

5 — *Conclusões*

1. Os problemas referentes à construção, operação e uso das piscinas, notadamente quanto ao aspecto sanitário, exigem medidas de duas ordens: técnicas e legais. As primeiras objetivam encontrar as soluções adequadas, do ponto de vista econômico, técnico e sanitário, para a construção e operação das piscinas e o seu uso saudável pela coletividade. As segundas visam a assegurar a observância daqueles preceitos técnicos.

2. No nosso sistema constitucional, compete à União legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde e, conseqüentemente, prover sobre os assuntos de interesse nacional, relegando para os Estados e Municípios, respectivamente, a legislação e as providências supletivas e complementares de interesse regional e local.

3. Os Estados de São Paulo e da Guanabara possuem legislação referente ao assunto, a qual, porém, deve ser permanentemente atualizada para sua adequação ao progresso tecnológico da engenharia sanitária das piscinas.

4. Os Municípios podem estabelecer as exigências que entenderem convenientes, quanto à construção, operação e uso das piscinas, sempre que o interesse público o exigir, mas não podem dispensar os mínimos exigidos por lei federal ou estadual.

NATUREZA JURÍDICA DO ENDÔSSO PARA
FORMAÇÃO DA PROVISÃO DE CONTA-
CORRENTE BANCÁRIA

HEITOR GOMES DE PAIVA
Advogado no Estado da Guanabara. Livre-docente,
regente de cátedra, na Universidade do Es-
tado da Guanabara. Livre-docente da Faculdade
de Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro

I — A CONTA-CORRENTE BANCÁRIA — 1. *Apresentação do tema, posição no direito pátrio e no direito comparado.* II — AS RELAÇÕES ENTRE PARTES — 2. *A bilateralidade dos interesses.* — 3. *A outorga de poderes para as prestações oriundas da conta corrente bancária.* III — O MANDATO CONFERIDO AO BANCO — 4. *Natureza dos poderes outorgados.* — 5. *O endosso-mandato e os poderes para tirar o protesto.* IV — OS PROTESTOS DE TÍTULOS ENDOSSADOS PARA CONSTITUIR PROVISÕES DE CONTA-CORRENTE BANCÁRIA. — 6. *O endosso-mandato e o direito de regresso.* — 7. *Natureza dos poderes para protesto de título negociado.* — 8. *A figura do gestor de negócios.* V — NATUREZA JURÍDICA DO ENDÔSSO PARA FORMAÇÃO DE PROVISÃO DE CONTA-CORRENTE BANCÁRIA. — 9. *Extensão dos poderes para efetuar a cobrança simples.* — 10. *O mandato instituído.* — 11. *Natureza jurídica do endosso para cobrança simples.*

I

A CONTA-CORRENTE BANCÁRIA

1. A conta-corrente bancária ingressou no sistema positivo pátrio por obra do decreto n.º 2.591, de 7 de agosto de 1912, que

regula a emissão e a circulação de cheques, ainda vigente em harmonia com o decreto 57.595, de 7 de janeiro de 1966, que promulgou as Convenções para adoção de uma Lei uniforme em matéria de cheques.

Segundo a alínea *a*, do § 1.º, do referido decreto n.º 2.591, de 1912, consideram-se fundos disponíveis para emissão de cheques “as importâncias constantes de conta-corrente bancária”.

Assinala PAULO LACERDA, *Da Falência no Direito Brasileiro*, Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1931, n.º 182, “outro instituto importante pela difusão do seu uso e relevância de sua utilidade, é a conta-corrente bancária. Apesar disso, praticado desde remota antiguidade de estar plenamente especificado na sua substância e de completa construção jurídica, a legislação pátria o não disciplina, senão apenas lhe faz referências. Entre estas, releva a do art. 1.º, § 1.º, letra *a*, da Lei 2.591 de 1912, que considera fundos disponíveis para a emissão de cheques as importâncias constantes de conta-corrente bancária”.

A conta-corrente bancária constitui, presentemente, prática disseminada, definitivamente implantada na ordem das atividades bancárias. A natureza jurídica das relações que dela resultam se entrelaça no contrato de depósito irregular e no contrato de mandato. No contrato de depósito, em face da formação da provisão de fundos, que o Banco utilizará para prestação dos serviços; no contrato de mandato, por isso que é na qualidade de mandatário que dará execução aos mesmos serviços, pagando, em nome e por conta do titular da conta, salários e impostos, imputando-os à provisão.

O depósito irregular se aperfeiçoa pela formação da provisão, com o produto da cobrança que o Banco efetua, mediante endosso, na forma do convencionado entre partes.

Pode suceder que, para formação da provisão, outros recursos sejam carreados para crédito do titular, na referida conta-corrente. Porém, no escopo da abertura da conta, senão da captação de novos clientes para as operações efetivas da atividade econômica bancária, presta o Banco o serviço de cobrança dos títulos, cujo produto líquido dá ensejo à prestação dos serviços em prol do seu cliente. Diz-se, por isso, que a conta-corrente bancária importa no serviço de caixa prestado pelo Banco ao seu cliente.

Não constitui, por isso, a conta-corrente bancária, figura de contrato típico nem atípico, das operações da economia bancária. Os contratos bancários, *lato sensu*, se situam na esfera dos empréstimos, da abertura de crédito e do desconto. A conta-corrente bancária é operada *a latere* dessas figuras contratuais, e tem início mediante simples troca de correspondência.

A doutrina, em nosso meio, não lhe tem dedicado maior profundidade. CARVALHO DE MENDONÇA, estudando a provisão do cheque, conceitua a conta-corrente bancária o acôrdo mediante o qual o banqueiro presta o serviço de caixa do próprio cliente, isto é, se torna o agente dos seus pagamentos e cobranças. A conta-corrente bancária, prossegue, surge como acessória ao depósito irregular; o banqueiro obriga-se a efetuar os pagamentos por conta do cliente até a concorrência das quantias depositadas e creditadas. A provisão, tendo por fonte a conta-corrente contratual, supõe um saldo ativo reconhecido pelo banqueiro a favor do emissor do cheque (CARVALHO DE MENDONÇA, *J. X., Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. V, 2.ª parte, n.º 998, Freitas Bastos, 1955, Rio de Janeiro).

VALDEMAR FERREIRA não lhe deu maior atenção além da referência de conta de depósitos bancários, fonte originária da provisão de cheque, reportando-se ao art. 1.º, § 1.º, al. *a*, do Decreto-lei 2.591, de 7 de agosto de 1912. Não lhe destacou o papel de relêvo concernente à prestação de serviços pelo banco (VALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, Vol. II, n.º 773, Freitas Bastos, 1944, Rio de Janeiro).

No sistema francês, conquanto sejam reconhecidos, em doutrina, o alcance e a prestimosidade do serviço de caixa prestado pelo banqueiro, a doutrina não se aprofundou no estudo da conta-corrente bancária.

HAMEL-LAGARDE estudam os depósitos em bancos e o serviço de caixa, porém, dão maior destaque ao instituto da *moeda escritural* e do *chèque de virement*, sistema que consiste no pagamento por meio de transferências de créditos de uma conta bancária para outra, seja no próprio banco, seja através de estabelecimentos bancários autônomos (HAMEL-LAGARDE ET JAUFFRET, *Traité de Droit Commercial*, Dalloz, 1966, t. 2, n.ºs. 1632, 1633 e 1733/5).

No direito alemão, a conta-corrente bancária é praticada sob a designação de *giroverkehr* relativamente aos negócios líquidos mediante *girogeschäft*. As pessoas que nela intervêm se denominam *kontoinhaber*, *foliobesitzer*, *girokunden* ou simplesmente *kunden*, e o estabelecimento em que é movimentada a conta bancária *girobank* ou *girobankier*.

A expressão *giro* é oriunda do italiano, em cuja terminologia jurídica tem o significado de circulação de títulos de crédito, equivalente ao do endosso, e, relativamente à conta bancária, o de movimento.

Na edição francesa, da obra de COSAK, *Traité de Droit Commercial*, Giard & Brière, Paris, 1905, t. II, § 62 a expressão *girokonto*, *girokunden*, foi traduzida por *virement* por ser-lhe equivalente, embora os conceitos de ambas não sejam idênticos a respeito das operações que lhes servem de conteúdo.

O *girokonto*, ensina ENDEMAN, presume o *Eroffnungsvertrag* contrato de *girokonto*, vale dizer contrato de conta-corrente bancária. Esse contrato é concluído entre o banco e seu cliente, sob condição tácita, em virtude da qual o banco concluirá com outras pessoas contratos análogos, e se conjuga ao de conta-corrente. Mediante o contrato de *girokonto* o banco assume a obrigação de abrir um *follium*, v. g., uma conta, ao cliente, à qual serão transferidos créditos de outros clientes do mesmo banco (*virements*). Através do *girokonto*, o banco realiza para o seu cliente, mediante transferências de créditos, os pagamentos por êle autorizados, operando na qualidade de intermediário entre as pessoas que são titulares de iguais contas. (ENDEMAN, *Manuale*, Nicola Jovene, Nápoles, 1901, vol. III, parte 2.^a, § 447).

Essa prática é hoje empregada pela rede bancária para efetuar para as empresas, pagamentos de salários e impostos, cobrar contas de telefone, luz e gás, efetuar recolhimento de contribuições previdenciárias, e outros serviços.

Segundo COSAK, o mecanismo do *girokonto* consiste no depósito bancário de certa soma de dinheiro. Esse depósito, aumentado de somas provenientes de recebimentos ou transferências posteriores, ou diminuído por força de pagamentos ou transferências contra êle efetuados, constitui a conta-corrente bancária do cliente do banco (no sistema francês o *virement*). Com fundamento no depó-

sito em *girokonto* o banco realiza pagamentos mediante transferências em favor de terceiros (COSAK, *Traité de Droit Commercial*, cit. t. II, § 62).

No direito italiano, a conta-corrente bancária foi objeto de estudo demorado de GIACOMO MOLLE, no *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, de CICU-MESSINEO, no vol. XXXV, t. 1, I *Contratti Bancari*, Giuffrè, Milão, 1966.

Segundo MOLLE, na prática bancária toma o nome de *conta-corrente* toda demonstração de débitos e créditos, estabelecida para o registro de operações efetuadas pelo banco com o próprio cliente ou com correspondentes, não sujeitas a um especial regime jurídico. Considera que a expressão é conservada, principalmente por seu sentido econômico de *contas de gestão*. As operações bancárias com êsse conteúdo, porém com significado mais amplo, se realizam sob o nome de conta corrente bancária, ou de correspondência, caracterizada pelo mandato conferido ao banco para, nos limites de sua organização, realizar pagamentos e cobranças por conta e ordem do cliente. Destaca o autor, releva, no âmbito das operações, o serviço de pagamentos: seja mediante créditos de cheques sacados pelo correntista contra o banco, a favor de terceiros; de pagamentos de efeitos cambiários de que esteja encarregado o banco de cobrar; no pagamento de duplicatas ou faturas cujos portadores tenham sido autorizados pelo correntista a cobrar do banco (figura de *virement*); subscrição ou pagamento de títulos que o banco angariou para o seu cliente, de aumento de capital por força de direito de opção, exercido pelo banco, em nome do seu cliente; pagamento de impostos, de taxas de serviços públicos, contas de telefones, luz, gás, etc., enfim os débitos acarretados na conta do cliente, de operações de *girokonto* (*girokonto*) (o *girokonto* no sistema italiano é denominado *bancogiro*).

Por outro lado, integram a conta-corrente bancária, acentua MOLLE, as operações de cobrança de somas que, a qualquer título, o banco realiza para o seu cliente, cobranças de títulos cambiários, cheques, ordens de transferências, juros e dividendos de títulos do cliente, administrados pelo banco, e, ainda, créditos de giro conto, desconto de títulos, e *cosi via*.

Todavia, acentua MOLLE, o conteúdo de fato da conta-corrente bancária é o serviço de caixa em sentido impróprio, prestado pelo

banco em conexão com a execução de encargos e operações, que implicam em movimento de fundos para colher cheques ou ordens de pagamento, que se refletem, concomitantemente, no débito ou no crédito do cliente (GIACOMO MOLLE, *op. cit.* pág. 367, *in fine*, 368/9).

Assentados o conteúdo econômico-financeiro e a noção jurídica da conta bancária, importa, para a motivação do nosso estudo, alguma apreciação sobre as relações estabelecidas entre o Banco e o titular da conta-corrente bancária, bem como a apresentação do fato que têm em vista realizar.

Freqüentemente, a conta-corrente bancária é estabelecida por via epistolar, na qual assentam as partes os serviços a serem prestados e a forma de constituição da provisão.

A conta-corrente bancária não constitui, propriamente, figura de contrato inominado de operações bancárias.

Não raro, o titular da conta é cliente do banco, seja em conta de depósitos, ou de outra figura contratual.

Segundo a lei vigente, no sistema pátrio, disciplinadora do cheque, a conta-corrente bancária é fonte de provisão. Todavia, não é sobre este conceito que vamos estudá-la.

Estabelecidos pelas partes os serviços a serem prestados pelo banco, e a forma de constituição da provisão, tem lugar, por iniciativa do cliente do banco, o oferecimento dos recursos desta, e, por aquêle a abertura da conta.

A provisão que forma os recursos da conta-corrente bancária, torna-se, por isso, uma fonte cuja fluência é alimentada, também, pela prestação da própria iniciativa do Banco para realizá-la.

Não raro, o cliente entrega ao banco títulos negociáveis, resultantes da atividade econômica por êle desenvolvida, cuja cobrança, efetuada pelo banco, é creditada na conta-corrente bancária, formando-se por essa via as disponibilidades para a prestação dos serviços objeto da relação estabelecida entre partes.

Esses serviços, freqüentemente, são pertinentes ao pagamento de impostos, das contribuições de parafiscalidade e de salários. São serviços remunerados, em cuja prestação traduz-se, também, o exercício da atividade bancária, na qual o banco, segundo a doutrina, presta o serviço de caixa do seu cliente.

Porém, tratando-se de títulos negociáveis, carecem êles de ser transferidos ao banco para êsse efeito. Essa transferência não constitui, pura e simplesmente, a colocação dêles em cobrança, mas, além dêste efeito, outro se verifica, de maior relevância e substância, que está caracterizado na destinação do produto da cobrança. Tal destinação é, a um tempo, a constituição da provisão, e, mais acentuadamente, tendo por fundamento o negócio querido pelo cliente, a prestação dos serviços bancários.

Por isso, o ato da entrega dos títulos à cobrança, carece de endosso, a fim de constituir, no banco, os poderes necessários, senão, também, para acentuar a destinação do produto da cobrança.

Portanto, torna-se indispensável examinar a natureza jurídica do endosso dos títulos confiados para cobrança simples, tendo por objeto a constituição da provisão para a conta-corrente bancária, bem como a extensão dos poderes, no caso de se configurar o endosso-mandato, e, ainda, verificar se nesses mesmos poderes o banco fica investido daqueles para tirar o protesto dos títulos *inaudita altera parte*, no caso do não pagamento dos mesmos títulos no vencimento.

II

AS RELAÇÕES ENTRE PARTES

2. A abertura da conta-corrente bancária estabelece para as partes prestações recíprocas. Ainda que não configure contrato típico, o negócio querido por estas importa, de um lado, na prestação, pelo banco, dos serviços convencionados, e, de outro, a formação das disponibilidades que o banco administrará para êsse fim.

No caso da entrega ao banco dos títulos a êle transferidos para cobrança simples, torna-se êste simples mandatário da cobrança. Mais expressivamente, o encargo do mandatário tem por núcleo a prestação dos serviços de pagamento de impostos e salários, que é, propriamente dita, a prestação do banco, de sorte que a cobrança simples operada em virtude do endosso tem por efeito uma destinação, tal seja, a formação da provisão com que o banco efetuará o serviço de caixa do seu cliente.

Verifica-se, desde logo, que o titular da conta-corrente bancária não tem em vista, imediatamente, a transferência do título para o único efeito da cobrança. Por isso, o endosso não se apresenta com o imediatismo do mandato conferido para a prática de atos conservatórios de direitos cambiários nem para execução destes.

Por outro lado, destinando-se a conta-corrente bancária à realização, pelo banco, do serviço de caixa do seu cliente, o endosso do título tem por objeto a constituição de provisão, ainda que, para isto, opere o banco na qualidade de mandatário.

Verificaremos, adiante, que o endosso, ainda para tornar possível a cobrança, não importa em mandato geral, sobretudo *ex-vi legis* do artigo 145, do Código Comercial.

Dando início à conta bancária, o principal objetivo do titular desta é a efetivação de pagamentos, senão a utilização dos serviços que a rede bancária, em face da conjuntura estabelecida de certo tempo a esta parte, inaugurou para a captação de clientela, senão para alcançar o resultado econômico dessa atividade, indiretamente obtida por intermédio da arrecadação de impostos e do pagamento de salários, ao mesmo tempo que, em consequência, favorece o envolvimento do contribuinte como cliente do banco.

O pagamento de salários por via de conta bancária (*virement, banco-giro, girokonto*) é, sem dúvida, uma forma de descentralização de serviços e extinção da interrupção do trabalho por fato do dia do pagamento. É prática adotada pelo poder público e pela atividade empresarial.

Assim, também, no que tange ao pagamento dos impostos. O banco, estação recebedora do erário público, se substitui ao exator e ao caixa do contribuinte. Por via de simples lançamento contábil, transfere da conta deste para o da União Federal, ou para o erário estadual, a importância equivalente à do imposto a pagar.

Tornou-se indispensável a formação da provisão por conta de cujos recursos, colocados à disposição do Banco, alcançariam, ambos, o objetivo comum. É, ainda, por obra desse mesmo objetivo, fruto dessa conjunção de interesses, e sob instigação da própria atividade econômica do Banco, que tomou este sobre si mais um

encargo, na verdade, o acessório compulsório do ato principal: a cobrança dos títulos do cliente, para transformá-los em fundos à disposição do mandatário. Eis a segunda ordem de encargos cometidos ao Banco.

3. Importa, pois, verificar sob que condições e em que circunstâncias se processa a cobrança dos títulos remetidos para a formação da provisão para a movimentação da conta-corrente bancária.

Os títulos são remetidos mediante *bordereaux*, transferidos com a destinação de provisionar recursos utilizáveis no pagamento de salários e impostos. Não raro, efetivada a cobrança, os recursos produzidos são creditados em conta de “Depósito Sem Limites”, em nome do titular da conta-corrente bancária.

A relação jurídica assim estabelecida vincula o banco, a princípio, como portador das duplicatas a êle transferidas mediante endosso em preto; depois, como depositário da provisão resultante; por fim, como mandatário do seu cliente, para efetivação de pagamentos e prestação de serviços.

Todavia, êsses poderes de mandato foram conferidos em consequência do exercício da atividade econômica, objeto das operações do banco. Foram a êle conferidos porque, proceder à cobrança de títulos em conta-corrente bancária e ao pagamento de impostos com os recursos desta, constituem, presentemente, objeto de atividade bancária (Código Civil, art. 1.290, § único).

A extensão dos poderes conferidos se comporta no âmbito do mandato mercantil. No sistema brasileiro vigente, o mandato que tem por objeto prestação oriunda do exercício da atividade econômica é mandato mercantil. A regra aplicável é a do art. 121, do Código Comercial, *verbis*, “as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”.

Segundo o Código Comercial, art. 140, “dá-se mandato mercantil quando um comerciante confia a outrem a gestão de um ou mais negócios mercantis”... *omissis*.

Pois bem, quais os negócios confiados ao banco, pelo seu cliente?! Exatamente, os convencionados para objeto da abertura

da conta-corrente bancária, tais sejam, proceder à cobrança das duplicatas para a formação de provisão de recursos utilizáveis no pagamento de salários e impostos. Não se trata, obviamente, de mandato geral.

Trata-se, essencialmente, de mandato especial, porque não abrange todos os negócios do mandante. Trata-se, especificamente, da conta-corrente bancária com a prestação de serviços definidos no instrumento em que são autorizados a abertura da conta e o encargo do mandatário, configurando-se a hipótese do art. 140, Cód. Com., de negócio substancialmente determinado.

Adverte CARVALHO DE MENDONÇA, o mandato especial deve ser executado *in forma specifica*; não se permite ao mandatário, a pretexto de analogia ou outro motivo, exceder seus precisos limites (CARVALHO DE MENDONÇA, *J. X., Tratado*, vol. VI, 2.^a parte, n.º 824, pág. 222, Freitas Bastos, 1956, Rio de Janeiro).

O mandato geral, Cód. Com., art. 145, abrange todos os atos de gerência conexos e conseqüentes, segundo se entende e pratica pelos comerciantes em casos semelhantes, no lugar da execução. Porém, preceitua o mesmo Código, na generalidade dos poderes, isto é, no âmbito dos poderes do mandato geral, não se compreendem aquêles atos em que a outorga de poderes especiais e expressos é substancial.

Não se compreendem nos poderes do mandato geral os atos de alhear e gravar bens, constituir garantia fideijussória, transigir, ingressar em companhias ou sociedades, *nem os de outros quaisquer atos para os quais se exigem neste Código poderes especiais*, Cód. Com., art. 145, cit.

Assim, também, dispõe o Código Civil. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração, dá-lo o art. 1.295. O mandato determinadamente a um ou mais negócios é reputado especial.

Entre os civilistas mais conspícuos, ORLANDO GOMES considera especial o mandato em virtude do qual o mandatário se obriga a praticar determinados atos ou administrar certos interesses, podendo-se conferir poderes em termos gerais para prática de atos determinados, a que se obrigou o mandatário em contrato de mandato especial (ORLANDO GOMES, *Contratos*, Forense, 1966, n.º 227, pág. 355).

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO preleciona, o mandato, para conferir poderes que ultrapassem a simples administração ordinária, deve ser outorgado em termos especiais. E esclarece, os poderes devem referir-se, especificamente, determinadamente, ao negócio jurídico que se tem em mira. Acentua o eminente magistrado e professor, “por poderes especiais, proclamou certa feita o Supremo Tribunal Federal (*Rev. For.* 134/113), entendem-se os que contenham determinação, caracterização, limitação do negócio” (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, vol. 2, pág. 277, Saraiva, 1956).

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA chama especial o mandato que se confere para um ou mais negócios determinadamente, ficando o representante habilitado para o ato específico (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, n.º 252, *in fine*, pág. 269, Forense, 1963, Rio de Janeiro).

Entre os comercialistas, além de CARVALHO DE MENDONÇA, já invocado, supra, VALDEMAR FERREIRA acentua ser indispensável mandato especial quando não se tratar de simples administração, e ilustra com o mandato “para contrair obrigações cambiárias (VALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, vol. II, n.º 977, Freitas Bastos, 1944, Rio de Janeiro).

FRAN MARTINS adverte que, no mandato especial, há limitação no campo de ação do mandatário, por isso que, referindo-se essa espécie de mandato a um ou mais negócios determinados, somente em tais negócios poderá o mandatário representar o mandante. (FRAN MARTINS, *Contratos e Obrigações Mercantis*, Forense, 1969 n.º 236.)

Quer nos parecer, *data venia*, ser a doutrina de FRAN MARTINS a que melhor situou a norma do art. 140, do Código Comercial, entre os comercialistas. O mandato conferido nos termos do art. 140, do Código Comercial é mandato especial, senão essencialmente o protótipo de mandato. O mandato de que trata o art. 145, do mesmo Código, a que a doutrina, por extensão, conceituou mandato geral, é, formal e essencialmente, a figura de mandato institório, equivalente à do art. 54, do Código Comercial Alemão.

Distingue, êsse Código, entre a procuração e o mandato comercial. A procuração (*Prokura*) habilita para todos os atos judiciá-

rios e extra-judiciários, assim como a tódas as “operações jurídicas” (*sic*) que impliquem o exercício de uma atividade comercial, embora não confira poderes para gravar nem alienar imóveis, salvo poderes especiais (HGB, art. 49, *Codes Allemands*, trad. Garcin, Ed. Jupiter, Paris, 1967).

Dá-se mandato geral, dispõe o HGB, quando uma pessoa, a quem não foi outorgada “procuração” (*Prokura*), é autorizada a exercer uma atividade comercial ou uma categoria determinada de operações, próprias da atividade comercial. O *mandato comercial* engloba (*sic*) tódas as operações e atos jurídicos que implicam usualmente (*sic*) no exercício de uma atividade comercial. O titular do mandato comercial não é autorizado a alienar imóveis, gravá-los, aceitar obrigações cambiais, tomar empréstimos ou ingressar em juízo, salvo poderes especiais (HGB, ed. cit., III, art. 54).

O mandato geral de que trata o art. 145, do Código Comercial, é conceituado por CARVALHO DE MENDONÇA *mandato ad negotia*, é o mandato outorgado em *térmos gerais* ou com *podêres* ou *faculdades gerais*, simplesmente para a administração ou gerência. (CARVALHO DE MENDONÇA, *op. loc.* n.º 826).

Ora, o *mandato ad negotia* não é senão o mandato instituído para prestação de ato ou fato do âmbito das atividades do mandante, exteriorizando-se na figura do institor a extensão da administração e gerência do outorgante, envolvendo, por isso, todos os atos conexos e consequentes de que trata o art. 145, do Cód. Comercial.

O mandato mercantil é, necessariamente, mandato especial, para um ou mais negócios mercantis, no âmbito da execução dos quais fica delimitada a atuação do mandatário. Nesse sentido, o destaque de FRAN MARTINS aperfeiçoa o conceito de mandato especial, debuxando-lhe o perfil segundo a fisionomia assentada na norma do art. 140, do Cód. Com. A doutrina de FRAN MARTINS se identifica com o cânone de CARVALHO DE MENDONÇA, segundo o qual o “mandato especial deve ser executado *in forma specifica*”, não se permitindo o mandatário, a pretexto de analogia ou outro motivo, exceder seus precisos limites” (CARVALHO DE MENDONÇA, *op. cit.* n.º 824, *in fine*).

III

O MANDATO CONFERIDO AO BANCO

4. Na prática da operação bancária, o mandato conferido ao Banco para movimento da conta-corrente bancária, resulta, não raro, de simples correspondência epistolar. Nesta, as partes estabelecem os serviços a serem prestados pelo estabelecimento bancário e a forma de constituição de provisão.

Por isso, os negócios assentados pelas partes são restritos à cobrança de duplicatas mercantis ou de outros títulos girados pelo titular da conta e, por via da provisão assim formada, a prestação dos serviços de caixa, obviamente para pagamentos de impostos e salários.

Por isso, os poderes constituídos são expressos e especiais, *ex-vi* dos artigos 140 e 1294, respectivamente do Código Comercial e Código Civil. Por obra desses poderes, instauram-se, entre partes, operações de transferência de crédito em conta (*virement, girokonto, banco-giro*) mediante as quais procede o Banco, em nome do seu cliente, ao pagamento de salários, de impostos, bem como, ao recolhimento de contribuições previdenciárias, INPS e Fundo de Garantia de Tempo de Serviço.

Em face do mandato especial, o Banco efetua, ao débito da conta-corrente bancária do seu cliente e ao crédito da conta dos funcionários e empregados dele, bem como do INPS e do Fundo de Garantia, e, ainda, ao crédito da União Federal, o pagamento de impostos e salários.

Com fundamento no mesmo mandato, realiza a cobrança simples de duplicatas de seu cliente, a êle transferidos sob endosso, porém essencialmente para realização desses fins. O endosso para efeitos da constituição da provisão da conta-corrente bancária, sem dúvida, é *pro solvendo*.

Enquanto não cobrada pelo Banco, a duplicata a êle endossada não opera a disponibilidade de recursos em poder do Banco, para serem utilizados na prestação dos encargos que servem de suporte à conta-corrente bancária. Em consequência, o endosso, conquanto tenha por efeito operar a transferência do título ao Banco, colocando à disposição deste disponibilidades em potencial, não opera

outorga de poderes além dos que lhe foram conferidos especialmente para cobrar e provisionar, dentre os quais não se incluem, principalmente, os de tirar o protesto do título *lato sensu*, ou seja extravazando-se o mandato especial em mandato geral.

O endosso de duplicatas para cobrança simples tem o mesmo efeito do depósito em cheques. O depósito em cheques, cujo título é devolvido e não compensado, não só por esse fundamento obriga o Banco a tirar-lhe o protesto.

A cobrança simples caracterizada na formação de provisão da conta-corrente bancária para pagamento de impostos e salários, importa em depósito puro, em título, mediante endosso, porém, endosso translático. Não significa que o título haja sido negociado ao Banco, de cujo endosso se instaure direito regressivo, tornando-se imperativo o protesto, como adiante assinalaremos. Porém, porque importa em colocar à disposição do Banco fundos disponíveis para prestação de fatos queridos pelo titular da conta, o efeito do endosso é translático, se se efetivar a cobrança, porque opera a transferência da disponibilidade para a conta do titular.

O endosso para cobrança simples importará em mandato se, excepcionalmente, o portador do título incumbe o Banco de proceder à cobrança isolada, tomada, na ocasião, dentre os negócios do Banco, e, excepcionalmente pelo portador do título.

A cobrança simples, que resulta da abertura da conta-corrente bancária, que é oriunda, portanto, de ato bilateral, que se aperfeiçoa pelo consentimento de ambas as partes, tanto da que está interessada na abertura da conta, quanto da outra, em realizar o negócio que é peculiar de sua atividade econômica, é a operação por que o mandatário dá exercício aos poderes especiais de mandato que lhe foram conferidos.

Por isso, o endosso para cobrança simples não importa em mandato puro, nem para praticar atos conservatórios, nem para atender ao negócio querido pelo endossante. O endosso tem por efeito a transferência do título a fim de tornar apto o mandatário a dar exercício aos poderes recebidos.

Sucedo, mais, que o mandato conferido ao Banco teve por efeito, apenas, situar, no âmbito das atividades deste, os negócios do seu cliente e fixar-lhes a extensão, porque as operações realizadas

através da conta-corrente bancária são pertinentes à própria natureza da atividade econômica do Banco.

Por esse motivo, é, também, que a conta-corrente bancária não constitui figura de contrato bancário, os quais são reconhecidos por fisionomia própria e disciplinados por regime jurídico peculiar, celebrados não por via epistolar mas de solenidades próprias da substância do ato, também próprio e privativo.

Assim, dentre as operações especificadas na carta de abertura e formação da conta-corrente bancária e outorga de poderes para prestação de fatos objeto e conteúdo da relação contratual, ainda que fatos da prestação do mandato especial, não foram outorgados mais poderes que os suficientes para a cobrança simples dos títulos endossados e pagamento de impostos e salários.

In casu, o endosso preencheu a legitimação para a cobrança e para a formação da provisão. Não há, no endosso para cobrança simples, vinculada à conta-corrente bancária, outorga de poderes para prestação de atos conservatórios.

O mandato conferido ao Banco pelo seu cliente, para pagamento de impostos e salários, *excluiu do endosso dos títulos a ele transferidos para cobrança simples o efeito do endosso-mandato*.

O endosso para cobrança simples teve por objeto não a cobrança, propriamente, *strictu sensu*, como negócio accidental, mas colocar em poder e disposição do Banco a provisão bastante para execução dos serviços objeto da prestação do mandatário, isto é, a realização do serviço de caixa do cliente dêle.

Por igual, nos poderes do mandato especial para esse efeito, não se incluem os de protestar os títulos endossados nos termos do mesmo mandato.

Não raro, as duplicatas entregues em cobrança, para constituição de provisão para a conta corrente bancária, incidem na mora do devedor. Pode suceder que os títulos colocados em cobrança simples sejam susceptíveis de protesto por falta de pagamento.

No entanto, os títulos de que se trata acaso serão daqueles em que se instaura a relação jurídica, por obra da qual tem origem o direito de regresso!?

No caso do endosso para cobrança simples, e formação de provisão para conta corrente bancária, acaso estará o Banco obrigado

a tirar o protesto *inaudita altera parte!*? Tratar-se-á, acaso, de medida acauteladora dos interesses do Banco, a providência de tirar o protesto com fundamento em sós restritos poderes de cobrança?

Não raro, no cotidiano das atividades bancárias, sobretudo no caso da conta-corrente bancária, tem ocorrido, à simples iniciativa do Banco, o protesto do título a êle endossado para cobrança simples, não pago no vencimento, e, o que ainda é mais grave, o protesto de título, pago diretamente na tesouraria do endossante, cuja circunstância é por êste relatada ao Banco.

Em tais circunstâncias, voltando-se o sacado contra o endossante, argüindo-lhe o ressarcimento do dano moral a êle eventualmente acarretado pelo fato do protesto, acaso responderá o titular da conta corrente bancária pelo ato não autorizado do Banco?!

Funda-se o sacado no ato do mandatário, considerando-o, nessa qualidade, o Banco portador da cobrança, que, *sponte própria*, retirou o protesto, não raro, à revelia e contra as instruções do endossante, e, ainda, na ausência de poderes para êsse fim.

5. Dir-se-á que o endosso da duplicata para cobrança e formação de provisão para a conta-corrente bancária tem a substância e opera os efeitos do endosso-mandato.

Verificamos, acima, a natureza e o conteúdo do mandato conferido pelo titular da conta-corrente bancária. Os poderes e a natureza dêsse mandato são restritos à cobrança simples; ao crédito do produto desta em conta bancária, para ser movimentada pelo Banco na prestação dos serviços de caixa do seu cliente, tais sejam os pertinentes ao pagamento de impostos e de salários.

Por isso, o endosso das duplicatas, se acaso tem efeito de endosso-mandato, nos poderes dêste não poderão ser vislumbrados outros além dos necessários à simples cobrança.

Sob êsse fundamento, não haverá dificuldades para responder quanto à primeira questão, acima suscitada. O ato do protesto, *lato sensu*, torna-se indispensável para instaurar e preservar o direito de regresso. Ora, a simples circunstância de se tratar de cobrança que tem por efeito a constituição de fundos em poder do Banco, porém, para serem aplicados no interesse do próprio titular da conta-corrente bancária, não importa em endosso com efeitos que se produzem sôbre os direitos do mandatário, de tal maneira que êste,

para preservá-los ou exercê-los, carecesse de suscitar, por via do direito de regresso, a responsabilidade do endossante.

A teor dêsses mesmos fundamentos, afirma-se, indispensável para o ato do protesto, legitimidade do sujeito dêle, senão a outorga de poderes especiais, que serão indispensáveis para excluir-lhe a responsabilidade.

Resta-nos, portanto, estudar o endosso-mandato, particularmente, no âmbito de direito cambiário.

MAGARINOS TORRES, que lhe aprofundou o estudo, refere que o endosso procuratório deve sê-lo expressamente, conquanto possa tal cláusula ser lançada por outrem ou mesmo feita por carimbo.

Porém, ressalta, e nisso está o relêvo de sua doutrina, “não basta simples assinatura, que, não raro, tem, na prática, êsse intuito, porque o endosso, apenas assinado, significaria, perante a lei, transferência, contrariamente à intenção do endossador” (MAGARINOS TORRES, *Nota Promissória*, Saraiva, 1935, n.º 99).

O endosso-mandato não é ato puro, em que se configura o efeito próprio do endosso traslatício. O endosso transfere a propriedade do título e é requerido sempre que se quer vincular o endossatário à ação cambial. Por isso, o endosso deve sempre ser em preto ou pleno.

Já o endosso-mandato, por que é símile irregular, carece de preencher solenidades *ad substantiam*. MAGARINOS enumera três espécies de endosso: traslatícia, procuratória e pignoratícia, que são regidas por princípios diferentes, considerando o endosso traslatício o único normal (MAGARINOS, *op. cit.* n.º 76).

Assim é que, para configurar o endosso-mandato, torna-se indispensável que se formalize o encargo. Opõe-se, MAGARINOS, ao lançamento puro e simples da cláusula “por procuração”, a que se refere o art. 8.º, § 1.º da Lei Cambial. Entende que tal expressão não é taxativa, porém, advertiu que a circunstância do endosso-mandato carece de ser aperfeiçoada mediante a declaração expressa do encargo cometido, para diferenciá-lo do endosso traslatício, que decorre da assinatura pura e simples do endossante no verso do título. Uma vez que do endosso não resulta, expressamente, o encargo cometido, no exercício do qual tem o mandatário “todos os poderes”, se trasmuta em endosso-traslatício e não opera endosso-procuração. (Op. cit. n.º 99 e 100).

O endôso-mandato requer, por sua substância e objeto, que se declare, expressamente, a prestação do mandatário. Pode esta ser subentendida na cláusula “por procuração”, *ex-vi legis*.

VALDEMAR FERREIRA adverte que a cláusula “por procuração” confere todos os poderes, inclusive os *ad judicium*. O endôso com tal cláusula a advogado, confere-lhe poderes para ingresso em juízo, em nome do endossante, exemplificando: “pague-se, por procuração, ao Dr. Tício”. Considera, porém, que as palavras não são sacramentais, podendo ser abreviadas, p.p. (VALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, vol. II, n.º 711, Freitas Bastos, 1944, Rio de Janeiro).

Em outra passagem, tratando do endôso-mandatício do conhecimento de transporte, fundando-se na regra do art. 8.º, § 1.º, da Lei Cambial, observa que, além dêsse efeito próprio, pode haver os impróprios quando confere ao endossatário poderes para agir em nome e por conta do endossante, transformando-se o endossatário em procurador dêste.

O endôso da duplicata colocada em cobrança, para formação de provisão de conta corrente bancária, importa na constituição de poderes de mandato para prestação de fato do interesse econômico-financeiro do endossante.

Por isso, somente no interesse dêste é que produzirão eficácia os atos do mandatário. Somente para dar exercício aos poderes necessários à cobrança do título é que opera o banco na qualidade de mandatário.

Dúvida não há, desenganadamente, de que obrará sob sua exclusiva responsabilidade o Banco, no caso de tirar o protesto do título que recebeu endossado para proceder à cobrança simples, sem primeiro obter do seu cliente as instruções necessárias.

Os poderes para tirar o protesto, no caso de endôso que não instaura direito de regresso, não estão no âmbito do mandato geral, em que se configura a diligência para a cobrança simples. Para tirar o protesto sob a imediata iniciativa do endossatário carece êste de poderes especiais, salvo quando essa providência é imposta para instaurar, e assegurar-lhe o exercício, o direito de regresso.

Face ao exposto, fica respondida a segunda tese argüida acima: no caso do endôso para cobrança simples, e formação de provisão para conta corrente bancária, não estará o Banco obrigado a tirar

o protesto *inaudita altera parte*. Antes pelo contrário, somente poderá fazê-lo depois que se obtiverem para isto poderes expressos e especiais.

O Banco endossatário, *in casu*, é devedor de uma prestação que não resulta propriamente e simplesmente do endôso do título que recebeu para efetuar-lhe a cobrança. Tal prestação é devida em consequência do contrato para a prestação do serviço de caixa do seu cliente. Pois bem, para tornar isso possível é que se constituiu a conta-corrente bancária, com a provisão formada em consequência dos poderes outorgados restritamente para a cobrança, isto é, em consequência dos poderes do endôso-mandato, porém limitados àquele fim, nos quais não estão incluídos os especiais para tirar o protesto.

Em tais circunstâncias, o endôso-mandato é, apenas, acessório da outorga de poderes para a prestação do serviço de caixa.

Assim é que não poderá o portador do título endossado para cobrança simples tirar o protesto dêste, *inaudita altera parte*.

Todos os efeitos, sobretudo os produzidos a terceiro, do ato do protesto tirado à revelia do endossante, principalmente depois dêste lhe haver comunicado, antes do vencimento, o pagamento do título, pelo sacado, são da responsabilidade do Banco, nem poderão ser opostos ao endossante.

Oferece, VALDEMAR FERREIRA, as seguintes figuras de endôso-mandato:

“Entregue-se, por procuração, ao Sr. Francisco Silveira”.

“Entregue-se ao Banco de São Paulo, meu procurador”,

ou,

“Entregue-se a A. Ferreira & Cia., em consignação”.

Acentua, ainda, VALDEMAR FERREIRA, como mandatário é o endossatário, portador, obrigado a praticar todos os atos conservativos, a apresentar o conhecimento na estação de destino, a receber a mercadoria e a guardá-la, prestando todos os cuidados necessários à sua conservação e defesa... *omissis* (VALDEMAR FERREIRA, *O Conhecimento do Transporte Ferroviário*, Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1.932, n.º 24).

A elaboração doutrinária trazida à colação dá relêvo à figura do endosso-mandato, para pôr em evidência tôdas as circunstâncias que fazem dêle instrumento para a constituição da provisão para a conta-corrente bancária. Segundo essa mesma doutrina, também não se configura, por obra do endosso, o cúmulo de que resulta a instauração do direito de regresso, quando se tornará obrigatória a medida do protesto, para ressalva dos direitos do Banco endossatário, sujeito de direito subjetivo, fundado na relação cambiária.

Já se demonstrou em que circunstâncias se constituiria o mandato especial conferido ao Banco; o conteúdo e a substância dêsse mandato, e de como o endosso das duplicatas a êle transferidas importou no início de execução dêle pelo mandante, para pôr em mãos do mandatário os recursos necessários à prestação dêste.

IV

O PROTESTO DE TÍTULOS ENDOSSADOS PARA CONSTITUIR PROVISÃO DE CONTA-CORRENTE BANCÁRIA

6. Vejamos o conteúdo e os efeitos do ato de protesto tirado pelo agente da cobrança, à revelia do endossante.

Não existe, em direito positivo, norma reguladora do ato do protesto, senão a que lhe disciplina o direito dêle resultante, o de regresso, e os efeitos da omissão do portador do título.

Todavia, e sem esforço, poderá ser deduzida a natureza dos poderes necessários ao portador da cobrança simples, para tirar o protesto à revelia do endossante.

A primeira indagação indispensável é a respeito do objeto e dos efeitos queridos para fundamentar a medida. Verifica-se, de logo, a inexistência de direito de regresso.

O endosso que instaura o dever de tirar o protesto para assegurar o direito de regresso é o endosso que resulta da negociação do título, sobretudo quando o título é negociado com efeito de pagamento.

O endosso que opera efeito traslatício importa na prestação do endossante, devida ao endossatário. Em consequência, o título endossado, por via da circulação, se transfere para o endossatário *pro solvendo*, embora com efeito de pagamento.

O ato do protesto do título negociado e não pago, endossado com efeito de pagamento, torna-se obrigatório para instaurar o direito de regresso, no caso de haver endossantes e avalistas. Não é necessário para o exercício da ação executiva proposta ao sacado. Porém, é indispensável para se tornar oponível aos co-obrigados regressivos.

Pois bem, para tirar o protesto, no caso do direito de regresso, o endosso opera todòs os efeitos do artigo 8.º, da Lei Cambial, sem necessidade de cogitação dos poderes nem da espécie do mandato a êle subjacente. O protesto para instaurar direito de regresso é exercício de direito cambiário, é direito subjetivo, por isso, pretensão exercitável contra qualquer dos co-obrigados. O endossatário, ou o portador do título, não carece de interpelar os endossantes nem da outorga de poderes para tirar o protesto e exteriorizar a inadimplência do sacado, senão a insolvência dêle. O endossatário dá exercício a direito subjetivo.

7. O mesmo não se dá quando o título não foi negociado. Em tais circunstâncias, inexistindo norma de direito positivo, a apreciação e a escolha da norma aplicável para regular *in genere*, a iniciativa do portador da cobrança, carece da indagação preliminar da natureza da operação realizada entre endossatário e endossante, inclusive para delimitar a extensão dos poderes do endossatário-cobrador, *verba mercatorum et negotiantium intelligenda veniunt juxta usus et stylus et prout ipsi intelligunt non autem juxta sensus grammaticorum seu lingua professorum*.

O protexto cambiário não é sòmente imposição de norma de direito positivo para resguardo do direito de regresso. O protesto opera *tamquam in unum germen*, vale dizer, para formar entre os co-obrigados um cúmulo ou massa, em que se corporifica o direito do portador de voltar-se contra qualquer dos co-obrigados.

A intervenção de endossantes e avalistas não importa, estritamente, em que se torne cada um dêles solidários regressivos enquanto o título preenche a sua função. Sòmente a partir do instante em que se tornar exigível a prestação do devedor é que, pelo inadimplemento dêste, poderá engendrar-se, em relação aos co-obrigados, a solidariedade quanto ao pagamento.

O protesto é o ato que exterioriza a inadimplência do devedor e instaura entre os intervenientes na relação jurídica cambiária,

oponível pelo portador do título, o direito de regresso, tornando-os co-obrigados dêste. SAVIGNY, em sua clássica obra, *Direito das Obrigações*, chama título de crédito aquêle em virtude do qual um direito de ação pode ser exercido, não por uma pessoa determinada, mas por alguém que se encontra em certa situação em relação ao título (SAVIGNY, *Le Droit des Obligations*, vol. II, § 62, Paris, 1863).

Pois bem, essa relação, que assenta na literalidade, e se estabelece entre o portador e o devedor, pode vir a ser ampliada e alcançar todos quantos nela se tornem intervenientes em consequência da circulação do título ou da prestação de garantias quanto ao pagamento.

Todavia, enquanto êste não se torna exigível, permanecem inertes os efeitos da interveniência, extinguindo-se por obra da solução da obrigação nela fundada.

Porém, manifestando-se a inadimplência do devedor, opera em prol do portador o ato que exteriorizar esta circunstância. Esse ato é o protesto.

São elementos e pressupostos do protesto: *a)* a existência do título cambiário; *b)* o fato circunstancial da exigibilidade do pagamento, o vencimento da obrigação; *c)* a apresentação do título e a mora do devedor.

O protesto é o ato autêntico, que afirma a constituição em mora: a exigibilidade da prestação e o seu não pagamento. A inexistência de intervenientes exterioriza, tão somente, a insolvência do devedor.

Porém, para que se manifeste a relação jurídica, quanto aos intervenientes, e fazer que se tornem co-obrigados regressivamente pela prestação do devedor, e contra êles instaurar o direito de ação, torna-se indispensável o ato em virtude do qual se afirma a solidariedade.

Eis por que o protesto cambiário não é somente imposição de norma de direito positivo para resguardo do direito de regresso. A solidariedade que torna co-obrigados regressivos os intervenientes resulta do ato do protesto e êste da lei.

Para tirar o protesto importa que o agente dêle tenha legítimo interesse oponível ao devedor, seja para submeter os intervenientes da relação jurídica aos efeitos da inadimplência, seja para instaurar o direito de regresso também a êles oponível.

Pois bem, no caso do título endossado para os restritos efeitos da cobrança simples, vale dizer, do título não negociado, cujo produto da cobrança está destinado ao próprio credor, para colocar, à disposição da conta corrente bancária dêle, provisão necessária para prestação, pelo Banco da cobrança, do serviço de caixa do seu cliente, inexistente legítimo interesse para o ato do protesto, tanto mais quanto os efeitos dêste não operam em prol do autor do protesto, por se tratar de título a respeito do qual o Banco fôra notificado do pagamento, de tal sorte que o protesto, além de tornar-se ato de hostilidade, produzirá dano ao credor e ao próprio devedor.

O mandatário não é livre para operar contra os interesses do mandante, e tôda a sua diligência é no sentido de dar cumprimento às instruções dêste.

Fica, assim, respondida a primeira tese, acima afirmada. Os títulos de que se trata não são daqueles em que se instaura a relação jurídica por obra da qual tem origem o direito de regresso.

O endosso para efeitos de simples cobrança não importa em mandato com poderes especiais para tirar o protesto, nem ao endossatário se operou a transferência do título *pro soluto*, de que a circunstância do não pagamento dêle legitimasse o protesto com efeitos de resguardar e prevenir direitos, instaurando-se, por essa via, o de regresso.

Por outro lado, também não se trata de medida acauteladora dos interesses do Banco. A providência de tirar o protesto com fundamento em sós restritos poderes de cobrança é ato de iniciativa do sujeito dela e não opera efeitos em prol do endossante-mandante.

O ato do protesto, já se disse, é ato que, pelos efeitos que produz, para ser praticado pelo mandatário, carece da outorga de poderes especiais.

Pode suceder que êsses poderes tenham sido conferidos no ato em virtude do qual se constituíram a conta corrente bancária e os poderes para prestação dos serviços de caixa do cliente, objeto da prestação do Banco.

Para legitimar o ato do protesto, sobretudo assecuratório e preservativo do direito do mandante, senão, também, para instauração do direito de regresso a êste oponível pelo Banco, torna-se

indispensável que, ao dar exercício aos poderes para tirar o protesto, exiba o ato de constituição da representação.

Dar-se-ia a hipótese cautelar dos interesses do Banco, não propriamente ao exercício de poderes de mandato. O endosso-mandato, segundo a melhor doutrina, supra, só opera poderes para tirar o protesto quando, em consequência dêle, se produzem efeitos translaticios do direito de crédito insito no título.

O endosso-mandato que confere poderes para exercício desses direitos, que transmite a propriedade do título não se confunde com a cláusula por procuração.

O endosso é ato de que resulta, em relação ao endossante, responsabilidade que o ato do protesto torna efetiva para exteriorizar a relação cambiária, ao passo que a cláusula por procuração, lançada no endosso, restringe os efeitos dêste para apenas aqueles atos que o mandatário presta em prol do mandante.

Por isso, a presunção suscitada no § 1.º, do art. 8.º, da lei cambiária, faz que, nitidamente, se separem a extensão, a profundidade e o alcance dos poderes ali configurados.

Expressa tôda essa intensidade de poderes a circunstância da instauração do direito de regresso. Endosso que não opera direito de regresso importa na constituição de poderes da cláusula "por procuração" lançada no endosso. Ora, quando não resultarem do ato do endosso efeitos próprios da circulação do título, não há endosso que opere direito de regresso.

É o caso do endosso para os efeitos da cobrança simples, cujo produto é creditado, ao próprio endossante, operando, por isso, o sujeito da cobrança como simples intermediário para êsse fim.

O endosso-mandato para fins de cobrança simples não transmite a propriedade do título; a êle não dá circulação nem importa que o agente da cobrança tenha direito de regresso exercitável pelo endossatário-mandatário contra o endossante-mandante.

Eis por que o endosso para efeito de simples cobrança não legitima a medida do protesto para acautelar interesse do Banco, porquanto nenhum interesse tem êste na efetivação da cobrança, ao passo que o produto desta serve exclusivamente aos interesses do endossante. Êsse interesse não é senão a formação da provisão da conta corrente bancária. Enquanto não houver provisão nessa conta,

inexiste prestação a ser argüida do banco, com fundamento na conta-corrente bancária.

Resulta, pois, que a providência de tirar o protesto com fundamento em sós restritos poderes de cobrança não importa em medida acauteladora dos interesses do Banco, ao passo que se torna sem causa, para ser oponível ao endossante-mandante, quando dela surgirem danos ao sacado e ao sacador da relação cambiária.

Por êsse mesmo fundamento fica respondida a terceira hipótese acima formulada.

Verifica-se, de logo, que o Banco não esteve obrigado a tirar o protesto, nem para assegurar direito de regresso nem para dar exercício a encargo de cuja omissão lhe resultasse responsabilidade perante o endossante.

O ato de protesto é de terríveis e danosas consequências sobre a pessoa do protestado, assim como pode importar responsabilidade para o sujeito ativo dêle. Portanto, é ato que deve ser praticado pelo mandatário sob outorga de poderes expressos.

Certamente, o endosso para cobrança, e formação de provisão de conta-corrente bancária, é endosso translaticio *pro-solvendo*, mas não importa em negociação do título, porque o Banco só está obrigado à prestação do serviço de caixa objeto da conta-corrente bancária, havendo, nesta, provisão de fundos. Daí porque o endosso é translaticio *pro-solvendo*, como é o endosso do cheque para depósito bancário.

O título transferido para formar provisão, não pago no vencimento, porque está em poder do Banco e contabilizado em cobrança simples somente para o efeito de constituir provisão, não envolve nenhuma responsabilidade para o endossatário, até porque sobre êle não houve nenhuma antecipação de numerário, efetuada por aquele.

O não pagamento do título não opera a provisão; à falta desta, manifesta-se a justa causa de impossibilidade de continuar, o mandatário, na execução do mandato. Não está extinto o mandato; apenas sobrevem ao mandatário impossibilidade de continuar-lhe a execução. A providência que lhe cabe é interpelar o mandante, solicitando-lhe instruções para prosseguir na cobrança, principalmente para o ato do protesto, se fôr caso.

Eis por que também nos poderes conferidos para prestação dos fatos da conta-corrente bancária o Banco não é constituído mandatário para tirar o protesto à revelia do endossante-mandante titular da conta, porque para isto carece de poderes especiais supra-jacentes aos do mandatário geral e sobretudo aos daqueles que são necessários para a prestação do serviço de caixa do seu cliente.

Ocorre, mais, a circunstância em virtude da qual se extingue o mandato outorgado no endosso, para a cobrança simples. Isso ocorreu em consequência do pagamento do título. Notificado dessa ocorrência, antes do vencimento, tornara-se sem causa o mandato.

Ora, é inerente às atividades do mandatário a observância irrestrita às instruções do mandante. Por outro lado, cessa o mandato pela conclusão do negócio. A esse respeito não opera a indagação quanto à pessoa por obra de cujo ato o negócio se conclui, porque o mandatário, previamente notificado dessa circunstância, não mais tem poderes para obrar em nome e por conta do mandante.

Por isso, o ato do Banco, fazendo tirar o protesto, é ato de mera gestão. É ato que não cai no âmbito da norma assentada no art. 1296, do Cód. Civil, porque o ato do protesto, *in casu*, é ato hostil à economia do mandante e, por isso, procedente contra êle, e contra os poderes outorgados, faz que o mandatário seja reputado mero gestor de negócios.

8. É pressuposto da legitimação dos atos do gestor que este, intervindo em negócio alheio, opere segundo o interesse e a vontade presumível do terceiro dono dêle, pena de responder a este e às pessoas com quem contratar (Cód. Civil art. 1331).

Pois bem, o Banco endossatário, titular de poderes expressos para realização de determinados atos da economia do mandante, mas, para quem falecem os de tirar o protesto, adotando essa providência *sponte própria*, está afirmando a qualidade de gestor, porque está intervindo na gestão de negócio alheio, porém obrando contrariamente ao interesse e à vontade do dono dêle. Não a vontade e o interesse presumível, mas expressamente contra êles e contra os poderes recebidos, e contra a vontade manifesta do mandante porque a êle não outorgara tais poderes.

Em tais circunstâncias, é único responsável não só perante as pessoas com quem tratar senão também ao terceiro, e dos efeitos

da gestão só responde o gestor de vez que os atos dêste se tornam ilegítimos perante o mandante.

Esse pressuposto é, também, conteúdo da norma assentada no art. 1334, do Cód. Civil, segundo a qual será obrigado o gestor a comunicar ao dono do negócio a gestão que assumiu.

Na falta de poderes expressos, e tratando-se de iniciativa cujos efeitos se produzem no âmbito patrimonial do dono do negócio, e face à obrigação de ressarcir todo prejuízo, o ato do protesto é ato praticado em prejuízo e dano do mandante, com o que mais se acentua a figura do gestor e não do mandatário-endossatário.

V

NATUREZA JURÍDICA DO ENDOSSO PARA FORMAÇÃO DE PROVISÃO DE CONTA-CORRENTE BANCÁRIA

9. Do que ficou dito, a natureza jurídica do endosso de duplicatas entregues à cobrança simples, para formação, pelo Banco da cobrança, de provisão de conta-corrente bancária, é de simples outorga de poderes limitados para efetivação de cobrança. Por isso que são limitados, e restritos a esse fim, são especiais para esse mesmo efeito. Não são poderes de mandato geral. Nem são poderes para transmitir a propriedade do título, porque o título pôsto em cobrança foi confiado ao Banco para ser objeto de uma prestação dêste: a cobrança.

Além desse encargo, o Banco está obrigado a outro: o de formar, com o produto da cobrança, a disponibilidade da conta-corrente bancária. Por isso, o produto da cobrança se transforma de direito em disponibilidade, operando, para esse efeito, o Banco, simplesmente na qualidade de agente de cobrança.

Trata-se, portanto, de estágio preliminar de uma prestação maior e principal, a realização do serviço de caixa do endossante-mandante, o qual tem em vista a efetivação de pagamentos de impostos e salários, que constitui o conteúdo da prestação principal de mandatário.

O endosso para cobrança, é, sem dúvida, endosso-mandato, cujos poderes, porém, são restritos a esse encargo. Não transfere a propriedade do título, porque o produto da cobrança dêle continua pro-

priedade do endossante-mandante, substituindo-se êste àquele, de cujo encargo o endossatário-mandatário está obrigado a prestar contas.

10. Não se compreendem nos poderes para efetuar simplesmente a cobrança os de tirar o protesto porque o endosso para aquele fim é da natureza do mandato institório, que autoriza, estritamente, a prática de atos que são inerentes aos de mera gestão. Os atos do mandatário institório são atos de estrita diligência, no âmbito das instruções do patrão. O institor está autorizado, somente, à prática dos atos especificados na carta de ordens.

Para tirar o protesto do título que recebeu simplesmente para proceder à cobrança, ainda que diligenciando o interesse do seu patrão, carece o institor de dar-lhe notícia da ocorrência do não pagamento, e aguardar novas instruções.

A circunstância de ser o institor pessoa jurídica, *sui juris*, não lhe amplia nem lhe dá maior extensão dos poderes, de tal sorte que neles se vislumbrem os especiais para tirar o protesto.

A entrega de títulos ao Banco tem como causa a operação celebrada pelo cliente dêle. Essa causa pode assentar em prestação de garantias, dar-se-ia a caução; do desconto, hipótese de empréstimo; em simples depósito, em que se configura a custódia.

Haverá, nos casos trazidos para ilustração, uma causa subjacente que lastreia o ato da entrega dos títulos. Dir-se-á que êste é resultante do negócio querido, e que serve de conteúdo ao contrato celebrado pelo Banco com o seu cliente. A entrega dos títulos importa em início de execução do contrato. Embora não constitua a prestação do cliente, a execução do contrato tem início com a entrega dos títulos.

Pois bem, no caso da cobrança da conta-corrente bancária, as prestações do Banco carecem da formação de disponibilidade, de que a entrega dos títulos mediante endosso para cobrança simples, constitui a formação da provisão.

Assim, o endosso para cobrança simples constitui restritos poderes para êsse fim: proceder à cobrança e provisionar os fundos à disposição do Banco, porém, em nome e em conta do cliente. A prestação do mandatário, em tais circunstâncias, é um *opus*,

e se traduz no resultado útil da cobrança. Esse resultado é a formação da provisão.

No âmbito dos poderes do endosso não se incluem outros, sobretudo os de cujo exercício, por sua destinação e efeitos próprios e peculiares, poderão gerar resultados hostís e contrários aos interesses econômico-financeiros do cliente, como são os de tirar o protesto.

11. O protesto que não gera a constituição em mora nem exterioriza a insolvência do devedor, por não ser legítimo, além de ser ato lesivo aos interesses do endossante-mandante, no caso da cobrança simples, importa em ato praticado contra a vontade presumível do dono do negócio de que se tornou gestor o mandatário, e perante êle fica responsável.

Por isso é que a gestão iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado sujeita o gestor à responsabilidade até dos casos fortuitos, Cód. Civ., art. 1.332.

O endosso do título entregue ao Banco para cobrança e formação de provisão de conta-corrente bancária não confere poderes para tirar o protesto. É de natureza do mandato institório, para prática de atos de gestão, restritos aos que forem especificamente declarados na carta de ordens. O mandatário que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra êles, reputar-se-á mero gestor de negócios, enquanto o mandante não lhe ratificar os atos. (Cód. Civ. art. 1.297).

Pois bem, no caso do protesto tirado *sponte própria* do Banco, sobretudo no caso de título pago anteriormente ao vencimento, no escritório do endossante-mandante, por êste notificado o Banco dessa ocorrência, operam-se os efeitos da norma jurídica do art. 1.297, do Cód. Civil, citado.

Não poderá, pois, responder o endossante-mandante pelo ato do mandatário, principalmente na ação ajuizada pelo terceiro, por não ser o sujeito passivo dos efeitos dos atos do gestor de negócios.

O MANDADO DE SEGURANÇA E O ATO LEGISLATIVO

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara. Membro do Ministério Público do Estado da Guanabara

1. No Direito pátrio, uma ação especial existe tendo por objeto o julgamento da inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo, isto é, da *norma em tese*, pelo Poder Judiciário, mais especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal. É a chamada *representação* ou *ação direta de inconstitucionalidade*, que admite duas espécies, consoante o regime da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/1969: a da letra *c*, do § 1.º, do art. 11 (*ação de representação interventiva*) (1) e a da letra *l* do inciso I do art. 119 (2).

(1) A ação representativa interventiva é sempre contra atos dos poderes públicos locais. No nível da legislação ordinária a matéria está disciplinada pela Lei n.º 4.337, de 1/6/64, que alude à declaração de inconstitucionalidade. PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Const. de 1946*, 2.ª ed., 1953, vol. I, pág. 490) sustenta: "Seria de discutir-se se a carga de eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal, na espécie do art. 8.º, parágrafo único, é declarativa, juntando-se-lhe, depois, a desconstitutividade, com a suspensão da lei ou ato, ou se é desconstitutiva dependente da intervenção, uma vez que é desconstituição com determinado fim. Não se equivalem as duas construções. A segunda é mais acorde com os princípios e evita dificuldades que a primeira suscitaria. Há desconstituição *in casu*; apenas a eficácia constitutiva negativa do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal precisa de integração com a intervenção, pois, por ser *in casu* e o caso dependente de ato alheio, a eficácia fica protraída". Já nos *Comentários à Constituição de 1967* (vol. II, pág. 254), afirma: "Se a decisão do Supremo Tribunal Federal é para a intervenção federal, a carga preponderável é só declarativa, pois a suspensão pelo Presidente da República é que desconstitui. Se a decisão não é para a finalidade da intervenção federal, não: desconstitui-se o ato estadual, inclusive a lei, *in casu*".

Pelo art. 13 da Constituição de 46, cabia ao Congresso Nacional suspender

É sabido, porém, que, em qualquer feito, todo juiz ou tribunal (3) (4), considerando inconstitucional (5) determinado ato normativo, pode julgá-lo como tal, abrangendo êste julgamento, todavia, apenas, aquêle caso concreto, e valendo a respectiva decisão somente *inter partes* e não, *erga omnes*. A norma deixa de operar, apenas, na hipótese *sub iudice*. Salienta PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1946*, vol. V, 2.ª ed., 1953, págs. 296 e 299) que "*tal quaestio iuris praevudicalis* é de constituição negativa e concreta, razão por que a sua eficácia é *in casu*" (6) e (6 a).

Se se tratar de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal caberá suspender a execução, tirando a eficácia, no todo ou em parte, da lei ou decreto expedido por qualquer das pessoas políticas e por aquêle declarado inconstitucional (art. 42, VII, da Carta Federal).

a execução do ato argüido de inconstitucionalidade. Pela atual Carta (artigos 11, § 2.º, e 12, § 2.º), o Presidente da República, através do decreto, suspenderá a execução do ato impugnado, ficando dispensada a apreciação do citado decreto, pelo Congresso Nacional, se a suspensão tiver produzido seus efeitos. Vê-se, destarte, que, mesmo neste caso, a decisão judicial não tem eficácia *erga omnes*, sendo *in casu* e com determinado fim: a suspensão pelo Executivo é que dá executoriedade àquela decisão, que é questão prévia para a deliberação da intervenção.

(2) A representação prevista no art. 119, I, *l*, da Carta vigente é "ação constitutiva negativa, por inconstitucionalidade, *in abstracto*", "com legitimação ativa somente para o Procurador-Geral da República" (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, vol. IV, pág. 41). Pode dizer respeito a regra jurídica (*lei ou ato normativo*) federal ou estadual.

(3) Cf. item III, e respectivas alíneas *b* e *c* do art. 119 da Constituição Federal.

(4) Deve ser respeitado o disposto no art. 116 da Constituição vigente, segundo o qual "somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público" (reproduzido pelo art. 55 da Constituição da Guanabara. Cf. Ato Regimental n.º 14, do Tribunal de Justiça da Guanabara).

(5) A inconstitucionalidade pode ser em relação à Carta Federal ou à Constituição Estadual.

(6) As Constituições (cf. citado art. 116 da Constituição Federal) aludem a "declaração da inconstitucionalidade".

(6-a) Afirma PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1946*, vol. V, pág. 299): "A decisão do Tribunal, por maioria absoluta, não é diferente da decisão do juiz singular: ambas são constitutivas negativas, *in casu*, e só *in casu*; a decisão do Supremo Tribunal Federal é que tem *plus* de eficácia, assim em relação à decisão dos outros tribunais como em relação à decisão dos juizes, — que é o de bastar à deliberação do Senado Federal quanto à suspensão de execução das leis, ou decretos (art. 64), que foram tidos, por decisão trãnsita em julgado, como contrárias à Constituição".