entendimento sobre o tema, aplicável ao protesto das duplicatas simuladas ou já pagas, dispensando sua exigência, a despeito da norma expressa do art. 13, § 4º da Lei de Duplicatas. Em acórdão de 1995, a 4ª Turma do STJ decidiu que “o sacado que não aceita duplicata já paga tem o direito de ver reconhecida em juízo a inexigibilidade do título, mesmo com endosso pleno em favor de estabelecimento bancário. Em relação ao banco, é ressalvado o direito de regresso contra o endossante, independentemente de protesto”.²¹

A posição desse julgado, relativo a duplicata já paga mas aplicável ao título simulado, pois em ambos inexistem o aceite ou o débito do sacado, segue um raciocínio coerente, de que o ato inequívoco do sacado, buscando a sustação ou a anulação judicial do protesto, evidencia sua recusa no cumprimento da obrigação que lhe é atribuída no título, suprindo os efeitos que fazem o protesto necessário ao portador/endossatário.

E a tendência foi seguida em acórdãos posteriores e recentes, como um relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter, julgando que “o protesto constitui peça dispensável em casos de duplicatas emitidas sem causa, ressalvado, expressamente, o direito de regresso do endossatário”.²² No corpo desse aresto são indicados outros precedentes daquela Corte na linha de que “a jurisprudência do STJ acolhe o entendimento no senti-

do de que a duplicata sem aceite, posto que esvaziada de seu conteúdo causal, uma vez endossada, o endossatário, mesmo sem protesto, poderá exercer o direito de regresso”.²³

Nesse sentido, vale menção ainda a julgado do TARS, que concluiu ser “razoável e criativa a sentença que, comprovada a não-perfectibilização da compra e venda, reconhece a nulidade da duplicata em relação à sacada, admitindo, na decisão, independentemente da realização do protesto, o direito regressivo dos endossatários do título. Protesto obrigatório que se mostra, assim, inócuo e desnecessário” (TARS, AC 197.054.521, Rel. Juiz Ricardo Raupp Ruschel, *RJTARS* 104/370, dez. 97).

Paralelamente, algumas Cortes estaduais, como o TAMG, têm acórdãos na mesma linha, mas quanto ao suprimento do protesto pela recusa do sacado, ao aceite e pagamento, manifestada pelo seu ingresso em juízo. Em caso de título não simulado, sem aceite, acompanhado de prova da entrega da mercadoria, julgou-se que “a duplicata não aceita, acompanhada de documentos comprobatórios da entrega e recebimento da mercadoria e do encaminhamento do título a protesto, não tirado em virtude de liminar em ação cautelar de sustação ajuizada pelo devedor, é título hábil ao processo de execução, consoante o art. 15, II, *a, b e c*, da Lei 5.474/68”.²⁴

Dito raciocínio coaduna-se com a conclusão, já há muito prevalecente na jurisprudência, de que o ajuizamento da ação de anulação do título não impede sua execução. Este entendimento, a propósito, construído para a celeridade da justiça e contra os expedientes de devedores inescrupulosos, acabou convertido em norma legal, presente no art. 585, § 1º, do CPC, com a redação que recebeu após a reforma de 1994.

Entretanto, nenhuma dessas posições resolve técnica e juridicamente o proble-

20. STJ, REsp 38.517-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 10.6.96.

21. STJ, REsp 55.072-6-MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 12.6.95.

22. STJ, AgReg 131.963-PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJU* 3.11.97.

23. STJ, REsp 57.249-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJU* 22.5.95.

24. TAMG, AC 216.968-8, Rel. Juiz Ximenes Carneiro, *DJMG* 17.9.96.

ma do protesto da duplicata simulada para efeito de se assegurar o direito de regresso do endossatário de boa-fé, na forma do art. 13, § 4º, da Lei n. 5.474/68. Afinal, a necessidade de o portador/endossatário tirar o protesto do título para assegurar sua ação contra os coobrigados de regresso é um princípio cambial secular, que, no Brasil, já vem desde o Decreto n. 2.044, de 1908 (art. 32), passando pela Lei Uniforme de Genebra (art. 40), e presente na Lei n. 5.474/68 (art. 13, § 4º). O protesto destina-se a comprovar formalmente perante os coobrigados na cártula a recusa de aceite ou de pagamento pelo sacado, assegurando ao portador a cobrança regressiva.

Por outro lado, quando o devedor obtém a sustação judicial do protesto, o correto é que nenhum de seus efeitos se produza. A ordem liminar é de sustação do ato formal, sem qualquer ressalva. Assim, não me parece acertado o entendimento da jurisprudência de que se têm por supridos os efeitos do protesto judicialmente sustado pelo sacado da duplicata simulada.

A meu ver, o problema decorre de um equívoco jurídico na interpretação das modalidades do protesto e de seus efeitos. O protesto para se assegurar ao endossatário o exercício do direito de regresso não tem que ser necessariamente por falta de pagamento, podendo sê-lo apenas pela ausência do aceite. E, no caso da duplicata simulada, antes de inexistir pagamento, não há aceite.

Pedro Vieira Mota, examinando a questão há algum tempo atrás, anotava que “muitas vezes será vantajoso protestar o título contra a vítima da fraude, que não assinou o título, ou contra o incapaz, que o assinou ilegalmente. Isso acontecerá quando essa vítima ou esse incapaz figurarem no título como devedor principal, e o possuidor do título precisar protestá-lo para ressalva de direito regressivo. Tal protesto será regular? Sim, e poderá ser tirado por falta de aceite, pois servirá para resguardar direito de regresso, uma das finalidades do protesto. Seria porém irregular, e deveria

sustar-se se fosse por falta de pagamento, pois viria compelir a pagamento que não se obrigou, contrariando os fins do protesto”.²⁵

A solução pois, sob o aspecto jurídico, é simples e está na lei. O protesto da duplicata simulada, levado a efeito pelo portador/endossatário de boa-fé deve ser apenas por falta de aceite, e não de pagamento. E esse protesto por falta de aceite, que inclusive dispensa a posterior apresentação a pagamento e o próprio protesto por falta de pagamento,²⁶ não pode, juridicamente, causar nenhum efeito contra o sacado, pois não se presta a fundamentar pedido de sua falência e nem para se promover a execução do suposto crédito.

Isso porque, se o aceite foi justificadamente recusado, com base em um dos motivos do art. 8º da Lei de Duplicatas, ele é insuprível e, mesmo protestado o título, nada se pode fazer contra o sacado. Como ensinava João Eunápio Borges, “se a mercadoria não foi recebida, ou não é a mesma que foi adquirida, ou se o valor da duplicata não corresponde ao que foi pactuado, em tais casos, o comprador pode recusar tranquilamente o seu aceite. A lei o ampara, e o aceite recusado por um dos motivos do art. 8º é, para todos os efeitos, insuprível. Protestada ou não a duplicata, nenhuma obrigação resultará para o comprador”.²⁷

O problema, pois, vem, entre outros fatores, da praxe inadequada de alguns cartórios de sempre fazerem o protesto das duplicatas pelos três motivos ao mesmo tempo: aceite, devolução e pagamento.

Essa questão foi muito bem analisada e resolvida em acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, relatado pelo Juiz Wander Marotta, no qual asseverou-se “revelar-se abusivo o protesto por falta de pagamento contra o sacado que não

25. Mota, Pedro Vieira, *Sustação do Protesto Cambial*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, p. 43.

26. Santos, Cláudio, ob. cit., p. 20, citando Cláudio Martins.

27. Borges, João Eunápio, ob. cit., p. 217.

assinou a duplicata, sendo regular apenas o protesto por falta de aceite, a fim de resguardar o direito de regresso do endossatário”.²⁸ Em seu voto, o Relator observa que “seria o protesto, em princípio, exercício regular de direito, a fim de resguardar o direito de regresso do endossatário frente ao endossante. Mas não qualquer protesto, e sim o protesto por falta de aceite”.

O próprio STJ tem precedente nesse sentido, em julgado no qual se concluiu que “o protesto por falta de aceite é ato lícito, praticado no exercício regular de um direito, e não pode dar causa à obrigação de indenizar”.²⁹

Pontes de Miranda, analisando o problema do exercício do direito de regresso na duplicata descontada, cita antigo acórdão da 1ª Turma do STF, que elucida bem a questão. Segundo nossa Corte maior, como “título formal, a duplicata só pode dar lugar à cobrança executiva quando integrada em seus elementos constitutivos. E, sendo-lhe aplicáveis as regras regulamentares da cambial, é bem de ver que a ação cambiária somente poderá surgir da assinatura, aposta pelo obrigado. Isto, entretanto, não impede que, antes do implemento da formalidade do aceite, possa o título girar pelo endosso. Tocará, então, ao endossatário providenciar sobre a integração. E foi o que, na espécie, fez o banco portador, notificando o sacado para o aceite, sob pena de protesto, que, dada a recusa, foi levado a efeito. O ato é incensurável, e por isso mesmo não passível de originar reparação. Se o título, uma vez emitido, pode ser descontado, conquanto não completo com a assinatura do sacado-comprador, este o assinará, ou deixará de fazê-lo. Na primeira hipótese, fará brotar uma dívida líquida e certa, a merecer cobrança pelo executivo. Na segunda, dando as razões da recusa, por

certo que não se obrigará cambiariamente, mas dará oportunidade para o protesto por falta de aceite. E esse protesto está previsto em lei, quer como prova do não aceite, quer para o regresso contra o endossador. Descontado o título, o portador só poderá agir contra o endossante provando a recusa do aceite, recusa só a tornar-se certa com a prática da medida estabelecida em lei (art. 13 da Lei n. 2.044). Nem se diga que o sacado tinha motivo para não lançar o aceite. Esse motivo subsistirá com a declaração, mas não excluirá o protesto, que a lei garante ao portador”.³⁰

Portanto, tecnicamente falando, o correto procedimento do portador/endossatário da duplicata simulada que não foi paga no vencimento é proceder ao seu protesto exclusivamente por falta de aceite, para assegurar o direito de regresso contra o sacador/endossante, sem qualquer comprometimento jurídico para o sacado vitimado.

Note-se, contudo, que, a teor do art. 21, § 1º, da Lei n. 9.492/97, o protesto por falta de aceite somente poderá ser efetuado antes do vencimento da obrigação e após o decurso do prazo legal para o aceite ou a devolução. Assim, cabe ao portador/endossatário da duplicata “descontada” observar o disposto no art. 6º, § 2º, da Lei n. 5.474/68, e, em até dez dias do recebimento do título, remeter aviso de que a duplicata foi endossada e aguarda aceite. Se o sacado não vier aceitar o título nem informar as razões da sua recusa em dez dias do aviso, deverá o portador/endossatário tirar o protesto exclusivamente por falta de aceite para exercício do direito de regresso.

Assim sendo, cumpre ao endossatário diligenciar para só receber duplicatas endossadas sem aceite até no máximo vinte dias antes do seu vencimento, para que possa cumprir os prazos acima referidos.

Demonstra-se assim que, do ponto de vista estritamente técnico-jurídico, cabe ao

28. TAMG, AC 199.230-3, Rel. Juiz Wander Marotta, *DJMG* 8.2.96.

29. STJ, REsp 5.337-RJ, Rel. Min. Athos Carneiro, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, v. 21, 1991, p. 329.

30. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, v. XXXVI, Rio de Janeiro, Borsó, 1961, § 4.018, n. 3, pp. 60-61.

endossatário de boa-fé, portador de duplicata simulada, avisar ao sacado, na forma e prazos da Lei n. 5.474/68, para que aceite o título, e só então tirar seu protesto, antes do vencimento, exclusivamente por falta de aceite, habilitando-se a exercer seu regular direito de regresso contra o sacador/endossante que lhe transferiu a cártula. Tal protesto, como visto, é essencialmente legítimo para o portador exercer seu direito de regresso e não invade a esfera jurídica do sacado.

Apesar de ser esse o procedimento legal e correto para o protesto da duplicata simulada pelo endossatário de boa-fé, sem prejudicar direitos do sacado vitimado, bem se sabe do abalo que, no contexto atual, o protesto cambiário traz ao comerciante, seja qual for o seu motivo.

Como bem assinalou o Juiz Wander Marotta no acórdão do TAMG há pouco citado, “é correto que o protesto não cria direitos, mas a inocorrência de efeitos jurídicos não afasta as indesejáveis conseqüências práticas que o protesto origina, denegrindo o conceito do comerciante”. O Ex-Ministro Cláudio Santos, também observando o desvirtuamento do instituto, constatou que o protesto “passou a ser usado como cobrança, como ameaça de ruína ao comerciante, honesto ou desonesto, ou como estorvo ao cidadão na obtenção do crédito, através da distribuição de informações pelos serviços de proteção ao crédito”.³¹

Não vingaram as propostas, como de Nelson Abrão, para que o protesto fosse legalmente substituído como meio de prova do inadimplemento necessário ao exercício do direito de regresso.³²

Por causa disso, o problema do protesto da duplicata, simulada ou não, para exercício do direito de regresso do endossatário contra os coobrigados tem sido enfrentado pela jurisprudência, inclusive do

STJ, sob a ótica dos reflexos comerciais, e não jurídicos, desse ato.

Se a questão fosse analisada na perspectiva exclusivamente jurídica, reconhecer-se-ia ao portador/endossatário da duplicata simulada o direito de, antes do vencimento e depois de notificado o sacado, requerer o protesto do título apenas por falta de aceite, para o legítimo exercício do seu direito de regresso, e que, como visto, não gera conseqüência jurídica alguma para o sacado vitimado.³³

Nesse impasse entre efeitos jurídicos e comerciais do protesto cambiário, talvez a reflexão dos tribunais e doutrinadores sobre o assunto devesse buscar a própria conscientização dos empresários, que negam crédito pela simples existência do registro de protesto, sem indagar sobre os motivos daquele registro ou de suas conseqüências reais.

E, mais ainda, da atitude abusiva e inconseqüente dos órgãos de cadastro de crédito, que coletam e divulgam informações parciais a seus consulentes, deixando de noticiar adequadamente os registros apurados, diferenciando bem a motivação e as implicações jurídicas dos protestos que divulgam.

4. OS PROCEDIMENTOS DO SACADO

Analisando a questão pelo outro lado, há uma vítima inocente dos efeitos comerciais do protesto da duplicata simulada: o sacado, que necessita então resguardar seus direitos.

Intimado da iminente realização do protesto, o sacado da duplicata simulada

33. Mesmo sabendo-se que esse protesto exclusivamente por falta de aceite não gera qualquer conseqüência jurídica para o sacado, há decisões entendendo que ele é absolutamente descabido quando a duplicata é simulada, e condenando o portador a pagar perdas e danos. Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça da antiga Guanabara, na Apelação 10.397, Rel. Des. Osni Ferreira, *Revista Forense*, v. 204, p. 162.

31. Santos, Cláudio, ob. cit., p. 21.

32. Abrão, Nelson. *Protesto e...*, cit., pp. 113-115

pode tomar atitudes administrativas ou judiciais.

4.1 Procedimentos administrativos

De acordo com o disposto no art. 14, da Lei n. 5.474/68, o instrumento de protesto da duplicata conterà os requisitos enumerados no art. 29, do Decreto n. 2.044/08, hoje presentes no art. 22, da Lei n. 9.492/97, que agora disciplina o protesto cambiário no direito brasileiro. Entre esses requisitos está, no inciso IV do citado art. 22, a resposta dada pelo sacado quanto à intimação para pagar, aceitar ou devolver o título sob pena de protesto. E, de acordo com o art. 8º, da Lei n. 5.474/68, o sacado pode deixar de aceitar a duplicata por não recebimento das mercadorias ou dos serviços.

Dessa forma, inexistindo comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, pois a duplicata é simulada, nada impede que o sacado, intimado da iminente realização do protesto, simplesmente compareça ao cartório respectivo e justifique porque não aceita nem paga o título. Tal justificativa constará da certidão de protesto, a teor do art. 22, IV, da Lei n. 9.492/97, e o credor não poderá executar ou pedir a falência do sacado, mesmo que lavrado o protesto.

O mesmo se diga quando o título não for simulado, mas houver vícios ou diferenças quantitativas ou qualitativas na mercadoria. Para tal hipótese, contudo, o comprador tem que devolver a duplicata recebida para aceite e pagamento no prazo de dez dias de sua apresentação com a justificativa de porque não o aceitou, na forma do art. 7º, da Lei n. 5.484/68. No entanto, intimado do protesto, pode simplesmente responder ao tabelião porque não aceita nem paga o título, e o credor não poderá executá-lo ou pedir sua falência, tendo em vista a previsão do art. 15, II, c, da Lei de Duplicatas.

Destaquem-se ainda as hipóteses de erro de procedimento do portador quanto

ao protesto. São casos como o de protesto por falta de aceite de título já vencido, agora vedado pelo art. 21, § 1º, da Lei n. 9.492/97; título enviado pelo emitente para aceite mais de 30 (trinta) dias após a emissão, ou enviado pela instituição financeira mais de 10 (dez) dias após o recebimento da cédula, situações que violam o art. 6º, da Lei n. 5.474/68. Em tais hipóteses, o sacado pode legitimamente recusar a declaração cambial face ao erro procedimental do emitente ou do portador, prejudicial aos direitos do sacado.

Entretanto, como já exposto, os sacados das duplicatas simuladas, por razões comerciais e não jurídicas, preferem que o protesto não seja lavrado, ainda que o mesmo não tenha efeitos jurídicos contra o suposto devedor.

Teoricamente, os tabeliões de protesto poderiam deixar de lavrá-lo frente à justificativa apresentada pelo sacado para a recusa de aceite ou pagamento.³⁴ Entretanto, na prática isso não ocorre, pois os oficiais preferem não atrair para si a discussão relativa ao título, e só deixam de lavar o protesto mediante ordem judicial. Surge aí o conhecido problema da sustação judicial do protesto.

4.2 Procedimentos judiciais

Houve inicialmente na jurisprudência um entendimento de que a sustação judicial do protesto não seria juridicamente possível. Todavia, com o passar do tempo e o trabalho de juristas como Pedro Vieira Mota,³⁵ consolidou-se nos tribunais e na doutrina que o protesto cambiário pode ser sustado por ordem judicial.

Esse pleito de sustação do protesto é usualmente formulado por via de ação cautelar, aforada urgentemente quando o sacado recebe a intimação do cartório para pagar o título sob pena de protesto. A ordem

34. Martins, Fran, *Títulos...*, cit., p. 310.

35. Mota, Pedro Vieira, ob. cit.

judicial liminar tem que ser obtida e cumprida, por óbvio, no prazo legal de 3 dias úteis da protocolização do título no Cartório (art. 12 da Lei 9.492/97), antes que o protesto seja tirado. Como bem anota o Ministro Cláudio Santos, “a sustação, obviamente, deve ser pleiteada antes de efetivado o protesto, sob pena de quedar sem razão de ser”,³⁶ posto que, após lavrado o registro público nos assentamentos do tabelião, só poderá ser objeto de cancelamento ou anulação judicial.³⁷

Assim, se já registrado o protesto, des-cabe falar-se em sustação, mas sim em cancelamento ou anulação. E tal cancelamento não poderá se dar por medida acautelatória ou precária, face à natureza de registro público do protesto. Nessas hipóteses, a jurisprudência tem admitido que, “já efetuada a lavratura do ato, deve ser consignada restrição à publicidade frente a terceiros”.³⁸ Todavia, esse tipo de provimento cautelar encontra óbice, a meu ver, no art. 30, da vigente Lei n. 9.492/97, que veda aos oficiais de protestos a emissão de certidões que excluam ou omitam nomes e protestos, ainda que provisória ou parcialmente.

Para o deferimento da sustação, é comum a exigência pelo juízo de depósito em dinheiro. A tal propósito, na XI Reunião de Juízes de Varas Cíveis de São Paulo, aprovou-se a resolução de que “nas sustações de protesto, sugere-se cuidadoso exame do pedido, impondo-se, como regra, o depósito da quantia”. Mas a jurisprudência tem pendido para aceitar caução real ou fidejussória (art. 804 CPC) judicial, a fim de não prejudicar o sacado vítima da duplicata simulada e com eventual dificuldade de liquidez. A esse propósito, cumpre assinalar que caução é gênero do qual são espécies todas as formas de garantia, sejam reais, como a hipoteca, o penhor ou o depósito, ou fidejussórias, como a fiança ou o aval. Assim sendo, a caução de um

imóvel, por exemplo, tem que se traduzir, ainda que posteriormente, na outorga de uma hipoteca, a de um bem móvel na constituição de um penhor etc., sob pena de que não haja caução efetiva.

Isto feito, no prazo de trinta dias da efetivação da medida cautelar, terá que ser proposta a competente ação principal, sob pena de perda de eficácia da ordem judicial de sustação (arts. 806/808 CPC), com conseqüente lavratura do protesto.

Com o advento do instituto da tutela antecipada, previsto no art. 273, do CPC, parece-me que a sustação do protesto pode ser judicialmente deferida por antecipação de tutela. Com efeito, a sustação é um provimento que antecipa os efeitos do pleito principal de impedimento definitivo do protesto. Ao mesmo tempo, é um provimento tipicamente reversível. Assim, sempre que o julgador convencer-se da verossimilhança do direito invocado na ação e, trazendo o protesto, pelo menos no plano comercial, fundado receio de dano de difícil reparação, infere-se ser perfeitamente cabível a sustação de protesto por antecipação de tutela.

A tal respeito, oportuno citar algumas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, processualista paranaense que tem se destacado no estudo da antecipação de tutela. Anota ele que “a tutela de sustação de protesto, em caso de inexistência de relação jurídica, é tutela antecipatória preventiva. A tutela visa a impedir que seja praticado um ato enquanto pende a demanda que irá deixar clara a sua ilegitimidade. A tutela de sustação de protesto, no caso de demanda desconstitutiva, também é antecipatória, já que impede a prática de um ato que não poderia ser efetivado se já houvesse sido pronunciada a desconstituição”.³⁹

Vale destacar pelo efeito prático que, com a sustação do protesto por antecipa-

36. Santos, Cláudio, ob. cit., p. 20.

37. Lei n. 6.690/79, arts. 2º e 4º.

38. TARS, AGI n. 197076965.

39. Marinoni, Luiz Guilherme. “Tutela Antecipatória nas Ações Declaratória e Constitutiva”, *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, Curitiba, 1997, p. 80.

ção de tutela na ação em que se formula o pleito declaratório ou desconstitutivo da cobrança ilegítima, já fica previamente resolvida a questão da necessidade de propositura tempestiva (trinta dias) da ação principal, quando a sustação se dá por via de medida cautelar preparatória.

Sustado o protesto, por medida cautelar ou antecipação de tutela, ou mesmo ordenada a restrição de sua publicidade frente a terceiros (ao arripio do art. 30, da Lei n. 9.492/97), haverá um pleito principal aduzido em juízo. Mas que pleito será esse?

Sendo a cobrança da duplicata simulada promovida por um endossatário de boa-fé, como é comum, a ação a ser movida pelo sacado atenderá ao rito ordinário ou sumário, na Justiça Comum, ou no Juizado Especial, conforme o valor do título em questão, e terá por pedido, a declaração de inexistência de relação de débito/crédito entre o sacado e o sacador. Será, portanto, uma ação declaratória negativa.

É comum na prática forense denominar-se tal ação de “anulatória de título de crédito”, ou pior, formular-se pedido de anulação da duplicata simulada. Tal procedimento é duplamente equivocado, embora aceite pela jurisprudência.

Primeiramente, porque ação anulatória de título de crédito é um procedimento especial, previsto nos arts. 36 do Decreto n. 2.044/08 e 907 e seguintes do CPC, cabível nas hipóteses de desapossamento injusto, extravio ou destruição do título, e destinado à obtenção de sentença que o substitua. Essa ação, cuja legitimidade é do portador do título extraviado ou destruído nada tem a ver, portanto, com aquela a ser movida pelo sacado de uma duplicata simulada, que não se encontra extraviada ou destruída, e que não se quer ver substituída por sentença. Não se pode dar a um pleito judicial que nada tenha a ver com esse procedimento especial a sua denominação.

Em segundo lugar, e com maior relevância, o pedido judicial de anulação da

duplicata simulada endossada é totalmente incabível porque nela há uma relação cambiária autônoma, existente entre o sacador/endossante e o portador/endossatário. Tal relação é perfeita e nada tem a ver com a eventual inexistência de causa para o título. Como bem anotava Tullio Ascarelli, a entrega da mercadoria é condição de regularidade da emissão da duplicata, mas não de sua validade.⁴⁰

Interessante esclarecimento sobre tal problema é encontrado em julgado do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, quando o Juiz Garcia Leão anotou em seu voto que “não é cabível, no caso (da duplicata simulada), a ação de anulação do título, porque está revestido das formalidades legais necessárias à sua criação, não sendo, por isso, passível de anulação, pois não encerra defeito de forma. A alegação de que não existe base para a sua emissão é outro problema, que encontra solução por meio da ação de inexistência de débito ou outra com o mesmo objetivo, mas não embasa pedido anulatório, pois isso tem a ver apenas com defeitos formais, no caso inexistentes”.⁴¹

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também se encontram precedentes esclarecedores a esse respeito, em julgados nos quais entendeu-se que, “não havendo satisfatória comprovação da realização do negócio mercantil subjacente,

40. Nesse sentido, rejeitando o pleito de nulidade da duplicata simulada quando existe endossatário de boa-fé, 1º TACSP, AC 326.686, Rel. Juiz Reis Kuntz, 27.6.84, onde se concluiu: “O apelante, endossatário que é, se constituiu num credor caucionário e terceiro de boa-fé, porquanto não lhe era obrigado a exigir da endossante prova do negócio subjacente ou o aceite da sacada”. Pacheco, José Ernani de Carvalho, ob. cit., p. 112. Também na mesma linha o já citado acórdão do TAMG na AC 199.230-3, Rel. Juiz Wander Marotta, *DJMG* 8.2.96, em que se concluiu: “É válida a duplicata emitida sem a efetiva entrega da mercadoria, inexistindo, todavia, obrigação do sacado que não aceitou a cártula, podendo o endossatário exercer seus direitos somente contra quem se vinculou cambialmente”.

41. TAMG, AC 104.237-5, 3.12.90, Rel. Juiz Garcia Leão, vencido.

impede declarar-se a inexigibilidade das duplicatas em relação ao sacado, embora válidos seus efeitos no que tange ao exercício do direito de regresso pelo banco endossatário contra o sacador endossante".⁴²

Diferente, contudo, é a situação quando o título ainda não circulou, isto é, se inexistiu endosso e, por consequência, relação cambiária autônoma. Aqui seria possível tanto o pedido declaratório de inexistência de débito do sacado perante o sacador, quanto o pedido desconstitutivo de anulação do título. Nessa situação admite-se o pleito anulatório porque ele não afeta outras relações cambiárias autônomas, de vez que o título não circulou. Mas anulação do título é apenas o pedido e não a denominação da ação, sob pena de que se confunda o pleito com o citado procedimento especial dos arts. 36 do Decreto n. 2.044/08 e 907 e seguintes do CPC, que, como visto, nada têm a ver com duplicata simulada.

5. A LEGITIMAÇÃO PASSIVA NO PROCEDIMENTO JUDICIAL DO SACADO

Ao propor ação judicial contra a cobrança indevida da duplicata simulada, o sacado depara-se com outra questão tormentosa: contra quem o pleito é dirigido. Isto é, devem figurar no pólo passivo tanto o sacador/endossante quanto o endossatário que levou o título a protesto, ou apenas o primeiro.

O problema tem grande relevo prático, porque comumente as duplicatas simuladas são cobradas pelos bancos ou empresas de *factoring*, que as recebem por endosso nas operações creditícias realizadas com os sacadores e, diante da recusa do sacado ao pagamento, levam o título a protesto para o exercício do direito de regresso (art. 13, § 4º, da Lei n. 5.474/68).

42. REsp 20.148-MG (RSTJ 43/309) e 43.489-RS (DJU 9.5.94), Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Nesse contexto, é comum que os sacados direcionem seus pleitos judiciais de sustação do protesto e declaração negativa de débito (ou da malsinada "anulação" do título) contra sacador/endossante e o endossatário.

O endossatário, presumivelmente de boa-fé, busca então sua exclusão da lide, pois apenas leva o título a protesto para exercer seu legítimo direito de regresso contra o sacador/endossante. Surge então boa e conhecida controvérsia na jurisprudência.

A questão tem que ser resolvida a partir da modalidade do endosso pelo qual a duplicata simulada foi transferida ao portador que a levou a protesto. A vigente Lei de Duplicatas não contém dispositivo sobre o endosso, limitando-se a admiti-lo quando prevê, em seu art. 2º, que o título deve conter a cláusula à ordem. À luz do seu art. 25, aplicam-se às duplicatas os dispositivos da Lei Uniforme de Genebra concernentes à circulação dos títulos, pelo que a disciplina do endosso das duplicatas é a mesma das letras de câmbio.

Segundo bem esclarece Fran Martins,⁴³ a Lei Uniforme de Genebra (arts. 15, 18 e 19) venceu o princípio vigente no Decreto n. 2.044/08 (arts. 8º e 43), de que o endosso cambial sempre transfere a propriedade do título e dos direitos nele incorporados, obrigando o endossante pelo aceite e pagamento da cártula.

Com efeito, admite-se no regime da LUG que o endosso possa ser dado sem garantia de aceite e pagamento (art. 15), que seja um endosso-mandato, aposto apenas para que o endossatário cobre, em nome do endossante, os direitos emergentes da letra (art. 18), ou ainda um endosso-caução, pelo qual o título é transferido em garantia do pagamento de outra obrigação (art. 19).

Disso infere-se que o endosso de uma duplicata, simulada ou não, pode ser pleno, sem garantia, por mandato ou em cau-

43. Martins, Fran, *Títulos...*, cit., p. 161.

ção. E, a eventual inclusão do endossatário no pólo passivo da ação a ser movida pelo sacado do título vai depender da modalidade desse endosso. Vejamos cada uma delas.

5.1 Endosso pleno ou traslativo

Se o endosso for pleno, ou seja, se transferir a propriedade e os direitos emergentes da duplicata simulada, com responsabilidade do endossante por seu aceite e pagamento, como ocorre no desconto bancário, fica evidente que ambos, endossatário e endossante, deverão figurar no pólo passivo das ações judiciais destinadas à sustação do protesto e à declaração de inexistência de débito do sacado. Até porque o endossatário de boa-fé deverá defender a necessidade do protesto do título para o exercício do direito de regresso e o descaimento de sua anulação (se for requerida), em face da existência da relação cambiária autônoma entre ele e o sacador/endossante.

Nesse sentido, a jurisprudência admite a presença do endossatário no pólo passivo da relação processual, como se vê de recente julgado do STJ, concluindo que “o banco endossatário – que recebeu por endosso traslativo duplicata sem causa, correndo os riscos do negócio, e a leva a protesto, que vem a ser sustado em juízo, em ações promovidas pela sacada contra o endossante e o endossatário, — responde pelos ônus da sucumbência juntamente com o endossante”.⁴⁴

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais também decidiu ser “a empresa de ‘factoring’ parte legítima passiva na ação anulatória de duplicata, em face de seu interesse jurídico na solução da causa, porquanto, na qualidade de endossatária do título, sub-rogar-se nos direitos do credor, não

podendo ser excluída da lide, sob pena de cerceamento de defesa”.⁴⁵

Não obstante, há entendimento contrário no próprio STJ, onde já se julgou que, “não sendo oponíveis exceções de direito pessoal, existentes entre credor e devedor, à endossatária de boa-fé, instituição financeira que descontou o título, injustificável tê-la como parte no processo”.⁴⁶

A meu ver, este último julgado não espelha a exegese mais acertada do tema pois, como dito, o endossatário pleno tem interesse e obrigações legítimas na defesa da necessidade do protesto da duplicata (por falta de aceite), para exercício do direito de regresso, e na proteção à validade do título para preservação de sua relação cambial autônoma com o sacador endossante.

5.2 Endosso sem garantia

Como se sabe, a LUG, em seu art. 15, admite seja o título de crédito transferido por endosso sem que o endossante se responsabilize por seu aceite e pagamento. E tal disciplina aplica-se às duplicatas, em face do disposto no art. 25, da Lei n. 5.474/68.

O endosso sem garantia, aliás, deveria ser a única forma de se transferir títulos às empresas de *factoring*. Com efeito, não sendo elas instituições financeiras, não podem realizar operações de crédito, “descontando” títulos por endosso pleno e assegurando seu regresso contra o endossante, mas apenas efetuar operações de risco, “comprando” títulos, que lhe são transferidos por endosso sem garantia.⁴⁷

45. TAMG, AC 184.831-7, Rel. Juiz Cruz Quintão, *DJMG*, 11.8.95, p. 15, e *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2ª quin. set./95, p. 283.

46. STJ, REsp 38.517-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 10.6.96.

47. Lei n. 4.595/64, art. 17, que define as instituições financeiras e suas atividades. Veja-se a respeito, Carmo, Eduardo de Sousa, “Endosso sem Garantia e Factoring”, *RDM* 71, p. 55. Na jurisprudência

44. STJ, REsp 123.073-GO, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 1, 27.10.97, p. 54.811 e *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, 1ª quin. dez./97, p. 463.

Aqui, podem ocorrer duas situações. A do endossante da duplicata que é também seu sacador e a do endossante que recebeu o título por endosso do sacador, transferindo-o depois ao endossatário.

Na primeira hipótese, a despeito do endosso ser sem garantia, o endossante tem a sua responsabilidade cambial como sacador. Assim, terá que figurar no pólo passivo da ação judicial de sustação do protesto e declaração da inexistência do débito. Já na segunda situação, sendo o endosso sem garantia e não estando o endossante obrigado por qualquer outra declaração cambial (como o saque), ele não responde pelo aceite nem pelo pagamento. Dessa forma, a ação judicial deverá ser endereçada somente contra o endossatário apresentante do título.

Vale lembrar aqui preciosa conclusão do Prof. Eduardo de Sousa Carmo sobre essas duas possíveis situações no endosso sem garantia: “É preciso dizer, de modo claro e inequívoco que, se o faturizado (endossante) negociar com a sociedade de fomento comercial tão apenas como endossante de título de crédito, a este ele não se vinculará. Mas, se se obrigar no documento, representando tantas ou quantas figuras cambiais, responderá pelas suas outras assinaturas”. Esclarece ainda o saudoso professor mineiro que “o portador poderá exercer o direito de cobrança do valor consignado no documento de todos os demais coobrigados cambiais, solidariamente, inclusive da pessoa física ou jurídica, que endossou o título, sem garantia, desde que tenha ela também firmado o documento co-

dência, o entendimento é pacífico, como se vê de acórdão do TJRS: “O contrato de faturização caracteriza-se pelo risco que corre o faturizador com a aquisição dos créditos do faturizado. Risco porque a falta de pagamento, pelo devedor do título, não acarreta o direito de regresso contra o faturizado”. AC. 596146035, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, v. 185, 1997, p. 285. No mesmo sentido, as lições de Arnaldo Rizzardo e Caio Mário da Silva Pereira, citadas no referido acórdão.

mo sacadora, avalista do sacador, aceitante ou avalista do aceitante”.⁴⁸

Assim, o endossante da duplicata figurará ou não no pólo passivo da ação judicial movida pelo sacado, conforme seja ou não, simultaneamente, sacador do título, ou tenha nele assumido outra obrigação cambial além do endosso.

Mas, em qualquer caso, o pleito judicial será de declaração da inexistência do débito do sacado e nunca de anulação da duplicata, pois, como visto, haverá necessariamente no endosso sem garantia relações cambiárias autônomas entre o endossatário e o sacador ou outros coobrigados cambiais, o que impede a desconstituição da cártula.

5.3 Endosso-mandato

De acordo com o art. 18 da LUG, aplicável às duplicatas pelo art. 27 de sua Lei, o título pode ser transferido ao endossatário apenas para que este realize a cobrança do mesmo, bastando, para tanto, que o endosso contenha a menção “valor a cobrar”, “para cobrança”, ou qualquer outra que evidencie o mandato.

Nessa hipótese, o endossatário portador do título não exerce direito próprio, mas sim do endossante que lhe transferiu a duplicata para simples recebimento. É uma prática comum nos serviços de cobrança bancária, em que o sacador/endossante não desconta o título junto ao banco, mas apenas contrata sua prestação de serviços para cobrança. A tal propósito, já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal que “o estabelecimento bancário que recebeu o título apenas para cobrança não é credor, mas mero procurador, sendo válido o pagamento efetuado diretamente ao endossante, verdadeiro titular do crédito”.⁴⁹

48. Carmo, Eduardo de Sousa, ob. cit., p. 60.

49. TJDF, AC 42.896/96, Rel. Des. Maria Beatriz Parrilha, *DJU* 3, 29.10.97 e *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2ª quin. nov.197, p. 445.

Com isso, fica evidente que a eventual ação judicial do sacado vitimado com a cobrança indevida de duplicata simulada não poderá dirigir-se contra o endossatário/mandatário. Como prevê o próprio art. 18 da LUG, só se pode invocar contra o portador as exceções oponíveis ao endossante. O endossatário/mandatário não adquire a propriedade da letra e não é titular dos direitos dela emergentes, pelo que não pode ser réu nos pleitos judiciais formulados pelo sacado.

Em face dessa realidade legal e conceitual, a jurisprudência do STJ revela-se bem definida no sentido de que “a segunda parte do art. 18 da Lei Uniforme, que confere aos coobrigados o direito de opor ao endossatário-mandatário apenas as exceções oponíveis ao endossante-mandante, não confere legitimação passiva àquele para responder em juízo perante o coobrigado, mas tão-somente assegura ao devedor o direito de defesa plena caso seja acionado pelo endossatário-mandatário em nome do endossante-mandante.”

Por isso mesmo, em outros julgados daquela Corte tem-se como consolidado “o entendimento de que o endosso-mandato, não transferindo a propriedade do título, desqualifica o endossatário-mandatário como parte passiva em ação cautelar para sustação do protesto de título de crédito”.⁵⁰

Todavia, há que se atentar para a forma pela qual o mandato efetivou-se. Com efeito, é comum que a contratação dos serviços de cobrança bancária seja feita por instrumento à parte, em que se pactua a entrega de títulos para simples cobrança, sem que conste da cártula a natureza do endosso. Tal estipulação, por óbvio, só tem validade *inter-partes*. Para que o sacado não se submeta a ela, é imperativo que conste do título em questão a referência expres-

sa à transferência “para cobrança”. Rubens Requião adverte para a importância de que conste do endosso-mandato a cláusula esclarecedora de sua natureza — “para cobrança”, “valor em cobrança” ou “por procuração”.⁵¹ Isso porque, se assim não o for, o endosso é pleno perante o sacado que não tinha como saber de sua natureza, tendo, portanto, legítimo direito — e até necessidade — de acionar o portador/endossatário, que não poderá, nessa hipótese, ser excluído da lide ao argumento de ser mero mandatário do emitente/endossante.

Por tal razão, não fazem a melhor exegese do tema julgados em que se aceita como válido frente ao sacado, para efeito de exclusão do portador/endossatário-mandatário da lide, o mandato constituído em instrumento à parte da cártula. Foi o que ocorreu em decisão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, relatada pelo Juiz Herondes Andrade, quando se concluiu que “sendo, sem dúvida nenhuma, aconselhável, não é, contudo, obrigatória aquela cláusula expressando a finalidade do endosso (procuração, caução, fiduciário) no próprio título, podendo constar de documento à parte e, até mesmo, no caso do endosso-mandato, ser inferida do procedimento do endossatário, que, ao cobrá-lo, demonstre agir como seu proprietário ou como mero intermediário”.⁵²

5.4 Endosso-caução

Cumpra examinar ainda a hipótese do endosso-caução, sobre o qual se verificam algumas controvérsias conceituais nos julgados.

51. Requião, Rubens, ob. cit., p. 342.

52. TAMG, AC 177.768-8, Rel. Juiz Herondes de Andrade, *DJMG*, 2.8.94. Na mesma linha de entendimento, acórdão do 1º TACSP, julgando que “o endosso, ainda que não contenha as expressões ‘para cobrança’ e ‘por procuração’, estando inserida determinação de seu pagar ao endossatário ou à sua ordem, pode ser considerado com a única finalidade de cobrança, sem que se configure como ato traslativo da propriedade do título”, *RT* 658, p. 117.

50. STJ, REsp 73.473-GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* 9.6.97, e *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1º quin. jul./97, p. 248, e ainda REsp 52.937-GO, *DJU* 3.2.97.

Ao tempo do Decreto n. 2.044/08, discutia-se sobre a possibilidade de constituição de penhor sobre os títulos de crédito, que não era previsto naquele diploma. Com o advento do Código Civil (arts. 789/795) e do Decreto n. 19.473/30, que regula os conhecimentos de transportes (art. 4º), o endosso pignoratício passou a ser generalizadamente admitido pela doutrina, sendo o penhor dos títulos de crédito denominado caução ou penhor cedular. Na vigência da LUG, a discussão acabou, passando o instituto a ser expressamente previsto no art. 19.

Pelo endosso-caução, aplicável às duplicatas por força do art. 25, da Lei n. 5.474/68, o portador transfere o título a um credor seu em garantia do pagamento de dívida. Este credor, na condição de endossatário pignoratício, pode praticar todos os atos necessários à defesa e conservação dos direitos emergentes do título sob sua posse. E, entre os direitos do portador-endossatário-credor está o de receber a importância dos títulos caucionados em pagamento de seu crédito, devendo restituir ao devedor-endossante o que tiver recebido além do que este lhe devia (arts. 792, IV, e 793, do Código Civil).

Lamentavelmente, é comum na prática bancária o recebimento de duplicatas simuladas para a caução de empréstimos. Teoricamente, o emitente-devedor-endossante deveria saldar seu débito antes do vencimento, impedindo a cobrança do título caucionado contra o sacado. Contudo, quando esse resgate tempestivo da dívida não ocorre, o banco leva o título a protesto, ensejando ações judiciais do sacado, contra o protesto e a cobrança que lhe é dirigida. Essas ações deveriam então ser propostas conjuntamente contra emitente-endossante e portador-endossatário?

Muitos entendem que o endosso-caução é apenas uma subespécie de endosso-mandato. Magarinos Torres anotava que “o endosso penhor é um endosso-procuração restritivo. A entrega da nota promissória com a cláusula de penhor cria um mandato

condicional, para que o endossatário a tenha pelo proprietário até que seja paga a outra dívida. O título dado em garantia continua a ser propriedade do endossador”.⁵³

Nessa linha, encontrou difusão nos tribunais o entendimento de que “ao fazer a caução, o devedor-caucionante transfere o título ao credor mediante endosso. Esse endosso equivale à constituição de um mandato, autorizando o credor pignoratício a receber, em nome do mandante, o título, a imputar a importância recebida na dívida e a compensá-la com seu crédito, devolvendo ao credor o remanescente, se houver”.⁵⁴

Tal concepção levaria a se ter por ilegítima a inclusão do endossatário-caucionado no pólo passivo de ações judiciais eventualmente movidas pelo sacado contra a cobrança de uma duplicata simulada, pois, como visto e demonstrado anteriormente, o endossatário-mandatário age apenas em nome do endossante-mandante, não podendo ser envolvido em eventuais discussões judiciais.

Contudo, não me parece que seja o entendimento mais correto. O endosso-mandato não se confunde com o endosso-caução. Conforme já examinado, pela regra prevista no art. 18, da LUG, para o endosso-mandato, os coobrigados só podem invocar contra o endossatário-mandatário exceções que eram oponíveis ao endossante-mandante. No caso do endosso-caução, diferentemente, o art. 19 determina que os coobrigados não podem alegar contra o portador/endossatário as exceções oponíveis ao endossante-caucionante, salvo se aquele tiver procedido de má-fé. Essa, aliás, é a regra geral da inoponibilidade de exceções prevista no art. 17, da LUG, para o endosso pleno.

Isso significa que, embora o penhor cedular não acarrete transferência da propriedade do título, os demais efeitos cam-

53. Torres, Magarinos, ob. cit., n. 109.

54. TJES, AC 024960026979, de 29.10.96, Rel. Des. Pedro Valls Feu Rosa, *JUIS-Jurisprudência Informatizada Saraiva* 07, p. 1.

biais decorrentes do endosso-caução aproximam-se, nesse aspecto, aos do próprio endosso pleno, distanciando-se daqueles do endosso-mandato.

Por essa razão, julgados do STJ têm ressaltado a distinção entre os endossos pleno, mandato e caução, para concluir que neste último o endossatário-caucionado tem legitimidade passiva para figurar nas ações movidas pelo sacado. Assim já decidiu aquela Corte que, “no endosso decorrente de desconto bancário, o protesto do título poderia ser considerado necessário ao resguardo da pretensão regressiva, a teor do art. 13, § 4º, da Lei 5.474/68. No simples endosso-mandato, responsável é exclusivamente o mandante pelos atos praticados por sua ordem pelo banco endossatário. Mas, no endosso de títulos em caução, garantindo financiamento concedido ao endossante e servindo sua cobrança para a liquidação total ou parcial da dívida, em tal caso apresenta-se a responsabilidade civil do sacado da duplicata ‘fria’, e do banco que a recebeu em caução e que, embora advertido, veio a protestá-la”.⁵⁵

O endosso-caução acarreta, assim, a aquisição de um direito próprio pelo endossatário, que assume todas as prerrogativas e ônus dessa aquisição. Nesse sentido, vem se pacificando no STJ o entendimento de que “o banco que leva a protesto duplicata sem causa, recebida em caução, pode figurar no pólo passivo da ação anulatória promovida pelo sacado, com ressalva do direito de o Banco endossatário agir contra o endossante”.⁵⁶

55. STJ, REsp 12128-RJ, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, DJU 21.9.92, p. 15.694. No mesmo sentido o REsp 3266-PR, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJU 25.11.91, p. 17.078, julgando que “É parte legítima para estar no pólo passivo da ação de anulação de título de crédito quem o tenha recebido através de endosso-caução”. E ainda a AC 340.758, da 7ª Câm. do TJSP, RT 604/85, relatada pelo Des. Luiz de Azevedo, concluindo que “o portador de duplicata recebida com endosso-caução é parte legítima ativa ou passiva, conforme o caso, para litigar em função de direitos e ações que dela resultarem”.

56. STJ, REsp 123.560-GO, Rel., Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 30.3.98.

Na mesma linha decidiu o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, entendendo que “no endosso-caução, o endossatário exerce direito que lhe é próprio, assegurando pelo título creditício, não sendo mero representante do credor originário”.⁵⁷

A conclusão é, portanto, de que, no endosso-caução, ficando o portador-endossatário-caucionado investido dos mesmos direitos do emitente-endossante-caucionante, a eventual ação judicial do sacado vitimado pela cobrança de título simulado deve ser endereçada contra os dois, endossatário e endossante.

Mencione-se, por fim, que os bancos, quando recebem duplicatas em endosso-caução, devem exigir do sacador-caucionante-endossante, que comprove a notificação do sacado sobre a caução oferecida, conforme exigem os arts. 792, II e 795, do Código Civil. Tal notificação, além de evidenciar desde logo eventual caráter simulado da duplicata, evita ainda que o sacado não avisado pague legítima e validamente o débito ao sacador-caucionante-endossante da duplicata não simulada. Tal pagamento, se inexistente a notificação, é perfeitamente válido, conforme orienta a jurisprudência.⁵⁸

6. PROCEDIMENTOS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE REGRESSO DO ENDOSSATÁRIO

Nas operações de desconto bancário de duplicatas, os títulos são transferidos às instituições financeiras por endosso traslativo ou pleno. Assim, o endossatário torna-se efetivamente o proprietário da duplicata

57. RT 669, p. 106.

58. 1º TACSP, AC 436.329-8, Rel. Juiz Vasconcellos Pereira, RT 681, p. 118, demonstrando que “o devedor da duplicata precisa ter ciência de a quem se deve dirigir a fim de realizar o pagamento. Se não recebe aviso do estabelecimento bancário, credor pela caução, haverá de procurar aquele perante quem se obrigou como adquirente das mercadorias e, pois, como sacado”.

ta, podendo exercer todos os direitos dela decorrentes, inclusive o de regresso, contra o endossante.

Fica óbvio, portanto, que, nessas operações de desconto de duplicata, a cártula tem que ser efetivamente emitida e entregue ao banco, pois só nela pode ser aposto o endosso traslativo que transfere sua propriedade ao endossatário. Descabe falar aqui na hipótese de supressão documental da duplicata, porquanto o que o emitente do título faz não é simples cobrança bancária de seu crédito, mas recebimento antecipado do mesmo mediante contração de um débito junto ao banco pelo desconto da duplicata.

Sendo simulada ou "fria" a duplicata endossada, o banco endossatário, ao tentar cobrá-la do sacado no vencimento, não receberá o valor e não terá ação contra aquele, porquanto inexistente comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço.

Assim, deverá o banco endossatário levar o título a protesto no prazo de até trinta dias do vencimento, consoante os art. 13, § 4º, da Lei n. 5.474/68, para assegurar seu direito regressivo contra o endossante sacador. Esse protesto deveria ser exclusivamente por falta de aceite, pelas razões já anteriormente demonstradas, e realizado até o vencimento, na forma do art. 21, § 2º, da Lei n. 9.492/97. Mas, se já vencido o título terá que ser por falta de pagamento, com todos os riscos desse procedimento que, como visto, a essa altura será irregular. Não obstante, o protesto, mesmo por falta de pagamento, será imprescindível para habilitar o endossatário a exercer seu direito de regresso contra o endossante.

Esse direito autônomo de regresso nada tem a ver com a entrega das mercadorias. Ele decorre da criação e transferência da duplicata simulada que, a despeito de irregular é perfeitamente válida entre endossante e endossatário. Como bem anota Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, "cada signatário da duplicata é um devedor au-

tônomo e independente, que nada tem a ver com os demais. De forma que, contra qualquer deles, pode ser promovida a ação para o reembolso da totalidade da dívida. (...) Protestando o título dentro de trinta dias a partir de seu vencimento, mantém o portador íntegro seu direito contra todos os participantes da duplicata".⁵⁹

Na jurisprudência, o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais já decidiu que "o sacador, na condição de endossante da duplicata levada a desconto, responde perante o banco pelo pagamento do título, devidamente protestado, não podendo alegar, para eximir-se da obrigação, falta de aceite ou de comprovante da entrega da mercadoria, por se tratar de defesa própria do sacado".⁶⁰

Não obstante essa realidade cambiária, alguns gerentes de banco, por falta de conhecimentos jurídicos mais detalhados, recebem duplicatas sem aceite, por endosso traslativo de seus clientes em dificuldades financeiras, que as emitem e descontam para fazer dinheiro. Ao recebê-las, tais gerentes limitam-se a confirmar por telefone com os sacados a procedência desses créditos, na maioria das vezes ainda inexistentes e relacionados com transações comerciais em andamento. Quando os títulos não são pagos nos seus vencimentos, os bancos querem cobrar os títulos dos sacados, que tinham apenas confirmado verbalmente a existência de operações rotineiras com os sacadores-endossantes. Aí descobrem que os títulos sem aceite ou comprovação da entrega das mercadorias ou serviços nada valem contra os sacados.

Cabe aí uma reflexão prática das instituições financeiras. Se o que se busca são garantias de sacados solventes nessas operações de crédito, têm os bancos que exigir dos sacadores endossantes o aceite dos sacados nas duplicatas, ou o comprovante de

59. Cunha Peixoto. Carlos Fulgêncio, ob. cit., pp. 147 e 138.

60. TAMG, AC 204.497-3, Rel. Juiz Aloysio Nogueira, DJMG 3.5.96.

entrega das mercadorias ou da prestação dos serviços a que se referem os títulos endossados. Caso contrário, o direito dos bancos endossantes é exclusivamente contra o sacador-endossante, inteiramente autônomo daquele que existiria contra o sacado se a duplicata não fosse simulada.

Na execução judicial das duplicatas endossadas para desconto bancário, deve o banco endossante apresentar tão somente o original das cópias de que conste o endosso translático da propriedade dos títulos, e as certidões comprobatórias de seu protesto cambiário no prazo de até trinta dias do vencimento, previsto no art. 13, § 4º, da Lei n. 5.474/68.

6.1 Falta de devolução do título enviado para aceite

Uma questão que merece referência quanto às duplicatas endossadas para desconto bancário refere-se à possibilidade de o banco endossatário enviar os originais dos títulos para aceite e pagamento pelos sacados e estes não aceitarem, pagarem ou devolverem as cópias.

Tal procedimento não é o mais seguro por parte dos bancos, porquanto, se não devolvido o título, ainda que se faça o protesto do mesmo por indicação, o endossatário não terá ação executiva contra o sacador endossante, porquanto inexistente o original da duplicata no qual se após o endosso.

Mas, de qualquer forma, será assegurado ao endossatário ação ordinária de cobrança contra o endossante, conforme decisão do STJ⁶¹ que confirmou acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Nesses casos, o mais adequado é o banco reter consigo o original da duplicata endossada, comunicando ao sacado, em até dez dias do recebimento do título, na forma do art. 6º, § 2º, da Lei n. 5.474/68, que

a duplicata foi endossada e aguarda aceite. Se o sacado não vier aceitar o título nem informar as razões da sua recusa em dez dias do aviso, deverá o portador/endossatário tirar o protesto exclusivamente por falta de aceite para exercício do seu direito de regresso, podendo então executar a duplicata contra o endossante.

7. INDENIZAÇÃO POR DANOS AO SACADO

Último aspecto sobre a duplicata simulada que merece relevo é o direito do sacado a ser indenizado por prejuízos morais e materiais decorrentes da emissão e do protesto do título.

O saque e eventual protesto de duplicata simulada pode causar dano à imagem, reputação e até à credibilidade do sacado. Isso não se dá em função dos efeitos jurídicos do protesto que, como sabido, não afetam o sacado que não aceitou o título. A questão decorre dos conhecidos e propalados efeitos comerciais do protesto cambiário.

Conforme demonstrado, o protesto cambiário de uma duplicata simulada por falta de aceite, com a finalidade legítima de assegurar ao endossatário seu direito de regresso contra o sacador-endossante, não poderia caracterizar ato ensejador de qualquer direito reparatório por parte do sacado. Contudo, tendo em vista que, na forma do art. 21, § 1º, da Lei n. 9.492/97, esse protesto não é mais possível após o vencimento do título, e que os efeitos comerciais do protesto se fazem sentir, a despeito do motivo que o enseja, em face do registro do nome do sacado no assentamento respectivo, torna-se forçoso admitir-se o direito indenizatório ao sacado vitimado com o protesto de título "frio" contra ele emitido.

Os danos que esse sacado pode postular são de natureza material e moral. Os danos materiais são aqueles que decorrem da comprovação dos prejuízos efetivamente

61. STJ, REsp 58.614-SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 24.3.97.

sofridos com o abalo de crédito decorrente do protesto. É o caso, por exemplo, da perda de uma concorrência pública pela não obtenção da certidão negativa de protestos. Já os danos morais referem ao prejuízo extrapatrimonial que defluem do protesto, relativos ao constrangimento, vexame, degradação pública da imagem etc.

Comumente, o sacado da duplicata simulada é pessoa jurídica, porquanto são as empresas que inspiram no endossatário, banco ou *factoring*, a credibilidade que o leva a descontar o título. Indagar-se-ia, pois, se as pessoas jurídicas poderiam ser vítimas de danos morais. A jurisprudência tem respondido em sentido afirmativo, entendendo que “a ofensa à imagem e à reputação de pessoa jurídica enseja reconhecimento de dano moral, ainda que não apresente reflexo patrimonial.”⁶²

No que tange especificamente ao dano moral decorrente do protesto “indevido” de títulos de crédito, tem se decidido que “a honra objetiva da pessoa jurídica, consoante entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, pode ser ofendida pelo protesto indevido do título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente.”⁶³ E, de fato, os julgados do STJ têm assentado que “a honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial.”⁶⁴

Quanto à quantificação do dano, se for material, decorre da prova apresentada pelo

autor da ação, dos prejuízos efetivamente sofridos em face do protesto do título simulado ou que, por outra razão, não era devido.

Nessas hipóteses, a jurisprudência pendente para o arbitramento da indenização do prejuízo sofrido, na forma do art. 1.553, do Código Civil, tomando-se como referência o evento danoso. Por exemplo, se o sacado prova que ficou impossibilitado de participar de uma licitação ou firmar um contrato em face do protesto indevido, considera-se como base indenizatória o valor do negócio perdido. Se o sacado teve que depositar o valor do título em juízo para sustar seu protesto, pode-se ainda arbitrar perdas e danos pelo tempo em que perdurou tal depósito, tendo em vista os prejuízos que a indisponibilidade do dinheiro causou.⁶⁵

Já se o dano for moral, inexistente critério próprio na lei para a definição do valor. Alguns julgados arbitram valores aleatórios, ou fixados por critérios analógicos a outras espécies de dano moral.⁶⁶

A meu ver, cuidando-se na espécie de lesão relacionada a título de crédito, a melhor forma de estipular o valor do dano é com base no próprio valor da duplicata. Nesse sentido, Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, admitindo o direito da pessoa jurídica em postular dano moral por protesto indevido de título, entendeu ser “razoável a fixação do dano moral em dez vezes o valor do título protestado”.⁶⁷

62. TJRS, EI 597025691, Rel. Des. Paulo Augusto Monte Lopes, *Revista de Jurisprudência do TJRS*, v. 182, Porto Alegre, 1997, p. 387.

63. TJRJ, AC 8.203/96, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, *DJRJ*, 19.6.97, p. 187, e *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2ª quin. ago./97, Código 3/13.498, p. 313. Também admitindo o dano moral à pessoa jurídica por protesto indevido de título, acórdão do TAMG na AC 246.075-7, Rel. Juiz Francisco Bueno, *DJMG* 20.2.98 e 28.2.98.

64. STJ, REsp 58.660-7-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJU* 22.9.97. No mesmo sentido REsp 60.033-2, *DJU* 27.11.95, admitindo o dano moral à pessoa jurídica, acórdão do TAMG na AC 246.075-7, Rel. Juiz Francisco Bueno, *DJMG* 20.2.98 e 28.2.98.

65. Nesse sentido, acórdão do STF *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 108, p. 185.

66. Considerando-se as dificuldades da positividade, traços, contornos do “dano moral”, há julgados que entendem dever-se levar em conta para a sua fixação a regra do art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) que prevê a reparação do dano moral de 5 a 100 salários mínimos, por injúria, difamação, calúnia, considerando-se ainda o art. 52 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), que permite o arbitramento do dano moral até 200 salários mínimos, sendo também matéria de ponderação os dispositivos dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

67. TAMG, AC n. 224.947-4, Rel. Juiz Maciel Pereira, *DJMG* 13.8.97.

Vale ainda assinalar que o dano, material ou moral, só se verifica pela efetiva lavratura do protesto, descabendo falar-se em indenização pelo simples apontamento do título. A jurisprudência é firme a respeito, tendo o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul acertadamente julgado que “somente o protesto indevido do título, porque ato público de sérias e nefastas conseqüências (causando inúmeros e inesperados constrangimentos tanto à pessoa física quanto à jurídica) impõe a responsabilidade pela indenização ao apresentante do título. O simples aponte, porque se constitui em ato sem qualquer publicidade, eis que realizado *intra muros*, não tem esse condão”.⁶⁸

8. BREVE CONCLUSÃO

Em suma do exposto, verifica-se que toda a polêmica aqui analisada decorre, na verdade, de uma distorção do sentido técnico-jurídico do protesto que, inexistindo aceite no título, nenhuma conseqüência traz para o sacado.

Mas, conforme demonstrado, se o título simulado é enviado antes do vencimento para aceite pelo devedor, sua não devo-

lução tempestiva na forma e prazo do art. 7º, da Lei n. 5.474/68, autoriza ao portador-endossatário promover legitimamente o protesto por falta de aceite, antes do vencimento da cártula, na forma do art. 21, § 1º, da Lei n. 9.492/97, o que não deveria dar ao sacado direito a qualquer pleito, declaratório ou indenizatório contra o portador.

Todavia, a prática não tem prestigiado essa solução, (reconhecida até pelo STF) em vista dos efeitos comerciais do protesto cambiário.

Assim, em se admitindo, como sói ocorrer, o pleito judicial do sacado contra a emissão e protesto da duplicata simulada, há de se atentar para os pedidos, destacando-se que, quanto ao valor cobrado, não se trata de anulação do título, mas de declaração da inexistência de débito. E, para identificar quem estará no pólo passivo da ação, ao lado do sacador-endossante, importa verificar a natureza do endosso pelo qual o título foi transferido ao portador que vem cobrá-lo.

Longe de esgotar o assunto, espero que o presente trabalho tenha, pelo menos, encaminhado adequadamente soluções para as controvérsias suscitadas.

68. TARGS, AC 196138028, Rel. Juíza Terezinha de Oliveira Silva, *Revista de Julgados do TARGS*, v. 103, 1997, p. 192.