

PROTESTO CAMBIÁRIO : conceito, histórico e natureza jurídica.

DOMINGOS FRANCIULLI NETTO*

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário:

1. Conceito — 2. Histórico — 3. Natureza Jurídica.

1. Conceito

Protesto cambiário é o procedimento oficial e solene de transcrição literal, a requerimento do portador, que comprova publicamente a total ou parcial recusa do obrigado principal, uma vez intimado, em cumprir a promessa contida no título de crédito, constituindo-se em requisito necessário para o exercício ou salvaguarda de direitos contra os obrigados regressivos e, se a lei o exigir, em pressuposto processual.

Trata-se, como se vê, de mera noção embrionária, sem pretensão em vingar em definição e mesmo os apenas iniciados na matéria, como o autor, constatam que se não prescindiu das preciosas lições dos maiores e dos mestres. Como “omnia definitio periculosa est”, procurou-se apenas dizer o que é e a que se destina o protesto cambiário. A cada dia, verifica-se que, sobre a face da terra, as idéias, máxime as boas, são cada vez menos originais.

Não há confundir o protesto cambiário (também chamado extrajudicial ou notarial) com o protesto judicial (art. 867 do CPC) e tampouco com o marítimo (formado a bordo, pelo comandante do navio, na presença de testemunhas, relatando especiais eventos de viagem).

Protesto ou protestação é o ato ou efeito de protestar, significando este verbo manifestação solene, registro inequívoco de uma opinião ou de um fato. Cambiário deriva de câmbio, denominação dada “à permuta de dinheiro por dinheiro”, no dizer de Whitaker.¹ “A palavra “cambium” — a preleção é de Eunápio Borges

designava, genericamente, qualquer troca, mas, especialmente, a permuta de dinheiro, atividade a que se dedicavam profissionalmente os banqueiros que, por isso, eram chamados “cambiatores” ou “campsos”.²

2. Histórico

A história do protesto é mero capítulo da história da letra de câmbio, cujos primórdios estão sintetizados por Migliardi e Bemasoni.

Si discute sobre el origen de este titulo de crédito, puesto que hay quienes opinan que de la lectura de inscripciones asirias resulta la existencia de la letra de cambio en Babilonia. Asimismo, se atribuye la existencia de documentos semejantes a la letra de cambio en Grecia y en Roma. Empero, la mayoría de la doctrina estima que la letra de cambio surge por sus características propias en la Edad Media, dividiéndose respecto a la época y lugar exactos de su aparición. Se cita un documento fechado en Milán en 1395 como la letra de cambio más antigua. Asimismo, estatutos y leyes de Venecia de 1272, Avignon 1243 y Barcelona 1394 se refieren concretamente a la letra de cambio. El primer cuerpo legislativo francés que trata de la letra de cambio fue la ordenanza de 1673, cuyos títulos V e VI trataban de las letras de cambio y de los intereses del cambio y del recambio. En España, en las Recopilaciones se habla de la letra de cambio, per el primer reglamento orgánico se halla únicamente en las Ordenanzas de Bilbao de 1737.³

“Desde a sua origem” — no magistério de Carvalho de Mendonça — “tem a letra de câmbio passado por três fases bem assinaladas, em cada uma das quais apresenta especial caráter econômico e jurídico: na primeira, figura como mera permuta de dinheiro, isto é, como título do contrato de câmbio (1300 a 1700); a segunda, já se a considera como meio de pagamento (1700 a 1848); e, na terceira, surge

¹ “Letra de Câmbio”, Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed., pág. 9.

² “Títulos de Crédito”, Ed. Forense, 2ª ed., 3ª tiragem, pág. 37.

³ “Títulos de Crédito”, Ed. Fórum, Buenos Aires, 1969, pág. 14.

como título de crédito. Essas três fases correspondem à escola italiana, à escola francesa e à escola germânica ou da reforma".⁴

Obviar os perigos do transporte de dinheiro, em grandes distâncias, foi o germe a precipitar a letra de câmbio, instrumento representativo da soma em dinheiro entregue pelo tomador (beneficiário) ao sacador (criador da letra), daí decorrendo o uso da inserção na letra de câmbio da cláusula "valor entregue ou recebido", uma vez que idêntica soma em dinheiro deveria existir em mãos do sacado à disposição do proprietário do título, sendo oriunda dessa circunstância a teoria, da provisão, mais tarde desenvolvida pelo sistema francês, aspecto evidenciado por Heitor Gomes de Paiva,⁵ embora advirta Carvalho de Mendonça, lastreado, segundo ele mesmo afirma, na opinião dos maiores juristas do tempo, que "esta provisão podia consistir também no crédito do sacador em relação ao sacado".⁶

Nessa fase cambiária primeva, além da finalidade supra-ventilada, cuja verossimilhança também encontra supedâneo na versão de E. Thaller,⁷ outra não menos importante caracteriza a letra de câmbio, prestando-se de instrumento ao contrato respectivo e cujo nome herdou. Contam, então, os historiadores que, nas grandes feiras medievais, à feira propriamente dita, a de mercadorias, sucedia-se a feira de câmbio.

Depois de ressaltar a enorme influência das feiras, na formação e no desenvolvimento das normas cambiais, Eunápio Borges disserta que

nessas periódicas reuniões, em que se concluíam e liquidavam os negócios tratados nas diversas praças donde provinham os comerciantes, convergiam igualmente os banqueiros para o acerto das operações cambiais. Como nas modernas Câmaras de Compensação, os banqueiros

⁴ "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", Ed. Freitas Bastos, 1934, vol. V/151, 2ª parte.

⁵ "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", Ed. Borsoi, vol. XLII/281.

⁶ Ob. cit., pág. 152.

⁷ "Traité Élémentaire de Droit Commercial", Ed. A. Rousseau, Paris, 1898, pág. 611.

liquidavam por compensação as diversas letras apresentadas, todas com o mesmo vencimento (em feiras) e avaliadas em uma única moeda convencional e imaginária (o "scutus marcharum"). Para tal compensação, as letras eram apresentadas aos banqueiros no início da feira, surgindo daí o instituto do aceite.

E os demais institutos cambiais — aval, endosso, intervenção etc. se fixaram e se desenvolveram nestas feiras, cuja influência foi tão grande, que os escritores dos séculos XVI e XVII consideravam regulares apenas as letras pagáveis nas feiras (letras "nundinales", as "Messwechsel" da terminologia alemã), as letras provenientes do "cambium nundinale" (as feiras, em Roma, eram chamadas "nundinae", porque se reuniam de nove em nove dias).

Termina o tópico condensando que, ao contrato de câmbio, essencial era

a diversidade de lugares a "distancia loci" e, nas feiras, "passou a ter importância o prazo, "distancia temporis", a fixação do vencimento para feira determinada⁸

A fase subsequente, cujo marco inicial é anterior a 1700, já que o endosso era conhecido por volta de 1600, datando a célebre ordenança francesa de 1673, é conhecida como fase da escola francesa ou, simplesmente, período francês, época em que, dado o franco desenvolvimento econômico e comercial, surgiu a necessidade de ampla mercantilização da cambial, cujos estudos, preparados pelos últimos representantes da escola italiana, eclodiram no movimento científico e legislativo consubstanciado no estatuto retro mencionado, primeiro texto legal a cristalizar as normas cambiais, melhorado em muito, ao depois, anota Carvalho de Mendonça, com o advento do Código francês de 1807.⁹

Passou, nesse período, a cambial a servir de meio de pagamento, deixando de ser mero substitutivo do transporte de valores.

"A adoção da cláusula à ordem", ensina Barbosa Pereira,

⁸ Ob. cit., pág. 39.

⁹ Ob. cit., pág. 154.

a criação do endosso, a vulgarização do uso das letras entre os não comerciantes, a permissão de prover o valor recebido, tanto de dinheiro como de outras mercadorias e outros efeitos, todas essas sucessivas transigências com o rigor do primitivo conceito alteraram essencialmente a natureza da letra de câmbio, que, de mero título de um determinado contrato, passou a ser meio de liquidação de qualquer espécie de contrato, instrumento de contrato acessório, subsistindo distinta, embora não independentemente, da causa que a gerara.¹⁰

O endosso, revela Osvaldo Solari, deve ter surgido antes do século XVII, uma vez que as Pragmáticas de Nápoles proibiram endossar letra de câmbio mais de uma vez, como admitem Supino e De Semo.¹¹ Dessume-se, então, que a origem do endosso ocorreu ainda na fase italiana e que a ordenança francesa o reabilitou ao admiti-lo sem qualquer limitação, o que, todavia, não lhe diminuiu o mérito, posto que a negociabilidade, a possibilidade de ampla circulação, teve o condão de transmutar a feição do crédito. Em verdade, a pilastra do crédito é a confiança de pessoa para pessoa. Com a cláusula à ordem e com o endosso, como também observou Bonelli, “apud” Silva Pinto, o crédito, que era a coisa menos circulável do mundo, tornou-se circulante.¹²

O princípio da autonomia, por sua vez, na ordenança apareceu codificado, em defesa do possuidor de boa-fé, contra quem passaram a não ser permitidas exceções, passíveis de arguição contra os outros obrigados.

O divisor das águas dessa fase com a última, e que persiste até os dias de hoje, é o ano 1848, ano em que surgiu a unificação do Direito Cambial alemão, primeiro alicerce a suportar a moderna teoria cambiária, dissociando-a do sistema francês, contratualista e causal, de

¹⁰ “Curso de Direito Comercial”, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed.: , vol. 11/161-162.

¹¹ “El Protesto”, Ed. A. Perrot, Buenos Aires, pág. 18.

¹² “Direito Cambiário”, Ed. Forense, 1951, 2ª tiragem, pág. 3.

influência praticamente universal, predominando inclusive no Direito cambiário brasileiro, até 1908, consoante assevera Pontes de Miranda.¹³

As principais caracteres do sistema alemão, a despeito de aqui tratados em pálido escorço, são: a) abstração entre a cambial e o negócio jurídico subjacente (causa); b) rigor à forma e à literalidade; c) corporificação do dogma da autonomia; e, finalmente, d) criação da teoria unilateral da vontade. Para Vivante, “a índole abstrata do crédito não é essencial ao título de crédito”, explicita Rubens Requião.¹⁴ Sem embargo disso, não se pode negar que o princípio da abstração é co-responsável pela organicidade dos demais princípios e sua interligação, além de, juntamente com os demais, vivificar os dois princípios gerais e cardiais do Direito cambiário: o da garantia da circulação cambiária e o da proteção ao portador de boa-fé, ambos no enunciado de Silva Pinto, “princípios básicos do sistema continental, norteadores da Lei Uniforme”.¹⁵

No concernente à teoria unilateral da vontade, como toda teoria que procura explicar a natureza jurídica de qualquer instituto, não está ela imune às opiniões infensas, conquanto seja duvidoso tenha alguma a sobrepujado. Reinam, todavia, no bom reinar, os princípios relativos à forma, literalidade e autonomia.

Não se deve olvidar, acresça-se, que pertencem à escola alemã, cognominada também de teuto-italiana (dada a inestimável contribuição de juristas italianos), outras conquistas cartulares, tais como, a admissão do endosso em branco e a abolição de requisitos até então tidos como necessários, o que ocorreu, “verbi gratia”, com a cláusula de valor e o requisito da distância entre o lugar do saque e o do pagamento. A cambial podia, por outro lado, segundo o sistema ora examinado, ser

¹³ “Tratado de Direito Privado”, Ed. Borsoi, 3ª ed., tomo XXXIV/13.

¹⁴ “Curso de Direito Comercial”, Ed. Saraiva, 2ª ed., pág. 384.

¹⁵ Ob. cit., pág. 3.

emitida ao portador, facultando-se, outrossim, sua transferência depois do vencimento.¹⁶

O sistema alemão, salvo alguns resquícios da escola francesa, espalhou-se pelo mundo e atingiu o ápice com a Lei Uniforme de Genebra de 1930. Entre esta e as idéias propugnadoras da unidade (que datam do século XVIII), várias conferências internacionais foram realizadas, mas inegável é que o passo decisivo foi dado nas conferências de Haia de 1910 e de 1912.

É antiga a prática do protesto. Alguns exemplares dos arquivos italianos — conta Thaller — datam da primeira metade do século XIV. É muito natural que o ato fosse tirado por notário ou oficial público, a fim de que não pairassem dúvidas quanto à respectiva autenticidade, posto que, se assim não fosse, em virtude das vastas distâncias e naturais dificuldades de então percorrê-las, fácil certamente não seria prova inconcussa e digna de fé de que o título havia sido recusado pelo sacado, o que, evidentemente, dificultaria, senão impossibilitaria, o regresso contra o sacador por parte do tomador.

Ainda na mesma fonte encontra-se informação que o mais antigo protesto, segundo Goldschmidt, teria sido lavrado em 1935. Compunha-se o protesto de três atos: a) apresentação da letra; b) requisição do pagamento; c) “protestatio”.

Na França, há uma letra de 1932, em que o sacado declarou os motivos da recusa do aceite. A biblioteca da Escola de Chartes, em 1851, publicou certa letra de câmbio manuscrita, de Ceuta para Génova, a 30 dias da vista, datada do ano de 1384, encontrada entre as peças de um notário, que lavrou, o respectivo protesto na presença de duas testemunhas.¹⁷

¹⁶ Carvalho de Mendonça, ob. cit., págs. 155-156.

¹⁷ Thaller, ob. cit., pág. 737.

O ato do protesto (“protestatio” ou “protestum”), “redigido por um notário na presença de duas testemunhas”, na explanação de De Semo, chamado à colação em artigo doutrinário de Nélson Abrão, “continha a verificação solene de apresentação e do inadimplemento, e ressalvava todos os direitos do portador em relação aos coobrigados, abrindo caminho à ação de regresso”.¹⁸

Em suma, historicamente o protesto nasceu para exercer função ligada à própria origem etimológica da palavra, derivada, ao que tudo indica, do latim “protestor”, “aris”, “atus”, “ari”, que quer dizer, “apud” Ulhoa Cintra e Cretella Júnior, testemunhar em público, provar, anunciar, asseverar.¹⁹

Tratava-se, pois, de prova necessária para conservação do direito de regresso.

De lá para cá, no curso de mais de 600 anos, as coisas mudaram (e como!) e o instituto foi, em boa parte, desvirtuado, em decorrência do uso e abuso da lavratura de protestos facultativos e desnecessários, de cujos efeitos paralelos não há quem não se queira livrar.

Estigmatizado nos dias hodiernos com a pecha de odioso, tido e havido como filho espúrio da cambial, alvo de críticas ferozes, como a feita por Stranz, para quem o protesto é a supervivência de concepções jurídicas medievais, espécie de atavismo no corpo do moderno Direito cambiário, peça de museu digna de estudo pela arqueologia jurídica, ou, ainda, por Montessori, que chegou a escrever “Una Protesta contro il Protesto”, o primeiro na Alemanha e o segundo na Itália, segundo

¹⁸ RT 387/24.

¹⁹ “Dicionário Latino-Português”, Ed, Anchieta, 1944, pág. 928.

perlustra Rodriguez-Cano,²⁰ ao protesto cambiário, deve-se fazer justiça, já que está apenas a reclamar algumas reformas.

É bem nascido da austera família cambiária e a ele se planejou futuro nobre como meio de autenticação para servir de prova e assim começou a crescer e a ser usado como ato necessário. Do uso ao abuso foi um passo e, daí em diante, além da finalidade segundo sua própria natureza, passou a ser facultativo, origem de suas desgraças e perpetuação de suas mazelas.

Com amplo caráter intimativo, dados os desastrosos efeitos secundários que produz, agigantou-se.

Deram-lhe até notariade pela imprensa e usado como sucedâneo de rápida cobrança, elencando e apontando ao público os proscritos do crédito, subiu-lhe à cabeça a fama. Prostituíram-no, a despeito de sua boa estirpe. Resta ser reconduzido ao bom caminho para que possa cumprir o seu destino.

Transfigurado o cartório de protesto em balcão de cobrança, dada a alta carga de coerção que a ameaça do protesto em si mesma encerra, a tarefa de reabilitação do instituto não é fácil, mas esforços nesse sentido estão sendo feitos e devem ser estimulados, entre os quais devem ser inseridos os de difusão ao uso da cláusula “sem protesto”.

Faz-se, contudo, notar reação, ora através de cancelamento de protesto de título posteriormente pago, ora por meio preventivo, com a sustação de protesto como medida cautelar, cuja sistematização pioneira é da lavra do então magistrado campineiro João Mendes, aposentado hoje como Juiz do Tribunal de Alçada de São Paulo.²¹

²⁰ “La Reforma del Protesto”, Ed. Moneda y Credito, Madri, pág. 85 e segs.

²¹ “Sustação do Protesto através de Medida Cautelar”, in “Justitia”, órgão do Ministério Público da São Paulo, vol. 50/163.

O cancelamento e a sustação de protesto são dois dos mais belos exemplos de criação da jurisprudência, cuja finalidade, ao invés de teórica, é prática, ao responder às necessidades socioeconômicas, além de jurídicas, na omissão da lei, andando com os fatos adiante dela.

Exemplo da morosidade legislativa na matéria é a Lei n. 6.268, de 1975, a permitir a averbação do pagamento de título protestado. Ao ser promulgada, alguns chegaram a entender que isso significava expressa condenação ao cancelamento de protesto, em face de ulterior pagamento, bem como golpe fatal aos provimentos correccionais que do assunto cogitavam.

Ledo engano dos que assim pensavam. Levada a matéria à apreciação da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, a tese não vingou, pois, na verdade, a Lei n. 6.268, de 1975, era mero fruto temporão de penosa e crepuscular gestação. A averbação, em casos que tais, já vinha sendo praticada há anos e mais anos e o cancelamento do protesto de cártula paga já ganhava nos pretórios foros de jurisprudência pacífica e reiterada, inclusive na Máxima Corte, a partir do julgamento do recurso extraordinário n. 46.127, de que foi relator o Min. Vítor Nunes Leal. Acolhendo parecer do magistrado José Waldecy Lucena, então Juiz Auxiliar da Corregedoria, assim despachou o Des. Acácio Rebouças, Corregedor-Geral da Justiça, em. 20.1.1976:

Aprovo o parecer. O Provimento n. 4/75 apoiou-se na jurisprudência dos "Tribunais do País, inclusive do STF", e deve subsistir até que essa jurisprudência se altere, mesmo porque suas disposições, além de plasmadas no reconhecimento de legítimos anseios do meio social, consubstanciando notável evolução do entendimento jurídico, difícil de recuar, não se incompatibilizam com a execução da Lei n. 6.268, de 1975, senão por inferências, que são sempre perigosas (processo n. CG-43.706/75).

"De lege ferenda", encontra-se em tramitação, na Câmara dos Deputados, o projeto de lei n. 563-A, de autoria do então Dep. Francisco Amaral, que regula o protesto de títulos de crédito, seu cancelamento e

sustação que, conforme afirma a própria “Exposição de Motivos”, em parte, contou com subsídios de Elvino Silva Filho, titular de um dos cartórios de protesto de Campinas e do autor deste singelo estudo, conquanto, melhor seria fosse elaborado diploma sobre letra de câmbio e nota promissória e outro para o cheque, em adaptação à Lei Uniforme, tratando-se do protesto como parte integrante deles.

Em nossos dias, a deturpação do instituto chega, por incrível que pareça, ao ponto cambiariamente absurdo de se protestar letra de câmbio, sacada em benefício próprio, em situação em que as figuras do sacador e tomador se confundem em uma só pessoa, antes mesmo do aceite do sacado ou pretense sacado. Abuso de tal ordem precipitou o Provimento n. 2, de 17.7.1972, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a determinar aos oficiais de protesto de títulos que oponham, obrigatoriamente, dúvida à tomada de protesto de letras de câmbio sem aceite, dando ciência dela ao sacador ou portador e encaminhando-a ao Juiz de Direito da 1ª Vara Cível que, ao dirimi-la, determinará, ou não, a prática daquele ato.

Em julgamento proferido em 11.6.1973, na apelação n. 194.221, a 2ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em acórdão relatado pelo Juiz Geraldo Arruda, asseverou:

ora, onde sacador e tomador são a mesma pessoa, não há que se falar em direito de regresso e vencimento extraordinário da letra de câmbio recusada. O protesto em casos como o dos autos constituiria um simples contra-senso, se não revelasse às vezes características de coação ilegítima por parte do sacador, e da parte do oficial de protesto, o desconhecimento de princípios elementares do Direito Cambial, a par do injustificável interesse da percepção de emolumentos decorrentes do protesto abusivo.²²

²² “Julgados dos TAcivSP”, ed. Lex 35/46.

Igual orientação foi seguida na apelação n. 211.834, da mesma Câmara, em 25.6.1975, em acórdão relatado pelo Juiz Sylvio do Amaral, hoje Desembargador.²³

Além da constante repulsa da jurisprudência ao desvio do instituto, para pôr cobro aos desmandos, proliferaram provimentos, portarias, circulares, recomendações e ofícios provenientes das Corregedorias Gerais da Justiça, de quase todos os Estados-membros do País, ao lado de outras tantas idênticas providências de magistrados corregedores permanentes de cartórios de protesto, principalmente no que se refere ao uso viciado de intimações irregulares e divulgações indevidas pela imprensa.

O problema já é do conhecimento geral, tanto assim que, por exemplo, o Des. Arivaldo Andrade de Oliveira, na oportunidade Corregedor Geral da Justiça do Estado da Bahia, ao expedir o Provimento n. 11/72, sobre a matéria, em um dos considerandos, afirmou “que o protesto de títulos, por ser de certo modo um procedimento vexatório, deve ser cercado do máximo de cautelas e garantias, para impedir que, sem razão plausível maior, se contribua para expor à execração pública e aos riscos de um descrédito financeiro e até mesmo moral pessoas com responsabilidade por títulos de crédito levados a protesto por falta de pagamento ou aceite, muitas vezes em condições justificáveis ou discutíveis e, por tal, dependentes de decisão judicial”.

3. Natureza Jurídica

Será a natureza jurídica do protesto examinada sob três prismas diferentes: o protesto em si mesmo considerado, o protesto para o exercício de direitos regressivos e, finalmente, o protesto como pressuposto processual.

²³ Idem, vol. 35/233.

No primeiro aspecto o protesto é meio de prova e, nos dois últimos, continua sendo meio de prova, só que necessário para a tutela de direitos cambiários.

Inferre-se, destarte, que é absolutamente correta a preleção de Saraiva no sentido de que o protesto não cria nem direitos, e nem obrigações,²⁴ pois é apenas “prova da não realização da promessa contida na letra”, no conceito de Whitaker²⁵ ou, em outras palavras, “o protesto é essencialmente um documento probatório, muitas vezes único e necessário”, no dizer de Paulo de Lacerda, para quem, ainda “nem cria” e

nem propriamente conserva direitos. Em se tratando mesmo do direito regressivo que decai por falta de protesto, este não tem propriamente virtude criadora nem conservadora dele; senão apenas força de documentação solene, autêntica e especialíssima da apresentação cambial para aceite ou pagamento. Sequer em caso de falência o protesto cria ou conserva direitos; o vencimento extraordinário decorre, para o aceitante, emitente ou avalistas, do mesmo fato da falência, e em relação aos cambiários regressivos, desse fato e da vontade do portador documentada mediante protesto.²⁶

Pela Lei Uniforme há dispensa de protesto para vencimento extraordinário em ocorrendo quebra.

No caso de falência declarada do sacado quer seja aceitante quer não, bem como no caso de falência declarada do sacador de uma letra não aceitável, a apresentação da sentença de declaração de falência é suficiente para que o portador da letra possa exercer o seu direito de ação” (art. 44, 6.^a alínea).

Através do art. 10 do Anexo II, todavia, o Brasil opôs reserva a isso, não se encontrando o salutar dispositivo, infelizmente, em vigor em nosso País.

²⁴ “A Cambial”, ed. 1912, n. 155.

²⁵ Ob. cit., pág. 227.

²⁶ “A Cambial no Direito Brasileiro”, Ed. J. R. Santos, 4^a ed., págs. 297-298.

Quanto ao segundo aspecto, "id est", no que tange ao direito regressivo, o protesto é ato necessário de documentação, salvo em existindo cláusula "sem protesto". Exercendo-o o portador mune-se de prova autêntica e hábil de que não abriu mão de seus direitos em relação aos obrigados regressivos, de que não os liberou da responsabilidade cartular. Esta não é oriunda do protesto, mas do próprio ato cambiário em si (do endosso, do aval ao endosso etc). O direito regressivo é passível de ser exercitado, desde que tirado o protesto. O prazo de decadência, frise-se, é do direito regressivo. Não ocorre decadência desde que haja protesto em tempo oportuno.

O protesto é, então, evento, prova, nunca fonte ou forma criadora de expressão de direito.

A omissão, por outro lado, significa mera escolha do portador de, ulteriormente, acionar, em sendo o caso, só os obrigados diretos (sacado, aceitante, emitente etc).

Em resumo, é a vontade do portador que determina a conservação ou extinção de direitos e obrigações cambiários. O protesto ou não-protesto é o veículo probatório da revelação da dita vontade.

Carnelutti

vede nel rilascio della cambiale solo il rilascio di un documento probatorio del rapporto fondamentale, facente nascere solo una particolare responsabilità nel processo, senza effetti di diritto sostanziale,

enquanto Salandra "parla in questo senso di una trasformazione del rapporto causale, pendente la vita cambiale", "apud" Asquini, que afirma que o protesto, no que concerne ao regresso, é uma coordenação entre a relação de direito substantivo (derivada da vontade

do portador) e a relação de direito cambiário (derivada da lei), ao que se depreende.²⁷

A fonte da relação cambiária é a lei. Para o exercício do direito de regresso, a lei determina que a vontade do portador (último endossatário) se expresse através do protesto. Uma vez tirado, quer dizer que o portador não quis liberar os coobrigados regressivos; escoado o prazo de decadência, sem protesto, demonstra o contrário. Há, por assim dizer, simbiose entre a lei cambial e a vontade do portador (direito obrigacional disponível), posto ser aquela imperativa e singular. Nem por isso ou apesar disso, deixa o protesto de ser meio de prova.

Analise-se, por derradeiro, o terceiro e último aspecto da natureza jurídica do protesto cambiário. Para o exercício de determinadas ações, há necessidade de juntar-se à inicial a prova do protesto cambiário, por determinação da lei. Trata-se, em assim sendo, de pressuposto objetivo intrínseco da relação processual (Lopes da Costa, "ut" Moacyr Amaral Santos).²⁸ O protesto é, pois, documento substancial à propositura da ação (art. 283 do CPC).

Não acompanhada a peça vestibular da certidão do instrumento de protesto (documento essencial ao julgamento), é inepta a petição inicial, tornando-se incabível a pretensão à tutela jurisdicional, "por ser afastada, com a falta a prova da ação (de direito material). Por isso é que se dá, na lei, a sanção da extinção do processo", na dissertação de Pontes de Miranda.²⁹

O Código de Processo Civil de 1939 mencionava que a inicial deveria ser instruída com os "documentos em que o autor fundar o pedido", sendo que estes

²⁷ 'Scritti Giuridici', Ed. Cedam, Pádua, 1961, vol. III/477.

²⁸ "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", Ed. Max Limonad, 3ª ed., 10ª tiragem, vol. 1.º/366.

²⁹ "Comentários ao Código de Processo Civil", Ed. Forense, 1974, tomo IV/81.

compreendem não somente os substanciais à propositura da ação, isto é, aqueles que a lei expressamente exige para que a ação possa ser proposta, mas também os fundamentais, vale dizer, os indispensáveis, na espécie, não porque expressamente a lei os exija e sim porque o autor a eles se refira na ação como fundamento de seu pedido ou pretensão. Aqueles serão necessariamente apresentados com a inicial; estes, tais sejam os motivos ou circunstâncias, poderão, por exceção, ser oferecidos posteriormente...³⁰

Obtempera, porém, Calmon de Passos, que o “Código atual relegou toda essa terminologia e usou a expressão “indispensável”, mas não nos parece tenha alterado de forma relevante o sistema anterior, ainda quando não o tenha reproduzido”.³¹

Verificada a falta de documento substancial (ou indispensável, segundo a nova terminologia), o juiz poderá indeferir a inicial ou determinar ao autor que supra a falha, no prazo de 10 dias (art. 284), posto não haver a cominação expressa de nulidade, concluindo Pontes de Miranda que, “portanto, a nulidade decorrente de infração do art. 283 é também regida pelo art. 244”.³²

Não é discrepante o magistério de Frederico Marques:

Se o juiz verificar que a petição inicial não vem instruída com os documentos na forma prevista no art. 283, ele determinará que o autor a complete juntando os referidos documentos; se desatendida a ordem judicial, a petição será liminarmente indeferida (art. 284 e seu parágrafo único),³³

extinguindo-se o processo (art. 267, n. I). Eventualmente não indeferida a inicial, em persistindo a ausência do documento, mesmo após a resposta do réu, poderá ser o processo extinto sem julgamento do mérito (art. 267, n. IV, do CPC).

³⁰ Moacyr Amaral Santos, ob. cit., vol. 1º/111-112.

³¹ “Comentários ao Código de Processo Civil”, Ed. Forense, 1974, vol. III/149.

³² Ob. e vol. Cits., pág. 26.

³³ “Manual de Direito Processual Civil”, Ed. Saraiva, 1974, vol. II/220.

Além da ação cambial de regresso, entre outros casos, a prova do protesto é necessária para ação de reintegração de posse em compra e venda com reserva de domínio e para requerimento de falência do devedor (a menos que tenha ocorrido protesto especial da lei falimentar) e em outras ações em que a mora da cambial decorra do protesto. A existência de protesto cambiário, por sua vez, impede o favor da concordata. Para o exercício da ação de busca e apreensão e de depósito, em obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, o credor comprova a mora, a seu critério, por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto cambiário do título vinculado ao contrato (art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 911, de 1.10.1969).

Em tais casos, em síntese, não exaustivamente mencionados, o protesto (ou a inexistência de protesto cambiário) é pressuposto processual, o que, contudo, não desfigura sua natureza jurídica. Ainda uma vez é prova; prova que serve de pressuposto processual.